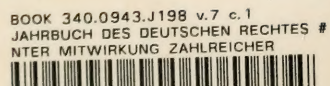
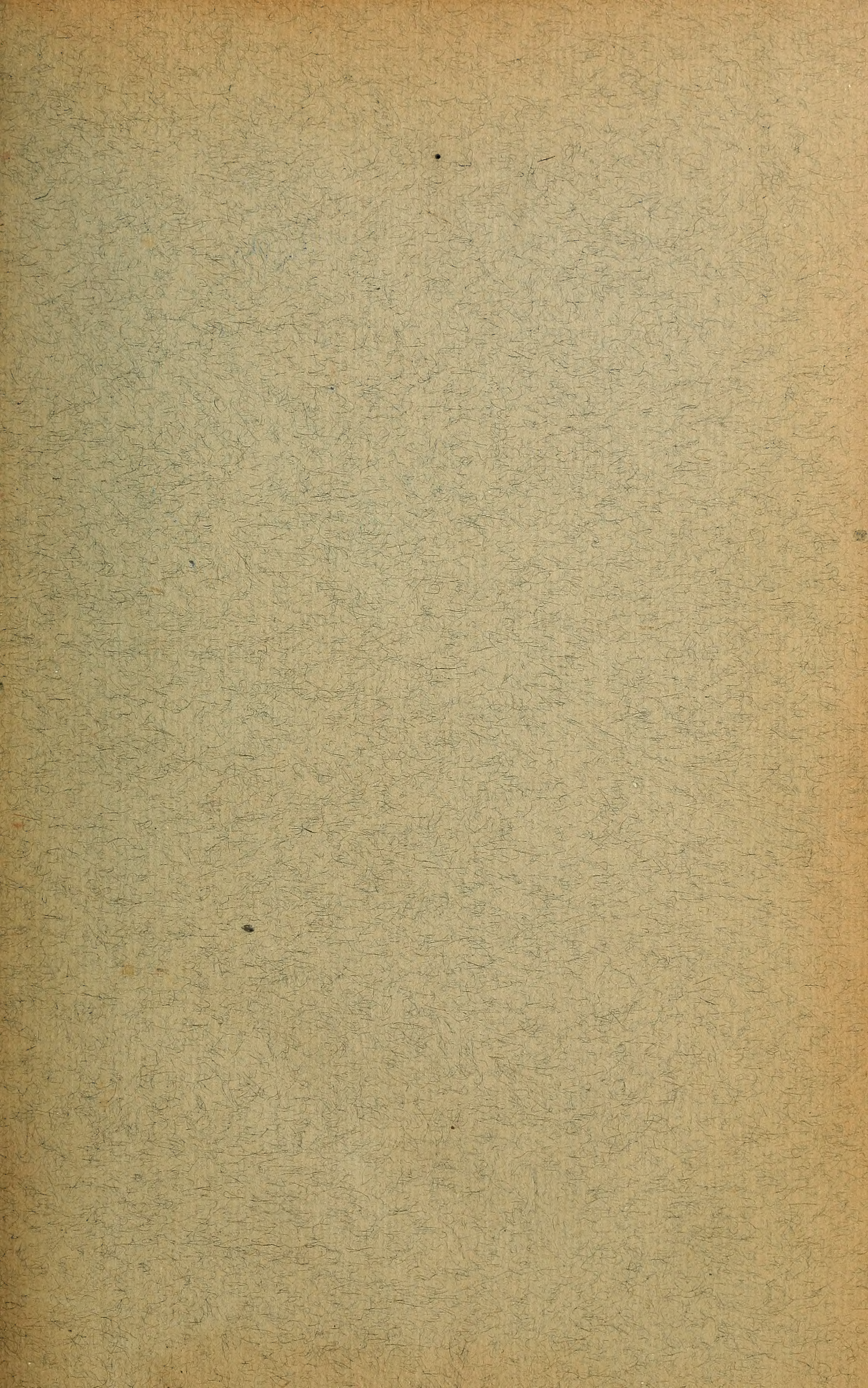



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT






SACK
JURISTISCHE
BUCHHANDLUNG
BERLIN·W·35
POTSDAMER·STR. 112

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht,
und
Dr. Th. Olshausen, Landrichter in Potsdam,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

7. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1909 umfassend).



Berlin, 1909.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Das Manuskript des alphabetischen Sachregisters für die sechs ersten Jahrgänge liegt seit Anfang dieses Jahres abgeschlossen vor. Im Interesse der praktischen Verwertbarkeit ist aber davon abgesehen worden, es ohne die inzwischen erfolgte Hineinarbeitung des siebenten Jahrganges zu veröffentlichen. Das Erscheinen des Registers ist somit gegen Ende des Jahres bestimmt in Aussicht zu stellen.

Berlin, Juni 1909.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—7 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrg. 1.	Jahrg. 2.	Jahrg. 3.	Jahrg. 4.	Jahrg. 5.	Jahrg. 6.	Jahrg. 7.
BGB. nebst Einführungsgesetz	1 1 ff. 2 1 ff.	1 1 ff.	1 1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.	1 ff.
GVG., ZPO. nebst Einführungsgesetz	3 1 ff.	—	2 320 ff.	663 ff.	736 ff.	724 ff.	709 ff.
Handelsgesetzbuch		2 1 ff.	2 1 ff.	556 ff.	637 ff.	600 ff.	591 ff.
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176 ff.	850 ff.	988 ff.	—	978 ff.
Grundbuchordnung . . .		2 395 ff.	2 145 ff.	828 ff.	962 ff.	1020 ff.	942 ff.
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478 ff.	2 253 ff.	800 ff.	942 ff.	972 ff.	—
Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung . .		2 361 ff.	2 290 ff.	771 ff.	902 ff.	937 ff.	894 ff.
Reichshaftpflichtgesetz. . .		2 317 ff.	2 134 ff.	870 ff.	1027 ff.	1060 ff.	1039 ff.
Wettbewerbsgesetz		2 336 ff.	2 611 ff.	879 ff.	1038 ff.	1072 ff.	1048 ff.
Personenstandsgesetz . . .		2 333 ff.	2 172 ff.	868 ff.	—	1056 ff.	—
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsges. . .		2 269 ff.	2 117 ff.	655 ff.	729 ff.	718 ff.	699 ff.
Post-, Telegraphen- u. Zollgesetzgebung		—	2 121 ff.	—	—	722 ff.	704 ff.
Gesellschaft m. b. H. . .		2 274 ff.	—	896 ff.	—	1086 ff.	1063 ff.
Genossenschaftsgesetz . . .		2 297 ff.	—	908 ff.	—	1112 ff.	1090 ff.
Hypothekenbankgesetz . . .		—	2 126 ff.	—	734 ff.	—	709
Patentgesetz		—	2 632 ff.	—	1053 ff.	—	1100 ff.
Gebrauchsmusterschutz . .		—	2 645 ff.	—	1066 ff.	—	1129 ff.
Warenzeichenrecht		—	2 648 ff.	—	1068 ff.	—	1135 ff.
Gewerbliche Schutzgesetze		—	2 660 ff.	—	1078 ff.	—	1153 ff.
Bild. Künste u. Photogr.		—	—	—	—	—	1155 ff.
Literatur und Tonkunst .		—	2 667 ff.	—	1079 ff.	—	1158 ff.
Verlagsrecht		—	2 677 ff.	—	1083	—	1165 ff.
Intern. Urheberrechtsschutz		—	—	—	—	—	1167 ff.
Börsengesetz		—	—	915 ff.	—	—	1169 ff.
Gewerbeordnung		—	—	981 ff.	—	1129 ff.	—
Wechselordnung		—	—	--	731 ff.	—	—
Bankdepotgesetz		—	—	—	1084 ff.	—	708 ff.
Versicherungsgesetz. . . .		—	—	—	—	1146 ff.	—
Gerichtskostengesetz. . . .							—
Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179 ff.	—
Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher		—	—	—	—	1188 ff.	—
Gebührenordnung für Rechtsanwälte		— —	— —	— —	— —	1192 ff. —	—

Mitarbeiter des siebenten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V;

Dr. F. Friedenthal, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch I §§ 21—89;

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Buch II §§ 783—853, Buch IV §§ 1589—1615, 1705—1772 und Wettbewerbsgesetz;

Güthe, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht und Grundbuchordnung;

Dr. Kann, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: EGGVG., GVG., EGZPO., ZPO. Buch I—VII;

Dr. Krech, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X; Lohnbeschlagnahmegesetz;

Dr. Leander, Rechtsanwalt in Berlin: Gewerbliche, künstlerische und literarische Schutzgesetze, Internationaler Urheberrechtsschutz, Warenzeichenrecht und Verlagsrecht;

Dr. Th. Olshausen, Landrichter in Potsdam: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); Buch II §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; Buch IV §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. Rieß, Magistratsassessor in Berlin: BGB. Buch II §§ 705—758; HGB. Buch II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. Schaps, Landrichter in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. Sontag, Amtsrichter in Kattowitz: HGB. Buch I und Buch III bis § 406; Bankdepot- und Hypothekenbankgesetz;

Trendelenburg, Gerichtsassessor in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—432;

Dr. Trumpler, Syndikus der Handelskammer in Frankfurt a. M.: Börsengesetz;

Vormbaum, Landrichter in Charlottenburg: Einführungsgesetz zum BGB.;

Dr. Ludwig Wertheimer, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M.: Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutz;

Dr. Wolff, Regierungsassessor in Berlin: HGB. Buch III §§ 407—473; EisenbVO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht;

Zweigert, Landrichter in Lissa: BGB. Buch II §§ 598—704, 759—782; Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayerische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betr. die Verbindlichkeit z. Schadensersatze f. d. bei dem Betriebe v. Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen u. Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
IheringsJ. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JustdRundsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PuceltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht. — R. 08 II = Zweite Beilage (Entscheidungen); R. 08 mit darauf folgender Seitenzahl oder Ziffer bezieht sich, wenn eine Entscheidung folgt, stets auf die zweite Beilage.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs. Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➳ ⟵ = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
➳ Red. ⟵ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. 05 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Vorbemerkung zum Allgemeinen Teile.

Literatur: Salomon, Das Problem der Rechtsbegriffe. Heidelberg 1907. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen, ABürgR. 32 12—139. — Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung. Greifswald 1908. — Stephan, Die Unterlassungsklagen. München 1908.

1. *Schwarz, ABürgR. 32 1 ff. Die Abhandlung will nachweisen, daß der Begriff der „Person“ und des „Rechtssubjekts“ wertlos und irreführend sind; an ihre Stelle ist der „Rechtszweck“ zu setzen. Der Fehler aller bisherigen Theorien über die juristischen Personen war, daß sie als Rechtssubjekt irgendein „Wesen“ (Menschen, Organismus usw.) suchten, anstatt daß sie auch dort, wo es einen Menschen gab (im „Personenvermögen“) den Zweck gesucht hätten (14). Die Ergebnisse der Abhandlung faßt der Verf. in folgende Sätze zusammen: a) Jedes Recht ist Zweckrecht, jeder Rechtskreis Zweckrechtskreis, jedes Vermögen Zweckvermögen. Die Frage, wem gehört ein Recht, ein Rechtskreis, ein Vermögen? ist unrichtig gestellt. Wenn wir vom Rechte oder Vermögen eines konkreten Menschen sprechen und sagen, „es gehöre ihm“, so bedeutet dies, daß jenes Recht oder jenes Vermögen zum Zwecke der Befriedigung der Bedürfnisse jenes Menschen bestimmt ist. Derselbe Mensch kann in verschiedenen Rechtskreisen interessiert sein; der Wille desselben Menschen kann über verschiedene Rechtskreise verfügen; das, was die Rechtskreise individualisiert, ist nicht der gemeinsame Interessenträger, auch nicht der gemeinsame Verfüger, sondern der gemeinsame Zweck. Jene Rechte, welche die Rechtsordnung in den Dienst desselben Zweckes stellt, bilden einen Rechtskreis: nämlich den Rechtskreis des betreffenden Zweckes (15—29). b) Welche Zwecke einen selbständigen Rechtskreis haben können, ist eine Frage des positiven Rechtes, auf welche zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten die Antwort verschieden lautet. Maßgebend werden natürlich immer die Bedürfnisse der Menschen sein, und insofern ist es wahr, daß „omne jus hominum causa constitutum est“. Das Bedürfnis der Menschen bleibt aber erfahrungsgemäß nicht bei ihrer individuellen Versorgung stehen. Religion, Moral und andere seelische Motive entwickeln in ihnen andere, über den einzelnen hinausgehende (transzendente) Interessen. Die Befriedigung dieser Bedürfnisse kann durch die Rechtsordnung ebenfalls als Zweck hingestellt werden, und es können daher Rechte auch in den Dienst dieser Zwecke treten. Auf diese Weise kann ein Recht, ein Rechtskreis zum Zwecke der Bedürfnisbefriedigung von Göttern und Heiligen, von Tieren, Statuen und anderen leblosen Dingen anerkannt werden. Mittelbar dienen auch diese Rechte — wie überhaupt die Rechte aller anerkannten Zwecke — den Interessen der rechtsetzenden Menschen, denn die rechtsetzenden Menschen wollen ja jene Zwecke nur darum gesichert wissen, weil dies ihren Interessen entspricht; unmittelbar aber sind es jene Zwecke, deren Dienste sie anheimgegeben sind (29—31, 110—115). c) Die Rechtszwecke setzt entweder das positive Recht selbst (gesetzliche Rechtszwecke), oder es überläßt dies den Parteien (geschäftliche Rechtszwecke). Die gesetzlichen Rechtszwecke können in jedem positiven Rechte taxativ aufgezählt werden.

In den Kulturstaaten von heute ist die Bedürfnisbefriedigung eines jeden einzelnen Menschen als besonderer Rechtszweck anerkannt. Dies war jedoch nicht immer so und ist nicht notwendig so: das Wohl des einzelnen Menschen ist ein um nichts mehr „physischer" und um nichts weniger „juristischer" Rechtszweck (oder wie man zu sagen gewohnt ist: Person) als was immer sonst. Durch Rechtsgeschäft kann jeder schutzbedürftige und schutzfähige Zweck zum selbständigen Rechtszweck erhoben werden. Die Rechtsgeschäfte zu diesem Behufe sind vielerlei: Stiftung, Körperschaftsgründung, öffentliche Sammlung, Preisausschreibung, pollicitatio, votum, modus usw. Bei der Körperschaft und der Stiftung ist nicht das Körperschafts- oder Stiftungsvermögen, sind auch nicht jene Personen, die an dem Vermögen interessiert sind, Rechtssubjekt: der Zweck der Körperschaft oder der Stiftung ist es, dem diese Vermögen angehören; ebenso wie es der Sammlungszweck, der Preisausschreibungszweck, der Moduszweck usw. ist, dem die für sie im Sammlungsgeschäft usw. ausgesetzten Vermögen gehören (31—72). d) Innerhalb eines rechtlich anerkannten Gesamtzwecks können viele untergeordnete Einzelzwecke unterschieden werden, deren Erreichung dem Gesamtzwecke gegenüber bloß als Mittel erscheint. So können wir innerhalb des Zweckes der allgemeinen Wohlfahrt des Menschen so viele Einzelzwecke unterscheiden, als der Mensch Bedürfnisse hat: diese Bedürfnisse zusammen machen den Rechtszweck aus, dem der Rechtskreis der einzelnen Menschen angehört. Es kann aber die Rechtsordnung auch innerhalb eines Rechtskreises eine gewisse Anzahl von Rechten in erster Linie in den Dienst eines Einzelzwecks stellen, so daß diese Rechte erst dann für den Gesamtzweck verwendet werden können, wenn jener Partialzweck bereits befriedigt ist. In diesem Falle kann man von einem Partialrechtskreis (Sondervermögen) im Gegensatze zum allgemeinen Rechtskreis (allgemeines Vermögen) eines Zweckes sprechen (72—77). e) Mit jedem Rechte ist eine gewisse Verfügungsmacht verbunden: die Macht tatsächlicher Verfügung über den Rechtsgegenstand, die Macht juristischer Verfügung über das Recht selber. Das Recht kann nur dann einem Zwecke dienen, wenn diese Macht durch jemanden zugunsten des Zweckes ausgeübt wird. Einer solchen Verfügung ist nur der Mensch fähig. Das Recht stellt daher neben jeden Zweck einen Zweckvertreter, in dessen Hände es die Verfügungsgewalt legt. Der Vertreter des Zweckes der allgemeinen Prosperität des einzelnen Menschen ist gewöhnlich dieser Mensch selbst. Er vertritt in solchen Fällen ebenso sein „eigenes Interesse", wie im Falle des Minderjährigen, des Geisteskranken, der rechtsgeschäftlichen Zwecke der Vormund, Kurator usw. ein „fremdes" Interesse vertritt (32—39). f) Die Gebote und Verbote des Rechtes sind immer an zurechnungsfähige Menschen gerichtet. Subjekt einer Verpflichtung kann daher immer nur ein Mensch sein. Im Falle einer Vermögensobligation ist die verpflichtete Person immer der Zweckvertreter jenes Vermögens, aus welchem die Leistung zu erfolgen hat. Ob jemand eine Forderung von 100 M. gegen eine sog. physische oder gegen eine sog. juristische Person habe: zu leisten verpflichtet ist in beiden Fällen der Vertreter des Vermögenszwecks (81—106). g) Von der Verpflichtung des Vermögenszweckvertreters muß die Gebundenheit des Vermögens unterschieden werden: d. h. die Verfügungsmacht des Gläubigers, sich aus dem schuldnerischen Vermögen zu befriedigen (83—89). h) Welche Rechte ein anerkannter Zweck haben kann, ist ausschließlich Frage des positiven Rechtes. Es kann Zwecke geben, für die die Rechtsordnung keine Vermögensrechte anerkennt, z. B. der Zweck der Bettelorden. Umgekehrt ist es möglich, daß einem Zwecke auch andere als Vermögensrechte eingeräumt werden: so können z. B. Persönlichkeitsrechte (Ehrenrecht, Namenrecht usw.), ja auch Familienrechte einer Stiftung, einer Körperschaft, einer Gottheit oder einem Verstorbenen zuerkannt werden. Nach indischer Auffassung ist z. B. die Witwe noch immer die Gattin des Verstorbenen: ein Familienrecht zu Zwecken des Verstorbenen

(105—115). i) Die Rechtszwecke, die man mit dem Namen „juristische Person" zu verdecken pflegt, können nicht nur zivilrechtlicher, sondern auch öffentlich-rechtlicher Natur sein. Was für öffentliche Rechte die Rechtsordnung den einzelnen Zwecken gewähren will, ist de lege lata Frage des positiven Rechtes, de lege ferenda Frage der Zweckmäßigkeit. So könnte z. B. zugunsten eines rechtsgeschäftlichen Zweckes das Recht der Abgeordnetenwahl eingeräumt werden. Das Recht gehört auch in solchen Fällen dem Zwecke, die Ausübung desselben dem Zweckvertreter. Auf dem ganzen Gebiete des zivilen und öffentlichen Rechtes bedeutet Recht wie Rechtssubjekt sowohl bei der sog. physischen als bei der sog. juristischen Person dasselbe (139).

2. *Salomon über das Problem der Rechtsbegriffe. Der terminus „Rechtsbegriffe" ist vieldeutig. Es sind zu scheiden a) die in den Rechtsnormen enthaltenen Begriffe, b) die Begriffe, welche die Rechtsnormen (auch in ihrer Gesamtheit oder in ihren Teilen) zum Gegenstande haben, c) die Begriffe von den Dingen des Rechtes selbst. Bei a und b taucht das Problem der Interpretation auf. Es ist zu erforschen der „Wille des Gesetzgebers", d. h. das in den Normen von der Gesamtheit der gesetzgebenden Faktoren, Gemeinte. Nach den Gesetzen der Psychologie hat alles Juristische für diese ideelle Persönlichkeit besondere psychische Energie, die Ausdrücke haben ein Merkmal der juristischen Relevanz. Ebenso die Begriffsworte, die der Jurist verwendet. Damit ist die psychologische Methode der Interpretation begründet. — Die Begriffe von den Rechtsnormen sind nicht Begriffe im System einer Wissenschaft, da die Rechtsnormen nicht Gegenstand einer Wissenschaft sein können. Nur die Begriffe zu c sind Begriffe im wissenschaftlichen Sinne. Die Gesetze der an Mathemathik und Naturwissenschaft orientierten Logik dürfen gleichwohl nicht unverändert Anwendung finden.

3. *Stampe behandelt zunächst die Methode der Rechtsbildung, und verlangt für den Richter selbständige Rechtsbildungsgewalt neben dem, und in bestimmten Grenzen auch entgegen dem Gesetz. Er fordert, daß die Begriffsbildung in erster Linie Gliederungen nach der Funktion (= sozialen Aufgabe) der Rechtsinstitute vornehmen müsse, und die bisher allein üblichen Scheidungen nach dem Tatbestande resp. der juristischen Wirkung in die zweite Reihe verweisen. An Beispielen aus der Praxis — so an der Ausgestaltung des Sicherungseigentums — wird gezeigt, daß eine Begriffsbildung, welche die Funktionsunterschiede nicht beachtet, die Rechtsbildung auf Abwege führt.

4. *Stephan, Unterlassungsklage 38 ff., vertritt im Gegensatze zu Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerl. Rechte 5 f., und Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 41 ff., die Ansicht, daß das objektive Recht aus Imperativen, Geboten und Verboten zusammengesetzt ist, also immer befehlend an den einzelnen Rechtsgenossen herantritt, ohne Rücksicht darauf, ob seine Intentionen sich mit dem Rechtsbewußtsein des Individuums decken oder nicht. Dieser Grundsatz gilt auch für die Unterlassungspflichten, so daß diese also die Unzurechnungsfähigen ebenso treffen wie die voll geschäftsfähigen Personen.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.[7]

Literatur: Adler, Der Schutz des Namens im Entwurf einer Novelle zum österr. BGB., JLBl. 08 217—222. — Allfeld, Veröffentlichung von Briefen, DJZ. 08 1297 bis 1302. — Balog, Verschollenheit und Todeserklärung nach deutschem und ungarischem Rechte. Berlin 1908. — Bender, Adoption und Adel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach badischem Rechte, BadNotZ. 6 2—7. — Carlebach, Adoption und Adel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach badischem Rechte, BadNotZ. 6 8—10. — Koffka, Die unbefugte Führung des Adelstitels, DJZ. 08 67—69. — Krüger, Die Einwirkung des Rechtes am eigenen Bilde auf die Eintragbarkeit von Warenzeichen, GewRschutz 08 91—98. — „Nochmals Grenzen der Zuständigkeit der Gerichte und des Herolds-

amts bei Entscheidung über das Recht zur Führung adliger Prädikate", AÖffR. **23** 1—70. Mitgeteilt aus dem Königl. Heroldsamte. Nachtrag hierzu aaO. 177—196.

§ 1. *Schwarz, ABürgR. **32** 39/40. a) Rechtsfähigkeit vor der Geburt. Auch der noch ungeborene Mensch hat einen rechtlich geschützten Interessenkreis. Gewisse Rechte kann er schon vor seiner Geburt erwerben und zwar manche unbedingt, andere nur unter der Bedingung seiner lebendigen Geburt: jene dienen den gegenwärtigen, gewissen Interessen der Leibesfrucht, diese den zukünftigen und — da man noch nicht weiß, ob er lebendig zur Welt kommt — ungewissen Interessen des zu gebärenden Menschen. Den gegenwärtigen Interessen der Leibesfrucht dient der Unterhaltsanspruch aus dem reservierten Erbteile des nasciturus, wie ihn § 1963 anerkennt. In den Fällen, wo es sicher ist, daß die Leibesfrucht bereits im Mutterleibe tot ist, besteht keine Unterhaltspflicht. Dieser Unterhaltsanspruch kann auch von den Gläubigern der Mutter nicht gepfändet werden, und zur Sicherung dessen, daß die Unterhaltssumme wirklich ihrer Bestimmung zugewendet wird, kann im Interesse der Leibesfrucht ein besonderer Pfleger bestellt werden (§§ 1912, 1923).

b) Rechtsfähigkeit nach dem Tode. Auch Rechte nicht vermögensartiger Natur sind zum Schutze des Verstorbenen gewährt. Gewisse Interessen, wie körperliche Integrität, Ehre, Schutz gegen üble Nachrede, erkennt unser heutiges Empfinden auch dem Abgeschiedenen zu. Daß niemand die Leiche verstümmeln darf; daß man ihr Bildnis nicht unberechtigt verfertigen, gewerbsmäßig verbreiten oder öffentlich zur Schau stellen darf; daß der Adressat der Briefe des Verstorbenen zur Veröffentlichung derselben nicht berechtigt ist; daß wegen Beleidigung der Ehre Verstorbener ein Strafverfahren zulässig ist: all dies ist Anerkennung der auch nach dem Tode fortbestehenden „Rechtssubjektivität", — richtiger gesprochen: des Zweckobjektcharakters des Verstorbenen. — Die herrschende Doktrin, nach welcher die Rechtssubjektivität mit der Geburt des Menschen beginnt und mit seinem Tode endet, bleibt auch vor diesen Rechten ratlos stehen. Einzelne halten auch die Leiche für Eigentum der Erben (Bekker, Pand. § 77 I) — ein geradezu monströser Gedanke, den nur die Zwangslage der heutigen Doktrin begreiflich macht, nach welcher nur ein „lebendes" Rechtssubjekt Rechtsschutz erhalten kann. Und wie verfährt die Doktrin mit dem Rechte am Bildnis, am Leumund, an der Ehre, am Briefgeheimnisse des Verstorbenen? Diese Rechte werden bald überhaupt nicht als subjektive Rechte angesehen, bald ebenfalls als Rechte der Erben oder der Verwandten. Indessen, wenn wir die Ehre des Verstorbenen ebenso schützen wie die des Lebenden: warum sollte das, was wir hier „Recht" nennen, dort etwas anderes sein? Und weil die Ausübung dieser Rechte nur gewissen lebenden Menschen, regelmäßig den Erben oder gewissen nahestehenden Familienmitgliedern des Verstorbenen zukommt: hindert das, daß die Zuständigkeit dieser Rechte dem Verstorbenen gebühre? (43 ff.).

§ 6. 1. Verschwendung (s. JDR. **2** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. II). **RG.** 24. 2. 08, R. **08** 221. Die Annahme einer Verschwendung setzt voraus, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den an sich übermäßigen unwirtschaftlichen Aufwendungen und persönlichen Eigenschaften besteht, die einen Hang zu unvernünftigen, zweck- und nutzlosen Ausgaben erkennen lassen. Dagegen ist nicht Voraussetzung, daß die übermäßigen Ausgaben zum eigenen Nutzen bewirkt sind.

2. Abs. 2. **RG.** 24. 2. 08, JW. **08** 234, R. **08** 221. Wenn § 6 von einem „Wegfallen" des Entmündigungsgrundes spricht, so ist damit ein „Nichtvorliegen" gemeint. Daher ist der Richter nicht gehindert, das frühere Verhalten des Entmündigten anders zu würdigen, als dies in dem Entmündigungsbeschlusse geschehen ist.

§ 7. 1. **RG.** 9. 12. 07, **67** 191 ff. behandelt die Einwirkung des preuß. Gesetzes, betr. die Gerichtsorganisation für Berlin und Umgebung, vom 16. September 1899

auf die Einheit des Ortes des Wohnsitzes im Sinne des § 7. Der Ort des Wohnsitzes sei weder als eine ein für allemal bestimmte Einheit anzusehen, noch könne die Zugehörigkeit der Niederlassung einer Person zu einer politischen Gemeinde zu den wesentlichen Elementen des Wohnsitzbegriffs gezählt werden.

2. R. **08** 389 (BayObLG.). Zur Begründung eines Wohnsitzes ist die Absicht lebenslänglicher Niederlassung nicht erforderlich. Es genügt, daß sie nicht von vornherein nur vorübergehend sein soll, wenn auch schon im Zeitpunkte der Niederlassung mit der Verlegung beim Eintritte veränderter Umstände gerechnet wird, z. B. mit der Möglichkeit handelsgesetzlicher Kündigung bei einem Reisenden (vgl. auch JDR. **3**).

3. BayObLG. **9** 359. Dienstort einer Kellnerin ist regelmäßig kein Wohnsitz. Dadurch, daß jemand außerhalb seines Wohnsitzes in ein Dienstverhältnis tritt, begründet er dort nicht ohne weiteres einen neuen Wohnsitz; im Zweifel muß angenommen werden, daß, wer außerhalb seines Wohnsitzes in ein Dienstverhältnis tritt, sich am Dienstorte nicht ständig, sondern nur für so lange niederlassen will, als er dort in einem Dienstverhältnisse bleibt.

4. **a)** R. **08** 645 (BayObLG.). Eintritt in ein Krankenhaus begründet regelmäßig keinen Wohnsitz. **b)** ElsLothJZ. **08** 541 (Colmar). Ein unheilbar Geisteskranker hat seinen Wohnsitz an dem Orte der Anstalt, in die er mit Willen des Vormundes zur dauernden Verpflegung untergebracht ist. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Vormundes ist nicht erforderlich (vgl. JDR. **2** Ziff 2 e u. **4** Ziff. 2).

§ 9. RG. 17. 12. 07, SeuffBl. **08** 796. Ist einem Militärbeamten ein bestimmter Ort als Amtssitz angewiesen worden, so ist die wirkliche Niederlassung am Garnisonorte nicht die Vorbedingung des Bestehens des Wohnsitzes an diesem Orte.

§ 10. R. **08** 485 (Stuttgart). Die Ehefrau eines Franzosen, der seinen in Deutschland begründeten Wohnsitz nach Frankreich verlegt, teilt diesen letzteren Wohnsitz, auch wenn sie dem Manne nicht nachgefolgt ist. Die Bestimmung des § 10 Abs. 1 Satz 2 findet hier nicht Anwendung, weil vom Standpunkte des Mannes aus Frankreich nicht „Ausland" ist, und die Regel des § 10 Abs. 1 Satz 1 ausnahmslos gilt, wenn der Mann im „Inlande" wohnt (**RG. 59** 339, JDR. **4**).

§ 11. a) R. **08** 645 (BayObLG.). Die ehelichen Kinder verlieren den abgeleiteten Wohnsitz nicht dadurch, daß der Vater seinen maßgebenden Wohnsitz aufgibt, ohne einen neuen zu erwerben (vgl. JDR. **2** Ziff. 2). **b)** R. **08** 613 (BayObLG.). Aus der Feststellung, daß der Vormund den Mündel „ganz zu sich genommen habe", folgt noch nicht die Begründung eines neuen Wohnsitzes für letzteren. **c)** SächsOLG. **29** 46 (Dresden). Ein Minderjähriger behält nach dem Tode des Vaters dessen Wohnsitz auch dann, wenn die elterliche Gewalt der Mutter zusteht, bis diese als gesetzliche Vertreterin des Minderjährigen den Wohnsitz ausdrücklich aufhebt.

§ 12. 1. Gebrauch des Namens als Warenzeichen (s. JDR. Ziff. II 6, **6** Ziff. II 1). **RG.** 21. 10. 08, **69** 310, JW. **08** 737 f. Das Wort „Liberty" hat sich wie in anderen Ländern, so auch in Deutschland als Bezeichnung eines gewissen Gewebes von Stoffen ohne Rücksicht auf deren Herkunft, als eine bloße Beschaffenheitsangabe für leichte, weiche, glänzende Gewebestoffe allgemein eingebürgert, wobei nicht mehr an den ursprünglichen Hersteller dieser Stoffe oder seinen Geschäftsbetrieb gedacht wird. Entscheidendes Gewicht war auf die Auffassung des konsumierenden Publikums zu legen; unerheblich ist es, wenn wirklich einzelne Händler sich des ursprünglichen Zusammenhanges des Wortes „Liberty" mit dem Geschäftsbetriebe des Gründers der klagenden Firma noch bewußt sein sollten. Es wurde deshalb die namenrechtliche Untersagungsklage, da es sich nicht mehr um eine Namens-, sondern um eine Sachbezeichnung handelt, abgewiesen.

2. **RG.** 12. 2. 08, HoldheimsMSchr. **08** 125. Die in einer Firma neben dem eigenen Namen enthaltene Bezeichnung des Geschäfts mit einem fremden Namen (Café Bauer) verletzt nicht das Namenrecht der Träger des fremden Namens, denn der Zusatz „Café Bauer" kommt hier nicht in seinen einzelnen Bestandteilen, sondern nur einheitlich als Etablissementsname in Betracht, dem die Beziehung zu dem Träger des Familiennamens fehlt (vgl. JDR. **6** Ziff. II 2).

3. Übertragung des Namenrechts. a) MschutzuWettbew. 8 62 (Frankfurt). Infolge der Übertragung eines Namens seitens des Berechtigten an einen anderen, um ihn als Geschäftsbezeichnung zu gebrauchen, ist der den Namen Übertragende gehalten, dem Vertragsgegner die Namensführung zu gestatten. Der Erwerber erlangt die Befugnis, die ihm übertragenen Rechte des Namensberechtigten gegen jeden schlechter Berechtigten geltend zu machen. b) FrankfRundsch. **42** 42 ff. (Frankfurt a. M.). Gegenüber der Klage des A. auf Unterlassung des Gebrauchs seines Namens seitens des B. für dessen Erwerbsgeschäft (Fremdenpension) kann B. sich nicht darauf berufen, daß ihm von dem früheren, gleichfalls den Namen A. führenden Eigentümer des Hauses, in dem er sein Geschäft betreibt, die Führung des Namens A. zur Bezeichnung seines Hauses und Geschäfts erlaubt worden sei. Dies gilt auch dann, wenn A. das Recht zur Führung dieses Namens nicht durch Geburt, sondern durch Verleihung seitens der Verwaltungsbehörde erhalten hat.

4. RheinA. **105** I 140 (Cöln). Es gibt kein durch Klage geschütztes Recht der Persönlichkeit, nicht durch unangenehme Behauptungen belästigt zu werden.

5. HansGZ. **08** Beibl. 229 (KG.). Bei Bezeichnung eines Nichtpreußen im preußischen Standesregister ist in erster Linie darauf zu sehen, welchen Namen und welche Standesbezeichnung er mit Genehmigung der Behörden seines Heimatsstaats tatsächlich führt und erst, wenn in dieser Hinsicht Zweifel bestehen, selbständig zu prüfen, welchen Namen und welche Standesbezeichnung er nach dem Rechte seines Heimatsstaats zu führen hat.

6. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 7, jetzt auch JW. **08** 133.

7. Adelsprädikat. Koffka berichtet DJZ. **08** 67 über zwei Erkenntnisse des KG. vom 19. November 1907, in denen die Ansicht vertreten wird, daß der Strafrichter über die Frage, ob demjenigen, der ein Adelsprädikat führt, der Adel zukommt, frei zu entscheiden habe, ohne an die Entscheidung der Adelsbehörde gebunden zu sein. — Hiergegen wendet das Heroldsamt sich von neuem (vgl. bereits JDR. **6** Ziff. I 6) im AÖffR. **23** 1 ff. — Carlebach tritt den Ausführungen des Heroldsamts AÖffR. **22** 1 ff. entgegen. Er billigt die Entscheidung eines badischen Standesamts, derzufolge die Gerichte des bürgerlichen Rechtes im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufen sind, über das Recht, adlige Prädikate zu führen, schlechthin zu entscheiden. — Am 21. Mai 1908 hat sodann das KG., RheinARV. **26** 103—118 — unter Aufgabe seiner früheren Ansicht, s. auch JDR. **4** Ziff. II 3 a — sich dahin ausgesprochen, daß in dem Verfahren, betr. die Berichtigung der Standesregister, die Gerichte an eine Entscheidung des Königs oder der zuständigen Adelsbehörde über die Zugehörigkeit eines preußischen Staatsangehörigen zum Adelsstande gebunden sind. Hiermit ist das KG. also wieder zu seiner bereits in dem Beschlusse vom 13. Januar 1902 (s. JDR. **2** Ziff. 3 c) vertretenen Auffassung zurückgekehrt. Es wird unter anderem ausgeführt, daß, wenngleich die Gerichte über die Berichtigung der Standesregister zu entscheiden haben, dennoch nicht notwendig die Feststellung der Richtigkeit durch die Gerichte selbständig erfolgen müsse, vielmehr sei, da für die Feststellung eine andere Behörde zuständig sei, deren Entscheidung für die Gerichte bindend. — Auch OLG. Königsberg hat sich am 9. 4. 08, PosMSchr. **08** 85, dahin ausgesprochen, daß die Entscheidung des Heroldsamts für den Strafrichter maßgebend sei. Der gleichen Ansicht auch OLG. Darmstadt 6. 3. 06, HessRspr. **9** 42.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte. I. Recht der Persönlichkeit (s. JDR. **6** Ziff. I des Anhanges). MschutzuWettbew. 8 43, SeuffA. **64** 28 (Augsburg). Es ist durchgreifender Rechtsgrundsatz des BGB., daß jeder natürlichen und jeder juristischen Person das ausschließliche Recht auf ihre gebräuchlichen ernsthaften Individualisierungsmerkmale zusteht, daß die Individualrechte von anderen Personen anzuerkennen sind, daß also Einrichtungen einer Person, die einen gewissen Wert gewonnen haben, schutzberechtigt sind und nicht von einer anderen Person in Gebrauch genommen werden dürfen. Schon gegen objektiv widerrechtliche Störung dieser Rechtsgüter ist die Unterlassungsklage gegeben, die sich als quasi negatoria auf die analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. gründet.

II. Wappenrecht (s. JDR. **3** u. **6** Ziff. II des Anhanges). Das OLG. Cöln, GewRschutz **13** 280, leitet aus denselben Gründen, die den Schutz des Namens gemäß § 12 rechtfertigen, einen entsprechenden Schutz des Rechtes auf Führung eines Wappens her und führt über die Benutzung von Stadtwappen aus: Wenn eine Stadt selber als geschäftstreibende juristische Person auftritt und als solche ihr Wappen ihren geschäftlichen Zwecken dienlich macht, wird man jeden anderen gleichen oder ähnlichen Gebrauch des Wappens, der bei dem Publikum einen Irrtum über die Herkunft oder die Beschaffenheit der Ware zu erwecken imstande wäre, auch dann als nicht befugt ansehen müssen, wenn durch den gleichen oder ähnlichen Gebrauch eine Täuschung zwar nicht direkt beabsichtigt ist, eine Schädigung der geschäftlichen Interessen der gewerbetreibenden Stadt aber möglich ist. Bei einer solchen Sachlage sind die Bestimmungen des § 12 unbedenklich analog auf Wappen juristischer Personen zur Anwendung zu bringen.

III. Titelrecht (s. JDR. **6** Ziff. III des Anhanges). 1. Feilitsch, Sächs. RpflA. **07** 529 ff., handelt über das Recht am Titel als ein subjektives öffentliches Recht und die Frage, ob der Landesherr einen landesherrlich verliehenen Titel kraft eigener Machtvollkommenheit wieder entziehen kann.

2. SächsOLG. **29** 8, FischersZ. **33** 233 ff. (Straff. Dresden). Die Gewährung eines Titels, z. B. des Ehrentitels eines Königl. Hoflieferanten, begründet für den Bedachten ein subjektives öffentliches Recht, dessen Wesen es erheischt, daß es gegen Beeinträchtigungen seiner Ausübung, soweit solche nicht durch Rechtsvorschriften gedeckt sind, rechtlich geschützt sei.

IV. Recht an Briefen (s. JDR. **5** unter a u. b des Anhanges, **6** Ziff. IV). a) Allfeld, DJZ. **08** 1301. Im positiven Rechte findet sich keine ausdrückliche Anerkennung eines Persönlichkeitsrechts an Briefen, wie ein solches z.B. von Gierke und Kohler behauptet wird. Zur zeit kann daher die Geltung eines Schutzes gegen Veröffentlichung von Briefen ganz allgemein — abgesehen von dem urheberrechtlichen Schutze — nicht angenommen werden. b) OLG. Jena, JDR. **6** Ziff. IV b des Anhanges, jetzt auch GewRschutz **08** 129. Vgl. auch GewRschutz **08** 330 ff.

V. Schutz gegen Karikierung (s. JDR. **6** Ziff. V des Anhanges). Krüger, GewRschutz **08** 97. Einen Schutz gegen das Karikiertwerden gewährt das Kunstschutzgesetz nicht. Die Eintragung eines Warenzeichens aber, das eine Karikatur beleidigenden Charakters enthält, ist unzulässig.

VI. Recht am eigenen Bilde. Krüger, GewRschutz **08** 94 ff. Die Verwendung fremder Bildnisse in Warenzeichen ist unzulässig und zwar auch dann, wenn es sich um Bilder von Personen aus dem Bereiche der Zeitgeschichte handelt. Ohne die Einwilligung der abgebildeten Person würde die Verwendung des Zeichens eine strafbare Handlung sein, zu einer solchen darf aber das Patentamt durch die Eintragung seine Hilfe nicht leisten (97).

§ 15. Balog, Verschollenheit 32. Die Vorschriften des § 15 erstrecken sich nicht auf die Kriegsgefangenen, soweit sie vom Kampfplatze verschwunden sind (aM. Staudinger, BGB. I 101). Es besteht im Falle der Kriegsgefangenschaft nach den modernen Kriegsbestimmungen nicht die Lebensgefahr, welche die kürzere Frist begründen würde. Auf die Kriegsgefangenen kann höchstens § 17 angewendet werden.

§ 20. Balog, Verschollenheit 64. Im Falle der Todeserklärung kann § 20 keine Anwendung finden. Nach Hölder, BGB. 120, Gareis, BGB. 32, sollen die in den einzelnen Todeserklärungsurteilen festgestellten, verschiedenen Zeitpunkte nur auf dritte Personen wirken, während zwischen den Parteien § 20 auf die gegenseitigen Verhältnisse der für tot Erklärten anwendbar sei. Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, daß die Parteien hier nicht interessiert sind. Die Vermutung ist wichtig vom Gesichtspunkte der dritten Personen aus; für die Erbfolge wird nicht der § 20, sondern der im Urteile festgesetzte Zeitpunkt maßgebend sein.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Von größeren Arbeiten, die das Wesen der juristischen Personen behandeln, liegt im Berichtsjahre nur die von Schwarz (s. unten) vor. Hölder (s. unten) setzt sich mit Binder (JDR. **6** Vorbem.) und einem Aufsatze von Preuß (BerlLitZtg. **06** 2338 ff.) auseinander. — Nachzutragen sind noch die eingehenden, die Materien selbständig behandelnden Kritiken von Stintzing in der KrVJSchr. **47** über die Werke von Behrend (109 ff.) und Hölder (232 ff.). Über diese s. JDR. **4**. — In der Literatur tritt verschiedentlich das Bestreben hervor, die Geschäftsfähigkeit der juristischen Personen auszudehnen (vgl. die unten zitierten Aufsätze von Simon, Fürst, Düringer und Geiger). In der Rechtsprechung spielen wiederum die durch § 54 hervorgerufenen Schwierigkeiten in der rechtlichen Beurteilung der nicht rechtsfähigen Vereine eine wesentliche Rolle.

Literatur: Bogeng, Die Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen. Berlin 1908. (Diss.) — Brückmann, Die Rechtsnatur der Zeppelin-Spenden, GesuR. **08** 481 ff. — Düringer, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften, LeipzZ. **08** 367. — Fürst, Zur Wahl von juristischen Personen in den Aufsichtsrat, LeipzZ. **08** 365. — Geiger, Zur Stellung unserer Rechtsprechung in der Frage des Umfanges der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, HoldheimsMSchr. **08** 97. — Hölder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, JheringsJ. **53** 40 ff. — Meyer, Rechtsfähigkeit auswärtiger — Schweizer — Hypothekenbanken. Erwerbsfähigkeit derselben für inländische Aktivhypotheken, JW. **09** 30. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, ABürgR. **32** 12 ff. — Simon, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften, LeipzZ. **08** 1 ff.

1. Allgemeines. Das Wesen der juristischen Person. a) Vgl. JDR. **1** Note 1—3, **2** Note 1, 2, **3** Note 1 ff., **4**, **5** Note 1 zum 2. Titel. b) Schwarz aaO. versucht, die natürlichen und juristischen Personen rechtlich auf einen gemeinsamen Gesichtspunkt zurückzuführen. Er verallgemeinert die Brinzsche Lehre vom Zweckvermögen dahin, daß er sagt: Jedes Vermögen wird durch den Zweck zusammengehalten und ist Zweckvermögen, jedes Recht ein Zweckrecht. Das allgemeine Vermögen des Menschen ist, was der Staat ihm zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zur Verfügung stellt. Der einzelne Mensch kann aber noch andere Zweckvermögen haben (z. B. als Erbe, Gemeinschuldner), und ebenso können Zweckvermögen außerhalb des Menschen existieren. Auch können sich mehrere Menschen zu einem Zwecke derart vereinigen, daß jeder aus seinem allgemeinen gewisse Rechte in das neue, dem Dienste des gemeinschaftlichen Zweckes bestimmte Vermögen einlegt. Das Vermögen des einzelnen Menschen ist gesetzliches, das der sog. juristischen Personen geschäftliches oder gewillkürtes Zweckvermögen. Auch beim einzelnen Menschen gehen Rechte und Pflichten nicht diesen als solchen, sondern als Verwalter

des Vermögenszwecks an. Auch Rechte nicht vermögensrechtlicher Natur können nicht nur dem allgemeinen Zwecke des Menschen, sondern auch jedem anderen Zwecke dienen, daher auch juristischen Personen zustehen. Dagegen mangelt diesen die Deliktsfähigkeit. c) Hölder aaO. hält Binder entgegen, daß, wenn wir kein anderes als menschliches Recht kennen, wir nicht vom Rechte ausgehen können, ohne vom Menschen auszugehen. c) Stintzing (aaO. 233) stimmt Hölder zu in der Kritik der Gierkeschen Theorie von der Gesamtperson. Er bekämpft die Ansicht Hölders und Gierkes, daß die Rechtsfähigkeit eine Eigenschaft eines Wesens sei. Sie sei vielmehr eine Rechtswirkung, eine rechtliche Potenz. Stintzing stimmt der Lehre Hölders von der Unpersönlichkeit der juristischen Personen zu, bekämpft aber dessen Folgerungen als übers Ziel hinausgehend. Vor allem bekämpft er auch die sog. Amtstheorie. Zu dieser vgl. Hellwig, DJZ. **08** 1198.

2. Umfang und Bedeutung der juristischen Persönlichkeit. a) Vgl. JDR. **1** Note 5, **2** Note 3, **4** Note 2, 3, **6** Note 2 zum 2. Titel. b) Juristische Personen als Konkursverwalter usw. Die JDR. **6** unter 2 b zitierte Entscheidung ist auch abgedruckt LeipzZ. **08** 245. — Geiger aaO. wendet sich gegen die ihm zu weit gehende Begründung dieses Urteils. Es sei unrichtig, wenn dort juristischen Personen allgemein die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit abgesprochen werde. Wie diese gültig als Vollmachtträger und direkte Vertreter auftreten können, so können sie auch Testamentsvollstrecker, Mitglieder von Aufsichtsräten und Gläubigerausschüssen sein. c) Juristische Personen als Aufsichtsratsmitglieder. Simon aaO. empfiehlt eine Änderung des tatsächlich bestehenden Zustandes, nach welchem statt der materiell interessierten Handelsgesellschaften einzelne Personen als deren Vertreter Mitglieder der Aufsichtsratskollegien sind und begründet eingehend, daß schon nach jetzigem Rechte die Wahl von juristischen Personen in den Aufsichtsrat zulässig ist. — Fürst aaO erhebt gewichtige praktische Bedenken gegen Simons Vorschläge, während Düringer aaO. die Vorteile überwiegend findet. d) Juristische Personen als Gewerbetreibende. Hoffmann, PrVerwBl. **29** 958, erörtert im Anschluß an die Rechtsprechung des PrOVG., daß auch juristischen Personen gewerbliche Konzessionen erteilt werden können, soweit nicht der Nachweis bestimmter persönlicher Eigenschaften vorgeschrieben ist. Insoweit kann, wenn eine juristische Person das Gewerbe betreiben will, die Konzession nur einem geeigneten Stellvertreter erteilt werden. e) Anwendbarkeit des § 29 auf juristische Personen überhaupt s. unten Note 1 zu § 29.

3. Ausländische juristische Personen. RheinA. **105** I 3 (Düsseldorf). Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen wird seit Inkrafttreten des BGB. in Deutschland nur anerkannt, wenn die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge ausdrücklich oder stillschweigend gewährleistet ist. Zwischen Deutschland und Italien ist durch Verträge vom 8. August 1873 (RZBl. 288) und 6. Dezember 1891 (RGBl. **92** 97) die Gegenseitigkeit stillschweigend vereinbart. — Nach italienischem Rechte gilt eine Gläubigervereinigung, der das gesamte Aktivvermögen des Schuldners zum Zwecke der Liquidation abgetreten worden ist, als juristische Person. Sie ist deshalb nach deutschem Rechte parteifähig.

4. Sammelvermögen. a) Hölder aaO. 91 ff. Die zur Verwaltung und Verwendung des Sammelvermögens berufenen Personen sind nicht Subjekte privater, sondern amtlicher Macht, das Vermögen lediglich ein Objekt amtlicher Macht. Für die Voraussetzung des „Wegfalls" dieser Personen nach § 1914 ist nicht erforderlich, daß sie überhaupt nicht mehr existieren, sondern nur, daß sie nicht mehr existieren als zur Verwaltung und Verwendung berufene Personen. Diese Personen müssen geschäftsfähig sein. Sonstige Unfähigkeit oder Untreue begründet zwar

nicht unmittelbaren Wegfall, aber doch die Möglichkeit obrigkeitlicher Entfernung aus dem Amte. — Hölder bekämpft die Theorie Fischbachs (JDR. **6** Note 3 zum 2. Titel), daß das Eigentum der Spender erhalten bleibe. An seine Stelle trete die amtliche Macht des Sammlers. Er wendet sich gegen Fischbachs Annahme eines privatrechtlichen Anspruchs jedes Spenders gegen den Sammler auf bestimmungsgemäße Verwendung (vgl. auch unten Note zu § 33). **b)** Brückmann aaO. lehnt die Auffassung der Zeppelin-Spende als eines Sammelvermögens ab. Es handele sich vielmehr um eine Zuwendung an Zeppelin.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Altmann, Der Einfluß des Reichsvereinsgesetzes auf die das Vereinsrecht betreffenden Bestimmungen des BGB., VerwA. **17** 99 ff. — Delius, Deutsches Vereinsrecht und Versammlungsrecht. Berlin 1908. Erstes Buch: Das private Vereinsrecht. — Diemayr, Bayerische Schützengesellschaften, BayRpflZ. **08** 104 ff., 164 ff. — Oertmann, Bayerische Schützengesellschaften, BayRpflZ. **08** 121 ff. — Reineke, Haftet der rechtsfähige Verein für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, aus welchem er hervorgegangen ist? DJZ. **08** 245. — Vervier, Die rechtliche Natur der kgl. privilegierten Schützengesellschaften, BayRpflZ. **08** 299 ff.

Vorbemerkungen.

1. Das Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 ersetzt im § 22 den § 72 BGB. durch eine andere Vorschrift, läßt aber im übrigen das private Vereinsrecht unberührt. Mittelbar ist es für § 61 Abs. 2 erheblich (s. Altmann aaO.).

2. Begriff des Vereins; Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen. **a)** Vgl. JDR. **6** Vorbem. vor § 21. **b)** Hölder aaO. wendet sich gegen die Bindersche Identifizierung des Vereins mit der Summe seiner Mitglieder. Hierbei sei nicht verständlich, daß zwischen Verein und Gesellschaft ein Unterschied bestehe. **c)** Stintzing aaO. Der rechtsfähige Verein entsteht nicht dadurch, daß jedes Mitglied sich dem anderen unterwirft, sondern daß alle sich und die späteren Mitglieder der Satzung unterwerfen. **d)** **RG.** R. **08** 613 Ziff. 3384. Hat ein vor 1900 gegründeter Verein nach Inkrafttreten des BGB. sich neue Satzungen gegeben zu dem ausgesprochenen Zwecke, die Eintragung in das Vereinsregister zu erwirken, so ist als Wille der Vereinsmitglieder zu unterstellen, daß von diesem Zeitpunkt ab, und zwar schon vor der Eintragung für die Rechtsverhältnisse des Vereins das BGB. maßgebend sein soll. **e)** Reineke aaO. Der rechtsfähige Verein haftet für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, aus welchem er hervorgegangen ist. — Der Wille der bei der Umbildung tätigen Personen ist auf den Übergang der Schulden gerichtet. Der eingetragene Verein soll nicht nur Eigentümer des Vermögens und Gläubiger der Schuldner des früheren Vereins werden, sondern auch Schuldner der Gläubiger. Es kommt mithin im Augenblicke der Entstehung der juristischen Person stillschweigend ein Vertrag zustande, wonach der eingetragene Verein die Schulden übernimmt. Zwar vollzieht sich diese Sondernachfolge nicht mit Wirkung gegen den Gläubiger, da seine Genehmigung fehlt. Die juristische Person ist den Mitgliedern des aufgelösten Vereins verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Da die Beteiligten nicht nur eine interne Erfüllungsübernahme, sondern eine Schuldübernahme mit Wirkung gegen den Gläubiger wollen, soll dieser ein selbständiges Recht auf Befriedigung gegen den eingetragenen Verein haben. Sein Recht beruht auf einem Vertrage zugunsten eines Dritten. Die Mitglieder des aufgelösten Vereins werden von ihrer Haftung nicht befreit, da eine wirksame Schuldübernahme nicht erfolgt ist. **f)** Nicht rechtsfähiger Verein und Gesellschaft s. § 54 Note 2. — Verein und Stiftung s. § 80 Note 1.

3. Steuerpflicht. SächsOLG. **29** 308 (Dresden). Die strafrechtliche Haftung für die Erfüllung der Steuerpflicht bei einem Vereine, der für seine Rechnung schlachten läßt, trifft den hierfür zuständigen gesetzlichen Vertreter des Vereins, nicht dessen Beauftragten.

§§ 21, 22. 1. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. a) Delius aaO. 23 ff. Ein solcher ist überall da anzunehmen, wo durch wirtschaftliche Mittel wirtschaftliche Erfolge erreicht werden oder die Abwendung wirtschaftlicher Nachteile geschäftsmäßig betrieben wird. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb muß den ausschließlichen oder Hauptzweck bilden. b) SeuffBl. **08** 707, ZBlFG. **08** 164, DNotV. **08** 801 (LG. München) erklärt einen Immobilien- und Hypothekenmaklerverein als nicht unter § 22 fallend. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liege nur vor, wenn der Hauptzweck die unmittelbare Herbeiführung wirtschaftlicher Vorteile der Mitglieder sei und dieser Erfolg durch den Geschäftsbetrieb selbst unmittelbar herbeigeführt werden solle. Das gelte im Zweifel nicht für Berufsvereine zur Wahrung der gemeinschaftlichen Interessen von Berufsgenossen. c) Die Entsch. JDR. **6** Anm. c β ist auch abgedruckt SeuffA. **63** 49.

2. Eintragung. Josef, HoldheimsMSchr. **08** 118. Ist ein Versicherungsverein versehentlich ins Vereinsregister, statt ins Handelsregister eingetragen, so steht dem Vereine, nicht aber der Aufsichtsbehörde das Beschwerderecht zu. Letztere kann aber den Verein durch Ordnungsstrafen zur Beschwerdeerhebung anhalten.

3. Prange, MschutzuWettbew. 7 196, vermißt im Gesetz und in den neuen Entwürfen einen Schutz von Vereinen mit idealen Tendenzen gegen unlauteren Wettbewerb.

§ 25. 1. BadRpr. **08** 293 (Karlsruhe). Auf die Geltendmachung von Verstößen gegen die Vereinssatzung kann auch im voraus gültig verzichtet werden.

2. Erwerb der Mitgliedschaft durch konkludente Handlungen. SchlHolstAnz. **08** 167 (Kiel). Ist im Statute bestimmt, daß, wenn ein Mitglied seinen Grundbesitz an einen seiner Söhne übergibt, dieser sofort als Mitglied eintritt und dazu keiner besonderen Anmeldung bedarf, so erwirbt dieser die Mitgliedschaft mit dem Eintritte dieser Voraussetzung nicht von selbst, sondern erlangt nur das Recht beizutreten. Die Beitrittserklärung kann auch durch konkludente Handlungen (Abstimmung in einer Generalversammlung) erfolgen.

§ 29. 1. Anwendbarkeit auf andere juristische Personen. a) **RG. 68** 180, DJZ. **08** 594. § 29 ist analog auch auf andere juristische Personen, z. B. eine GmbH., anwendbar. b) Bauer, BauersZ. **15** 122, erörtert im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung die Unzulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für eine juristische Person. Statt dessen sei § 29 allgemein anwendbar. c) PrVerwBl **29** 976 wird die Anwendbarkeit des § 29 auf Genossenschaften verneint.

2. Josef, ZBlFG. 8 682. Die Bestellung besonderer Vorstandsmitglieder zum Zwecke der Klagerhebung gegen den Verein ist vom Amtsgericht abzulehnen, wenn offensichtlich der vom Antragsteller behauptete Anspruch gar nicht besteht, ein Rechtsschutzanspruch also überhaupt und um so mehr danach die Notwendigkeit dringlichen Rechtsschutzes zu verneinen ist.

§ 30. a) **RG.** R. **08** 421 Ziff. 2450, BauersZ. **16** 12, SächsRpflA. **08** 556. Prokuristen einer GmbH., deren Bestellung im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, und denen hiernach die Vertretung der Gesellschaft in einer auswärtigen Filiale „ebenfalls" zustehen soll, sind innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises gesetzliche Vertreter nach § 30. b) Weitere Fälle s. § 89 Note 6.

§ 31. 1. Anwendungsgebiet. a) **RG.** R. **08** 46 Ziff. 244. Die GmbH. haftet aus § 31 BGB. für die unerlaubten Handlungen ihrer Organe. b) **RG. 68** 347. Das RG. schließt sich für das Recht der Genossenschaften dem für Aktiengesell-

schaften in der Plenarentscheidung **41** 56 ausgesprochenen Grundsatz an, daß die Genossenschaft nicht für schuldhaftes Handeln des Vorstandes bis zur Eintragung in die Liste, auch nicht für schuldhaftes Nichtanmelden des Ausscheidens eines Genossen haftet. **c)** Wasserrecht s. § 89 Note 4. **d)** Weitere Fälle s. § 89 Note 6.

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter ist nicht, wer mit der inneren Verwaltung des Vereins nichts zu tun hat. Havenstein, DJZ. **08** 1380 (von einem Revisionsverbande des § 54 GenG. angestellter Revisor).

3. Vertragsmäßiger Ausschluß. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3. **b)** **RG.** **68** 365, HansGZ. **08** Hptbl. 181. Bei allen dem bürgerlichen Rechte unterstehenden Rechtsverhältnissen kann die Haftung nach §§ 31, 89 weder durch Vertrag, noch durch Verwaltungsanordnung ausgeschlossen werden. — Ein dahin gehender Vertrag ist nach § 134 BGB. nichtig (vgl. auch § 89 Note 3). **c)** WürttJ. **20** 1, R. **08** 193 Ziff. 1150 (Stuttgart). Ein eingetragener Verein kann seine Haftung für vorsätzliche Schädigung durch seine Vereinsorgane nicht vertragsmäßig ausschließen.

4. Haftung bei Kollektivvertretung. **a)** **RG.** R. **08** 357 Ziff. 2117 (vgl. auch **RG.** **68** 280). Die Körperschaft ist für schädigende Handlungen auch nur eines Vorstandsmitglieds haftbar, auch wenn das Statut bestimmt, daß nur mehrere Mitglieder des Vorstandes zusammen für die Körperschaft verbindlich auftreten können. **b)** **RG.** R. **08** 445 Ziff. 2529. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben seitens eines Kollektivvertreters genügt, um den vertretenen Verein für die Rechtsfolgen haftbar zu machen.

5. Vertragsverhältnis. **RG.** JW. **08** 473. Für die Haftung des Vereins aus § 31 ist es ohne jede rechtliche Bedeutung, ob zwischen ihm und dem Beschädigten ein Vertragsverhältnis bestanden hat und aus welchem Grunde sonst der Beschädigte sich bei der Verrichtung des betr. Vorstandsmitglieds beteiligte (**RG.** **68** 430 fehlen diese Ausführungen).

6. Verschulden. **RG.** R. **08** 199 Ziff. 1187. Die Dauer eines mangelhaften Zustandes kann u. U. ohne weiteres den Rückschluß rechtfertigen, daß seitens der verantwortlichen Organe eines Vereins die pflichtmäßige Fürsorge und Aufsicht vernachlässigt ist. In concreto hängt dies von der Beschaffenheit des bestehenden Mangels und dem Maße seiner Erkennbarkeit ab.

§ 32. 1. Anwendungsgebiet. **RG.** SeuffA. **63** 412. § 32 findet keine Anwendung, wo für einzelne juristische Personen Sonderbestimmungen getroffen sind, z. B. im § 68 GenG.

2. Stranz, DJZ. **08** 800. Die Ausübung des Stimmrechts durch ein Organ des Vereins bei Festsetzung des Gehalts des betr. Organs ist zulässig.

3. Bezeichnung des Gegenstandes. **a)** Vgl. JDR. **5** Note 2, **6** Note 2. **b)** **RG.** JW. **08** 674. § 32 verlangt nur die Angabe des Gegenstandes der Beschlußfassung, ohne eine Vorschrift darüber zu geben, ob und inwieweit eine spezielle Bezeichnung erforderlich ist. Die Anforderungen im einzelnen sind aus dem Zwecke der Bestimmung, die Mitglieder vor Überraschungen in der Versammlung zu schützen und ihnen die Möglichkeit der Vorbereitung auf die Versammlung zu geben, zu entnehmen. **c)** Vgl. § 39 Note 1 a.

§ 33. Literatur: Jolles, Die Änderung des Vereinszwecks, ÖstZBl. **08** 177 ff.

Hölder aaO. 98 f. bezeichnet es als bedenkliche, aus § 33 sich ergebende Folge, daß, wenn die zur Verwaltung und Verwendung von Sammelvermögen berufenen Personen einen rechtsfähigen Verein bilden, sie durch einstimmigen Beschluß der Mitglieder dem Verein einen anderen, ausschließlich dem Interesse der Mitglieder dienenden Zweck geben können.

§ 37. R. **08** 421 Ziff. 2451 (BayObLG.). Lehnt das Beschwerdegericht den Antrag auf einstweilige Sistierung der angeordneten und bereits anberaumten Mitgliederversammlung bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde ab, so ist selbständige weitere Beschwerde formell zulässig, aber auf bloße tatsächliche Zweckmäßigkeitsgründe nicht stützbar (§§ 24, 160 FGG.).

§ 39. Ausschließung von Mitgliedern. 1. Ankündigung. Rechtliches Gehör. a) **RG.** **JW.** **08** 674. Der Name des auszuschließenden Mitglieds braucht nicht in die Einladung aufgenommen zu werden. Es genügt die Bezeichnung „Interne Angelegenheit" unter Hinweis auf den betr. Paragraphen der Satzung. Kann der Auszuschließende nicht im Zweifel darüber sein, daß das Verfahren sich gegen ihn richtet, und erscheint er trotzdem nicht, so kann er sich nicht darüber beklagen, nicht gehört zu sein. Keinesfalls hat er einen Anspruch darauf, schon vor Abhaltung der Versammlung gehört zu werden. **b)** R. **08** 157 Ziff. 934 (Cöln). Nichtanhören des ausgeschlossenen Mitglieds macht den Ausschließungsbeschluß nicht unter allen Umständen nichtig. Es kommt darauf an, ob das Mitglied auch nach Anhören ausgeschlossen sein würde. ➸ Bedenklich. Red. ⇜

2. Nachprüfung durch das Gericht. a) Vgl. JDR. **2** Note 1, **4** Note 2, **5** Note 2, **6** zu § 39. **b)** R. **08** 157 Ziff. 933 (Cöln). Das Gericht hat nur die formelle Ordnungsmäßigkeit des Beschlusses und des Ausschließungsverfahrens zu prüfen. **c)** Vgl. § 54 Note 7.

3. Erfordernisse des Beschlusses. BayRpflZ. **08** 440, SeuffBl. **08** 711, SeuffA. **63** 345, Reger **29** 93 (BayObLG.). Der Ausschließungsbeschluß muß angeben, aus welchem der satzungsmäßig zugelassenen Gründe die Ausschließung erfolgt ist.

4. Ehrengerichtsspruch. R. **08** 209 Ziff. 1253 (Hamburg). Der Spruch eines Ehrengerichts, durch den Mitglieder des Vereins ausgeschlossen werden, stellt sich als ein durch das dazu berufene Vereinsorgan vorgenommener Verwaltungsakt dar. Er ist kein Schiedsspruch im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO. Das Ehrengericht entscheidet keinen Rechtsstreit, sondern übt das ihm als Vereinsbehörde durch die Verfassung verliehene Recht aus, auf Grund von Vorfällen gewisser Art die Mitgliedschaft einseitig aufzuheben. Gleichgültig ist, in welcher Form sich das Verfahren abspielt. Die Form des § 1039 ZPO. ist für den Spruch nicht erforderlich.

5. Übergangsfrage. **RG.** R. **08** 519. Für den Ausschluß aus einem vor 1900 gegründeten preuß. Kriegerverein ist das ALR. maßgebend. Daher findet materielle Nachprüfung der Ausschließungsgründe statt.

§ 41. Für die Auflösung eines Vereins aus öffentlich-rechtlichen Gründen durch die Polizeibehörde ist jetzt § 2 VerG. maßgebend.

§ 43. Altmann aaO. 102. Für die Auslegung der Begriffe „politischer" und „sozialpolitischer Zweck" ist jetzt das Reichsvereinsgesetz maßgebend.

§ 45. 1. Auflösung durch Wegfall der Mitglieder. **a)** Hölder aaO. 81 f. Es ist fraglich, ob der Verein zu existieren aufhört mit dem Wegfall aller Mitglieder oder schon mit dem Wegfall aller bis auf eins. Unbedenklich kann bei einem altruistischen Vereine das allein übrig gebliebene Mitglied die Sache des Vereins allein weiter betreiben und auch neue Mitglieder gewinnen. Auch bei einem egoistischen Verein ist dies möglich. Dort ist aber ersteres dann nur die private Angelegenheit des betr. Mitglieds, letzteres eine solche, für die es nach dem Wegfalle der früher bezüglich dieser Angelegenheit zwischen ihm und den anderen bestehenden Gemeinschaft eine neue Gemeinschaft gegründet hat. **b)** Schwarz aaO. 68 ist der Ansicht, daß die Körperschaft auch dann nicht zu existieren aufhört, wenn alle Mitglieder vorübergehend wegfallen. Erst wenn endgültig alle Mitglieder weggefallen sind, hat der Zweck und damit die Körperschaft zu existieren aufgehört.

2. Änderung der Satzungsbestimmung. Hölder aaO. 80 f.

Es ist fraglich, ob die Anfallsbestimmungen abweichend von der ursprünglichen Satzung durch Satzungsänderung geändert werden können. Eine Änderung des Vereinszwecks enthalten sie nicht, da sie das Schicksal des Vereinsvermögens erst für die Zeit des nicht mehr existierenden Vereins bestimmen. De lege ferenda verdient aber der Fall demjenigen der Änderung des Vereinszwecks gleichzustehen.

§ 54. 1. Allgemeines. Stintzing aaO. 273. § 54 hat mit Recht viele Angriffe erfahren. Unrichtig ist die Ansicht Hölders, daß § 54 nur auf solche Vereine anzuwenden sei, die Vermögen haben.

2. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. Verhältnis zur Gesellschaft. a) Vgl. JDR. **1** Note 1, **3** Note 1, **4** Note 1, 4, **6** Note 2. b) BayRpflZ. **08** 440, SeuffBl. **08** 711, SeuffA. **63** 345, Reger **29** 93 (BayObLG.). Auch der nicht rechtsfähige Verein ist eine Körperschaft, keine Gesellschaft, er soll nach dem Gesetze nur so behandelt werden, als wäre er eine Gesellschaft. Beide unterscheiden sich in wesentlichen Beziehungen. Die Zahl der Mitglieder ist in der Regel bei der Gesellschaft klein, beim Vereine größer; die Gesellschaft verfolgt einen häufig nur vorübergehenden wirtschaftlichen Zweck, der Verein in der Regel einen dauernden Zweck anderer Art. Die Gesellschaft wird durch das Ausscheiden eines Mitglieds aufgelöst, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist, der Bestand des Vereins ist vom Wechsel der Mitglieder unabhängig. c) Pos. MSchr. **07** 151, R. **08** 117 Ziff. 682, 683, SeuffA. **63** 129 (Marienwerder). Eine erlaubte Privatgesellschaft im Sinne des PrALR. ist ein Verein im Sinne des § 54 noch nicht um deswillen, weil die äußere Organisationsform auf einen Verein schließen läßt; es muß noch hinzukommen, daß auch der sachliche Inhalt des Statuts die Eigentümlichkeiten eines Vereins im Gegensatze zu einer reinen Gesellschaft erkennen läßt. d) Über Behandlung eines Vereins, der ins Vereinsregister eingetragen werden soll im Eintragungsverfahren s. § 55 Note 1.

3. Kann ein nicht rechtsfähiger Verein Mitglied eines rechtsfähigen Vereins sein? a) Vgl. JDR. **6** Note zu § 58. b) LeipzZ. **08** 476, ZBlFG. **9** 39, DNotV. **08** 801 (LG. Hamburg [bestätigt vom OLG.]). Aus der Eigenschaft eines Vereins als Personenvereinigung ergibt sich, daß Mitglieder nur Personen, physische oder juristische, sein können. Daher können nicht rechtsfähige Vereine nicht Mitglieder juristischer Personen sein, vielmehr nur ihre einzelnen Mitglieder. c) BadRpr. **08** 132 (LG. Karlsruhe) behandelt die Rechtsfolgen der Beitrittserklärung seitens des Vorstandes eines nicht rechtsfähigen Vereins zu einem sog. Bunde, einer Vereinigung von Vereinen. Der nicht rechtsfähige Verein kann als solcher nicht Mitglied werden. Da aber der Vorstand, soweit die Parteifähigkeit des Vereins anerkannt ist, gesetzlicher Vertreter, im übrigen Bevollmächtigter der Vereinsmitglieder ist, so hat die Beitrittserklärung die Wirkung, daß die Vereinsmitglieder in ihrem jeweiligen Bestande Mitglieder des Bundes werden. Die Vertretung ist genügend zum Ausdrucke gebracht, wenn die Vorstandsmitglieder dem Vereinsnamen ihre Namen beisetzen.

4. Eintragung ins Grundbuch. SchlHolstAnz. **08** 34 (Kiel). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Einzutragen sind die einzelnen Mitglieder unter Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses.

5. Haftung der Mitglieder. a) Vgl. JDR. **1** Note 7, **5** Note 5, **6** Note 3. b) Stintzing aaO. 273 bekämpft die Ansicht Hölders, daß im Gesellschaftsvertrag eine Haftung aller Mitglieder bis auf eins mit ihrem Privatvermögen Dritten gegenüber wirksam ausgeschlossen werden könne. Fraglich kann nur sein, ob, wenn eine Vereinigung als tatsächlicher Verein auftritt, nach Treu und Glauben eine Haftung der Mitglieder nur mit dem Vereinsvermögen als vereinbart anzunehmen ist. Dies gilt insbesondere, wenn der Verein eingetragen ist,

aber aus irgendeinem Grunde dennoch die Rechtsfähigkeit nicht erlangt hat. c) **RG.** LeipzZ. **08** 314 behandelt die Haftung eines nicht rechtsfähigen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit des gemeinen Rechtes gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

6. Persönliche Haftung des Handelnden. a) PosMSchr. **07** 151, R. **08** 117 Ziff. 682, 683, SeuffA. **63** 129 (Marienwerder). Satz 2 gilt auch gegenüber den schon vor dem BGB. entstandenen erlaubten Privatgesellschaften des ALR., soweit sie Vereine sind (vgl. JDR. **6** Note 6). b) OLG. **15** 414 (KG.). Persönlich berechtigt wird der Handelnde aus dem Vertrag in keinem Falle.

7. Ausschluß von Mitgliedern. a) BayRpflZ. **08** 440, SeuffBl. **08** 711, SeuffA. **63** 345, Reger **29** 93 (BayObLG.). Der Ausschluß eines Mitglieds aus einem nicht rechtsfähigen Vereine, dessen Statuten Mehrheitsbeschlüsse zulassen, kann durch Mehrheitsbeschluß erfolgen. Darf der Ausschluß nach den Statuten nur aus bestimmten Gründen erfolgen, so ist die Ausschließung unwirksam, wenn dem Betroffenen der Grund nicht bekannt gegeben wird. b) BayRpflZ. **08** 130 (Nürnberg) kommt zu dem gleichen Ergebnisse. Die Ausschließung ist in solchem Falle eine Verwaltungstätigkeit der zuständigen Vereinsorgane, so daß der zum Ausdrucke gebrachte Vereinswille endgültig maßgebend sein soll. Die richterliche Nachprüfung würde einen Eingriff in die von den Mitgliedern selbst gewollte autonome Selbständigkeit des Vereins bedeuten. Zu prüfen ist daher nur die Beobachtung des Gesetzes und der Satzung. c) BadRpr. **08** 293 (Karlsruhe) kommt zu demselben Ergebnisse. d) Die Entsch. JDR. **6** Note 5 f β ist auch abgedruckt DJZ. **08** 200.

8. Der nicht rechtsfähige Verein im Prozesse. a) HessRspr. **9** 117 (LG. Darmstadt). Aus § 171 Abs. 3 ZPO. folgt, daß auch beim nicht rechtsfähigen Vereine die Klagezustellung an ein Mitglied der Kollektivvertretung genügt. b) R. **08** 422 Ziff. 2452 (Hamburg). Die Ortsabteilung eines größeren Verbandes, der zwar selbständige Organisation, aber keine Selbständigkeit in der Betätigung besitzt, ist kein selbständiger Verein, der als solcher verklagt werden kann. c) **RG.** R. **08** 544 Ziff. 3053. Aus der Stellung des beklagten nicht rechtsfähigen Vereins im Prozeß als eines rechtsfähigen folgt, daß die nicht zum Vorstande gehörenden Mitglieder als Zeugen vernommen werden können. d) PosMSchr. **07** 136, R. **08** 277 Ziff. 1632 (Marienwerder). Auch in der Zwangsvollstreckung hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen und wird durch seinen Vorstand vertreten. Dieser ist auch zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet.

9. **RG.** R. **08** 613 Ziff. 3385. Ist durch die Satzung bestimmt, daß auf Verlangen von 50 Mitgliedern eine außerordentliche Generalversammlung durch den Vorstand einzuberufen sei, so sind Beschlüsse, die in einer nicht durch den Vorstand, wenn auch von mehr als 50 Mitgliedern einberufenen Versammlung von Vereinsmitgliedern gefaßt werden, wirkungslos. Dies gilt auch bei pflichtwidriger Weigerung des Vorstandes.

2. Eingetragene Vereine.

§ 55. 1. Stellung des Vereins im Eintragungsverfahren. SächsOVG. **11** 52, DJZ. **08** 1349, Reger **28** 443 (SächsOVG.). Ein Verein, der nach seiner Satzung ins Vereinsregister eingetragen werden soll, ist im Eintragungsverfahren als rechtsfähig anzusehen.

2. Eintragung ins Vereinsregister statt ins Handelsregister s. §§ 21, 22 Note 2.

§ 58. Nicht rechtsfähige Vereine können nicht Mitglieder rechtsfähiger Vereine sein s. § 54 Note 3.

§ 60. 1. Zurückweisung aus anderen Gründen. ZBlFG. **8** 631, ElsLothJZ. **08** 145 (Colmar). Die Anmeldung kann auch aus anderen

Gründen als den im § 60 angegebenen zurückgewiesen werden, z. B. deshalb, weil der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Auch in diesem Falle ist das zulässige Rechtsmittel die prozessuale Beschwerde.

2. Weitere Beschwerde. a) BayObLG. **9** 371, ZBlFG. **9** 164, Bay. RpflZ. **08** 341, R. **08** 461 Ziff. 2617 (BayObLG.). Für die weitere Beschwerde gegen die Abweisung einer Vereinsanmeldung gilt das Erfordernis des neuen selbständigen Beschwerdegrundes nach § 568 Abs. 2 ZPO., ohne Rücksicht darauf, weshalb die Abweisung erfolgt ist. Sie fällt deshalb weg, wenn beide Vorinstanzen die Anmeldung zurückgewiesen haben, weil es sich nicht um einen Verein handle. **b**) Auch die zu 1 zitierte Entsch. führt aus, daß die weitere Beschwerde sich nach § 568 Abs. 2 ZPO., nicht nach § 27 FGG. richte.

§ 61. 1. Öffentliches Vereinsrecht. Maßgebend ist jetzt § 2 VerG.

2. Feststellung des Zweckes. a) Vgl. JDR. **2** Note 3, **3** Note 3, **4** Note 1, **5** Note 2. **b**) SächsOVG. **11** 52, DJZ. **08** 1349, Reger **28** 443 (SächsOVG.). Der Zweck des Vereins ist nicht allein aus der Satzung, sondern aus der gesamten Tätigkeit des Vereins auf Grund freier Beweiswürdigung zu ermitteln.

§ 62. SächsOVG. (s. § 55 Note 1). Der Vorstand des noch nicht eingetragenen Vereins ist zur Anfechtung des Einspruchs im Verwaltungsstreitverfahren befugt (vgl. JDR. **6** § 60 Note 2, § 62 Note).

§ 67. Anmeldung durch alle Vorstandsmitglieder. **a**) Vgl. JDR. **6** Note 2. **b**) R. **08** 581 Ziff. 3207, ElsLothNotZ. **08** 368 (Colmar). Die Anmeldung ist eine persönliche Verpflichtung sämtlicher Vorstandsmitglieder. Deshalb bedarf der Vorstand zur Vermeidung des Ordnungsstrafverfahrens zur Anmeldung von Satzungsänderungen der Mitwirkung sämtlicher Vorstandsmitglieder oder deren auf den Anmeldenden ausgestellten Vollmacht.

§ 72. a) § 22 VerG.: „An die Stelle des § 72 BGB. tritt folgende Vorschrift: Der Vorstand hat dem Amtsgericht auf dessen Verlangen jederzeit eine von ihm vollzogene Bescheinigung über die Zahl der Vereinsmitglieder einzureichen." **b**) Begründung zum Entwurf eines Vereinsgesetzes 39: Die Bedeutung der Vorschrift des früheren § 72 beruhte auf den Befugnissen des Amtsgerichts bei Berufung der Mitgliederversammlung (§ 37) und beim Herabsinken der Mitgliederzahl unter 3 (§ 73). Da aber einerseits für die Prüfung dieser Fragen dem Amtsgerichte die Kenntnis der Zahl der Mitglieder genügen muß, andererseits die eingetragenen Vereine nicht schlechter gestellt werden sollten als die nicht eingetragenen, so ist an die Stelle der Verpflichtung zur Einreichung des Mitgliederverzeichnisses diejenige zur Einreichung einer Bescheinigung über die Zahl der Mitglieder getreten.

II. Stiftungen.

§ 80. 1. Allgemeines. Unterschied zwischen Stiftung und Verein. a) Stintzing aaO. bekämpft die Ansicht Binders, daß die Stiftung eine Selbstbindung, die Vereinsgründung eine Bindung anderen gegenüber sei. Die Selbstbindung hätte praktische Bedeutung nur, wenn es richtig wäre, daß die Stiftung eine Zuwendung enthalten müßte. Dies ist aber zu verneinen (vgl. § 82 Note 1; über den Verein Vorbem. 2 c vor §§ 21, 22). Bei mehreren Stiftern entsteht nicht etwa ein Verein, sondern ein Gesamtakt der Stifter. — Stintzing 258 bekämpft auch hier die Hölder'sche Amtstheorie. Die Stiftung existiert nicht nur durch die Verwalter. Sonst würde kein Anspruch gegen die Stiftung bestehen, solange kein Verwalter da wäre. Er bekämpft weiter die weitgehenden Folgerungen Hölders aus der für die Stiftung nicht begriffsnotwendigen, vom positiven Rechte geforderten Staatsgenehmigung. **b**) Schwarz aaO. 66 ff. bekämpft alle bisherigen Theorien über den Unterschied zwischen Stiftung und Körperschaft. Der wirkliche Unterschied besteht darin, daß bei der Körperschaft außer

dem gesetzten Zwecke und dem hierzu bestimmten Vermögen — welche beide auch bei der Stiftung vorhanden sind — auch noch eine nach bestimmten Regeln organisierte Personengemeinschaft besteht und daß der Vermögenszweck nur bis zum definitiven Aufhören dieser Personenvereinigung in Aussicht genommen ist. **c)** PrOVG. **51** 112. Unter milden Stiftungen im Sinne des § 24 KommAbgG. sind nur solche mit eigener Rechtspersönlichkeit zu verstehen. Im Sinne dieser Bestimmung ebenso wie der Vorschriften über Gebäude- und Stempelsteuer können auch Korporationen milde Stiftungen sein, wenn sie die Zwecke von solchen verfolgen und um dieser Zwecke willen bestehen. Wegen des letzteren Erfordernisses kann der preußische Staat nie als milde Stiftung angesehen werden.

2. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Stiftungen; Abgrenzung zwischen Stiftung und allgemeinem Staatsvermögen s. § 89 Note 2.

3. RheinA. **105** I 37 (Cöln) behandelt die Rechtsverhältnisse einer unter der Herrschaft des code civil errichteten Studienstiftung.

4. Über Sammelunternehmungen vgl. Note 4 zum 2. Titel.

§ 82. 1. Erfordernis der Zuwendung. Hölder aaO. 86. Aus § 82 folgt nicht, daß ein Stiftungsgeschäft ohne Vermögenszuwendung nicht denkbar sei.

2. Übergang von Hypotheken. KGJ. **35** A 217, RJA. **9** 135 (KG.). Gehören zu einem Vermögen, das der Stifter im Stiftungsgeschäft einer Stiftung zugesichert hat, Hypotheken, so gehen diese nicht schon mit der Genehmigung der Stiftung auf die letztere über, vielmehr gilt auch hier § 1154 BGB. Dies folgt aus dem im § 82 aufgestellten Erfordernis eines besonderen Übertragungsakts.

§ 86. 1. Stellung des Vorstandes. **a)** KGJ. **35** A 44 (KG.). Das Stiftungsgericht ist nur dann berechtigt, den Vorstand einer Familienstiftung gegen dessen Willen zu entlassen, wenn ihm diese Befugnis in der Stiftungsurkunde oder durch einen Familienschluß besonders beigelegt ist. **b)** KGJ. **35** A 217, RJA. **9** 135 (KG.). Der Vorstand einer rechtsfähigen Stiftung ist nur dann als eine zur Ausstellung öffentlicher Urkunden berechtigte öffentliche Behörde anzusehen, wenn eine öffentlich-rechtliche Stiftung vorliegt (vgl. § 89 Note 2) oder wenn die Verwaltung einer privatrechtlichen Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird. Das Kuratorium einer rechtsfähigen privatrechtlichen Stiftung, das aus Mitgliedern des Magistrats und aus stimmfähigen Bürgern einer Stadtgemeinde besteht, ist regelmäßig keine Deputation im Sinne des § 59 PrStädteO. vom 30. Mai 1853 und somit keine öffentliche Behörde. Dies gilt insbes., wenn dem Kuratorium die Leitung und Vertretung, dem Magistrat die Aufsicht übertragen ist. Denn der Magistrat kann nicht zu gleicher Zeit Verwaltungs- und Aufsichtsbehörde sein.

2. Stellung der Nutzungsberechtigten. PosMSchr. **08** 69 (Königsberg). Diese stehen der Stiftung lediglich als Gläubiger gegenüber. Man muß ihnen aber darüber hinaus die Befugnis zubilligen, die gesetz- und stiftungsmäßige Verwaltung zu überwachen und von den Kuratoren begangene Verstöße zu rügen. Ein direktes Klagerecht gegen die Kuratoren, wie das OTr. (SeuffA. **35** Nr. 300) angenommen hat, steht ihnen jedoch nicht zu.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Ammann, Die kirchliche Rechtspersönlichkeit im Großherzogtume Baden, AÖffR. **24** 1 ff. — Eickhoff, Rechtsfähigkeit der kommunalen Sparkassen in Preußen, DNotV. **08** 20 ff. — Gierke, Die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten, DJZ. **09** 17 ff. — Grünebaum, Haftung für Amtspflichtverletzungen, R. **08** 770 ff.

§ 89. 1. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes. **a)** Begriff. RheinA. **105** I 113 (Cöln). Für die Frage, was als juristische Person

des öffentlichen Rechtes anzusehen ist, ist das Recht des betr. Bundesstaats maßgebend. Der code civil enthält hierüber keine Bestimmung. **b**) Der Fiskus. **RG.** EisenbE. **24** 382. Wird Schadensersatz wegen Verschuldens zweier verschiedener Verwaltungen desselben Fiskus gefordert, so liegt doch nur ein Anspruch vor. Eine verschiedene Entscheidung den beiden Verwaltungen gegenüber ist unzulässig. **c**) Sparkassen. α. Vgl. JDR. **6** Note 1 d. β. Eickhoff aaO. Im Gegensatze zu der Praxis des vormal. preuß. Obertribunals ist die Ansicht, daß den lediglich durch den Oberpräsidenten genehmigten kommunalen Sparkassen Rechtsfähigkeit nicht zukommt, zurzeit die herrschende. Tatsächlich werden diese Sparkassen aber im Verkehre regelmäßig als juristische Personen behandelt. Auch der Verf. des Reglements vom 12. Dezember 1838 ist offenbar davon ausgegangen, daß diese Sparkassen eigene Rechtspersönlichkeit haben sollten. Dafür spricht Ziff. 8 des Reglements sowie das Erfordernis obrigkeitlicher Genehmigung des Statuts. Auch Art. 7 § 1 Abs. 2 PrAGBGB. geht davon aus, daß die kommunalen Sparkassen, die die Mehrzahl der Sparkassen bilden, durch die obrigkeitliche Genehmigung Rechtsfähigkeit erlangen. Als Ergebnis stellt der Verf. hin, daß die herrschende Lehre der Nichtrechtsfähigkeit der eingangs genannten Sparkassen so wenig in Fleisch und Blut der beteiligten Verkehrskreise übergegangen ist, daß sie nicht nur dem bei Gerichten geübten oder geduldeten Sprachgebrauche widerstrebt, sondern auch bei gesetzgeberischen Akten nicht mit derjenigen Folgerichtigkeit sich durchzusetzen vermag, die sich von selbst ergeben würde, wenn die Lehre allseitig als richtig und befriedigend anerkannt sein würde. γ. PrOVG. **50** 95. Sparkassen, die auf Grund des Reglements vom 12. Dezember 1838 errichtet sind, haben keine eigene Rechtspersönlichkeit. δ. SchlHolstAnz. **08** 167 (Kiel). Durch die Verleihung der Rechtsfähigkeit an die vor 1900 in Schleswig-Holstein gegründeten Amtssparkassen ist kein von dem früheren verschiedenes Rechtsobjekt ins Leben gerufen. **d**) Bistümer. ElsLothJZ. **08** 95 (LG. Mülhausen). Bistümer besitzen als solche keine eigene juristische Persönlichkeit. **e**) Über die Rechtspersönlichkeit der Gymnasien im Rheinlande s. RheinA. **105** I 113 (Cöln).

2. Begriff der öffentlich-rechtlichen Stiftung. **a**) KGJ. **35** A 217, RJA. **9** 135 (KG.). Öffentlich-rechtliche Stiftungen sind solche, die dem Organismus des Reichs, eines Bundesstaats, einer als juristischen Person des öffentlichen Rechtes anerkannten Kirche, einer politischen Gemeinde oder eines Kommunalverbandes derart einverleibt sind, daß sie als Glied und Einrichtung in diesem öffentlich-rechtlichen Organismus erscheinen. Auch Stiftungen, die durch privatrechtliche Rechtsakte begründet werden, können Stiftungen des öffentlichen Rechtes sein, wenn sie vermöge ihrer eigenen Beschaffenheit dem Organismus einer öffentlich-rechtlichen juristischen Person so eingefügt werden, daß sie aus diesem Grunde unter die genannte Kategorie fallen. Eine von einer Stadtgemeinde errichtete Stiftung, die als selbständige, unabhängig von der Gemeinde bestehende juristische Person begründet und ihrem Organismus nicht in der Weise eingefügt ist, daß sie als deren Glied und Einrichtung erschiene, ist keine öffentlich-rechtliche Stiftung. **b**) Abgrenzung gegen das allgemeine Staatsvermögen. PrOVG. **51** 112. Der „Schlesische Katholische Hauptschulfonds" ist ein Staatsfonds mit einer Zweckbestimmung, keine selbständige rechtsfähige Stiftung, mag er auch durch Säkularisation eines früheren Stiftes entstanden sein und aus Zweckmäßigkeitsgründen stellenweise wie eine juristische Person behandelt werden. Es ist zu prüfen, ob eine solche Stiftung einfach in staatliche Verwaltung genommen oder ihr Eigentum in Staatseigentum überführt worden ist.

3. Allgemeine Grundsätze. Ausschluß der Haftung. **RG. 68** 365, HansGZ. **08** Hptbl. 181 (vgl. § 31 Note 3 b). § 1 Abs. 2 BetriebsO. für den Kaiser Wilhelmkanal, wo bestimmt ist, daß das Deutsche Reich eine Verpflichtung

zum Ersatze von Schäden auch dann nicht übernimmt, wenn ein Verschulden des Kanallotsen oder anderer Angestellter der Kanalverwaltung vorliegt, ist rechtsungültig. Die Haftung aus §§ 31, 89 kann weder durch Vertrag noch durch Verwaltungsanordnung ausgeschlossen werden. Ein solcher Vertrag ist nach § 134 BGB. nichtig.

4. Anwendungsgebiet im allgemeinen. **RG.** JW. **08** 652. Für das Wasserrecht ist in Preußen die Anwendung der §§ 31, 89 durch § 79 II. 15 PrALR. in Verbindung mit Art. 65 EGBGB. ausgeschlossen.

5. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. **a)** Gierke aaO. 19 hält eine freiere Auslegung des Begriffs der verfassungsmäßig berufenen Vertreter des Staates für geboten. **b)** Grünebaum aaO. Die einschränkende Auslegung der §§ 31, 89 steht auf schwankendem Boden. Jeder Beamte ist ein Organ, der im staatlichen und kommunalen Leben eine Stelle ausfüllt. **c)** HansGZ. **08** Beibl. 197 (Hamburg). Die Haftung des Staates nach §§ 31, 89 beschränkt sich nicht auf die Willensorgane, sondern erstreckt sich auf das widerrechtliche Verhalten aller Angestellter innerhalb des ihnen verfassungsmäßig, d. h. durch den Verwaltungsorganismus zugewiesenen Geschäftskreises. Der Staat haftet daher für Verschulden der Beamten, denen die Aufrechterhaltung eines verkehrssicheren Zustandes der Kaistraßen im Hafengebiet obliegt. **d) RG.** JW. **08** 543. Regimentskommandeur und Garnisonkommandant sind Vertreter des Reichsfiskus, jedenfalls im Sinne des § 30. **e) RG.** JW. **08** 269, SächsRpflA. **08** 245. Der Stadtingenieur als ressortmäßiger Vertreter der städtischen Tiefbauabteilung ist durch die allgemeinen organisatorischen Verwaltungsbestimmungen der Stadt zur dienstlichen Tätigkeit und zur Vertretung der Stadtgemeinde innerhalb des die Tiefbauangelegenheiten umfassenden Geschäftsbereichs bestimmt. Er ist daher ein besonderer Vertreter im Sinne des § 30. **f) RG.** BadRpr. **08** 20. Die Direktoren der städtischen Gas- und Wasserwerke haben als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Stadtgemeinde nach § 31 zu gelten. **g)** RheinA. **105** I 117 (Cöln). Der Direktor eines Gymnasiums, der die selbständige Befugnis hat Bestellungen im Bereiche der baulichen Unterhaltung der Gebäude und Zubehörungen zu machen, ist für diese Angelegenheiten verfassungsmäßig berufener Vertreter. **h)** Klagebegründung (s. JDR. **6** Note 4 c). **RG.** R. **08** 493 Ziff. 2817. Der Geschädigte braucht nicht nachzuweisen, welchen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter ein Verschulden trifft.

6. Einzelne Fälle der Haftung. **a) RG.** JW. **08** 269. Läßt die Stadt auf öffentlichen Straßen für die Stadtbewohner mit Gefahren verbundene Kanalisationsarbeiten ausführen, so ist sie verpflichtet, gehörige Aufsicht zu üben, daß die zum Schutze Dritter erforderlichen Sicherungsmaßregeln vorgenommen werden. Davon wird sie durch den mit der ausführenden Firma geschlossenen Vertrag nicht befreit, zumal wenn sie sich darin die Oberleitung vorbehalten hat. **b)** Pos. MSchr. **08** 76 (Königsberg). Die Stadtgemeinde haftet für die Sicherheit einer von ihr eröffneten Straße, auch wenn sie die Vornahme der erforderlichen Maßregeln einer bestimmten Person übertrug. Sie haftet, wenn ihre Willensorgane es wissentlich oder aus Unachtsamkeit geschehen lassen, daß der öffentliche Verkehr dadurch gefährdet wird, daß der Dritte keine Sicherheitsmaßregeln trifft. Eine Fahrlässigkeit liegt schon darin, wenn die Organe nicht geeignete Vorkehrungen getroffen haben, daß Gefahren, die dem öffentlichen Verkehre drohen, alsbald zu ihrer Kenntnis gebracht werden. **c) RG.** JW. **08** 673. Eine Stadtgemeinde als Vertreterin einer Stiftung, die eine Kinderarbeitsschule unterhält, in der auch mit Gefahr verbundene Beschäftigungen vorgenommen werden, genügt nicht ihren Verpflichtungen, wenn sie einen tüchtigen Inspektor mit der Leitung und Beaufsichtigung betraut, zumal wenn dieser wegen der Vielseitigkeit seiner Obliegenheiten

zur ausreichenden Aufsichtsführung außerstande ist. Es gehört zur ordnungsmäßigen Verwaltung, daß der Stadtrat sich von den Einrichtungen, der Art der Beschäftigung und der Überwachung durch Berichte des Inspektors und gelegentliche Revisionen überzeugt. **d)** **RG.** BayRpflZ. **08** 220. Die Stadtgemeinde haftet für den verkehrssicheren Zustand eines Steges, der ihr gehörende Bachufer verbindet, auch wenn sie dessen Bestehen und Benutzung nur duldet. **e)** **RG.** EisenbE. **24** 382. Der freie Verkehr der Handwagen der Post auf den Bahnsteigen gestattet keine zeitliche Beschränkung. Es ist daher weder ein Verschulden der Post- noch der Eisenbahnverwaltung, wenn solcher Verkehr auch während der Einfahrt eines Personenzugs stattfindet.

7. Die §§ 31, 89 und Art. 77 EG. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 10, **2** Note 5b, **3**, **4** Note 6, **5** Note 5, **6** Note 5. **b)** **RG.** **68** 365, HansGZ. **08** Hptbl. 181. Das Reich, dem die Herstellung und Unterhaltung einer öffentlichen Wasserstraße gesetzlich obliegt, haftet nach Privatrecht für das Verschulden seiner berufenen Vertreter bei Erfüllung der bezüglichen Obliegenheiten. **c)** **RG.** **68** 278. Zwar ist die Anwendung des Art. 77 nicht davon abhängig, daß die schädigende Handlung in Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts erfolgt; es kann vielmehr auch ein Akt staatlicher Fürsorge in den Bereich der Betätigung der öffentlichen Gewalt fallen (**RG.** **56** 84, 88, 89). Art. 77 kann aber immer nur dann angewandt werden, wenn die schädigende Handlung selbst dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehört. An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Vorsteher einer städtischen Sparkasse schuldhafterweise über das Guthaben eines Mitglieds eine falsche Auskunft gibt. Eine solche Mitteilung betrifft nur die vermögensrechtlichen Beziehungen der Sparkasse und erfolgt in Ausführung der dem Vorsteher zustehenden privatrechtlichen Verrichtungen, nämlich der Vermögensverwaltung der Sparkasse. **d)** BayRpflZ. **08** 111 (BayVerwGH.). Der bayerische Staat haftet für Verschulden der Staatsbaubeamten bei Leitung und Ausführung von Staatsbauarbeiten nach §§ 31, 89. **e)** Über Haftung einer bayerischen Gemeinde für einen Unfall, den ein Volksschüler beim Turnunterricht in der Schule erleidet, s. SeuffBl. **08** 513 (Zweibrücken).

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Mit der in den letzten Jahren viel erörterten Frage, unter welchen Umständen Maschinen als wesentliche Bestandteile des Fabrikgrundstücks anzusehen sind, beschäftigte sich auch der 29. DJT. in Karlsruhe, dessen erste Abteilung die Frage des Eigentumsvorbehalts an den mit einem Fabrikgebäude zu verbindenden Maschinen auf die Tagesordnung des 11. September 1908 gesetzt hatte. Der Referent Enneccerus-Marburg war der Meinung, daß der derzeitige Rechtszustand einer Änderung bedürfe, weil die Unsicherheit, in welcher sich die maßgebenden Industrien befinden, gehoben werden müsse. Dagegen glaubte der Korreferent v. Neumann-Ettenreich vor den weittragenden Folgen, welche eine Änderung der Gesetzgebung herbeiführen könnte, warnen zu müssen. Die Abteilung ging davon aus, daß die reichsgerichtliche Judikatur eine Schwenkung in der Richtung gemacht habe, die als die richtige erscheine, und glaubte deshalb der Rechtsprechung Zeit lassen zu sollen, um sich den wahren Inhalt des Gesetzes zu eigen zu machen, weshalb — allerdings nur mit der knappen Majorität von 2 Stimmen — folgender Antrag Neumann-Berlin zur Annahme gelangte:

> „In Erwägung, daß das bestehende Recht kein Hindernis bietet, den wirtschaftlichen Bedürfnissen in Ansehung des Eigentumsvorbehalts an Maschinen zu genügen, hält der Juristentag eine Änderung der Gesetzgebung zurzeit nicht für geboten."

Mit diesem Beschlusse dürfte der Juristentag das Richtige getroffen haben, denn nicht das Gesetz ist schlecht, sondern nur die Rechtsprechung gibt zu erheblichen Bedenken An-

laß. — Da die reichsgerichtliche Judikatur noch immer im Flusse ist, sind auch die neuesten erst Anfang 1909 veröffentlichten Entscheidungen zu dieser wichtigen Frage noch aufgenommen worden. — Aus dem Wendtschen Aufsatze, der sich hauptsächlich mit der Deutung der Eigenschaftsworte „wesentlich" und „vertretbar" befaßt, sind zu den §§ 91, 93, 94 und 95 mehrere Selbstberichte aufgenommen worden, in denen zum Teil auch zu der Praxis des RG. betreffs der wesentlichen Bestandteile Stellung genommen wird.

Literatur: Auerbach, Vorübergehende Benutzung im Sinne des § 97 Abs. 2 BGB., SächsRpflA. **08** 353—355. — Bauer, Eigentumsvorbehalt an Maschinen im Wege der Dienstbarkeit, ZBlFG. **9** 129—140. — Frantz, Eigentumsvorbehalt und wesentlicher Bestandteil mit Rücksicht auf die Maschinenindustrie. Mannheim 1908. — Kloeß, Die Energien innerhalb und außerhalb des Verkehrs und das Eigenrecht an ihnen, ACivPr. **103** 34—127. — Krückmann, Darf zum Schutze des Eigentumvorbehalts eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen werden? ZBlFG. **9** 464—466. — Lenel, Sind besondere Vorschriften erforderlich und wünschenswert, um die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an den mit einem Fabrikgebäude zu verbindenden Maschinen zu sichern? Gutachten für den 29. DJT., Verhdlg. des 29. DJT. III 1—38. — Riedner, Sind besondere Vorschriften erforderlich und wünschenswert, um die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an den mit einem Fabrikgebäude zu verbindenden Maschinen zu sichern? Gutachten für den 29. DJT., Verhdlg. des 29. DJT. III 92—128. — Polenske, Eigentumsvorbehalt an Maschinen und Einbaurecht am Boden, Bodenreform **19** 504—512. — Sohm, Noch einmal der Gegenstand, JheringsJ. **53** 373—394. — Umrath, Der Begriff des wesentlichen Bestandteils und die Frage seiner Anwendung auf Fabrik und Maschinen. Stuttgart 1908. — Wendt, Wie etwas heißt und was es ist! Warnung vor falschen Schlußfolgerungen aus Namen und Bezeichnung, AСivPr. **103** 417—460.

§ 90. 1. *Kloeß, AСivPr. **103** 34 ff. Die Energien sind als mittelbar wahrnehmbare Gegenstände im juristischen Sinne im Gegensatze zu den „Sachen" als unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren Gegenständen zu betrachten. An ihner steht dem Berechtigten das private Eigenrecht zur tatsächlichen, aber nur mittelbar ausübbaren Verfügung und Verwendung von Energien und zur Bestimmung der rechtlichen Verhältnisse an denselben zu. ➝ Man hat mir entgegengehalten, den Begriff des „körperlichen Gegenstandes" müsse man nicht auch im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern allein im juristischen feststellen. Nun habe ich aber ausdrücklich auf die „natürliche Anschauung des Verkehrs" hingewiesen. Nur diese entscheidet, was als eine selbständige, eine einheitliche Sache und als körperlicher Gegenstand im juristischen Sinne zu betrachten ist, wenn man die Naturwissenschaft außer Spiel läßt. Darauf beruht doch die juristische Einteilung der Sachen und Rechte je nach ihrer Verkehrsfähigkeit. ←

2. Sohm, JheringsJ. **53** 373 ff., verteidigt, insbesondere gegen Binder, JDR. **5** Ziff. 1 b, seine früheren Ausführungen über den Begriff des Vermögensrechts (s. JDR. **4** Ziff. 1 a), d. h. über den Begriff der Rechte, die aktive Vermögensbestandteile sind (377 ff.). Der herkömmliche Begriff des Vermögensrechts erscheine als wertlose Spielerei der Theoretiker, als für das Verständnis des BGB. unerheblich. Erst wenn die Verfügbarkeit der Vermögensrechte als ihr begriffliches Wesen erkannt sei, vermöge die Definition des Vermögensrechts die geistige Macht zu entwickeln, die ihr gebührt, und die leitenden Gedanken für alle Grundlehren des Vermögensrechts aus sich hervorzubringen.

§ 91. 1. Begriff der vertretbaren Sachen (vgl. JDR. **1** Ziff. 2, **4** zu § 91). *Wendt, AСivPr. **103** 441—453. Warnung vor Schlußfolgerungen aus der Bezeichnung. Maßgebend ist nicht diese, sondern die gesetzliche Definition für sich allein: „Bewegliche Sachen, die im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen". Das Wort „vertretbar" ist seit Anfang des 19. Jahrhunderts in Gebrauch bei den Pandektisten, dann bei den Handelsrechtslehrern. Übersicht über die dogmengeschichtliche Entwickelung im 19. Jahrhundert. Hauptstreitfrage: ob die Maschinen zu den vertretbaren Sachen gehören? Judikatur des Reichsober-

handelsgericht, dann des Reichsgerichts. Panzerschiffe und Lokomotiven als vertretbare Sachen? Was heißt: nach der Zahl bestimmt werden? Nur Quantitäten oder Mengen sind vertretbare Sachen, nicht Einzelsachen. Die Probe bilden der Darlehnsbegriff und zugleich alle diejenigen Gesetzesvorschriften, die von einer Quantität vertretbarer Sachen sprechen (ZPO. §§ 592, 688, 794 Ziff. 5 und § 884; vgl. auch Artt. 301 u. 338 alten HGB.). Übersicht über die Literatur zum BGB. § 91; vielfach ist die gesetzliche Definition ganz beiseite geschoben und nur das Wort Vertretbarkeit zum Ausgangspunkte genommen.

2. R. **08** 685 (Hamburg). Die Eigenschaft einer Maschine als einer vertretbaren Sache wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie die erste ihrer Art ist, welche vom Fabrikanten hergestellt ist.

§§ 93 ff. R. **08** 157 (BayObLG.). Verboten ist nur die Begründung dinglicher, nicht auch obligatorischer Rechte bezüglich wesentlicher Bestandteile. Behält sich der Verkäufer eines Waldes im Kaufvertrage vor, den Anhieb des stehenden Holzes noch vor der Auflassung zu betätigen, so ist der Holzwert bei der Vertragsbewertung abzurechnen; anders bei einer Auflassung „unter Vorbehalt" des Holzes.

§§ 93, 94. I. 1. Wesentliche Bestandteile. *Wendt, AcivPr. **103** 433 ff. Die Angriffe gegen das RG. sind zu einem großen Teile von falscher Grundlage aus unternommen. Nicht um das Wesen des Wesens (Lenel) handelt es sich, sondern um Auslegung der Vorschriften in den §§ 93 u. 94. Die Bezeichnung gewisser Bestandteile von Grundstücken, Gebäuden und auch beweglichen Sachen als wesentlicher Bestandteile gestattet nach jenen Vorschriften keine freie Prüfung darüber, was wesentlich oder unwesentlich sei. Auch hier sind Schlüsse aus der Bezeichnung ganz abzulehnen. Nicht diese ist maßgebend, sondern die in §§ 93 u. 94 festgesetzten positiven Merkmale, die jene Frage nach dem Wesen des Wesens gar nicht offen lassen. Das ist vor allem für das Anwendungsgebiet von § 94 zu sagen; denn wo es zutrifft: mit Grund und Boden fest verbunden, oder: in ein Gebäude zu seiner Herstellung eingefügt, da treten alle anderen Gesichtspunkte ganz zurück und das Unwesentlichste kann wesentlicher Bestandteil werden. Im § 93 aber ist zwar auf Veränderung des Wesens Gewicht gelegt; aber dabei handelt es sich nicht um das Verhältnis des Bestandteils zum Ganzen noch um das Urteil, ob er für dasselbe wesentlich sei, sondern nur die Folgen einer vorzunehmenden Trennung kommen in Betracht, ob dadurch Zerstörung oder Wesensänderung herbeigeführt würde und zwar Zerstörung oder Wesensänderung nicht des Ganzen, sondern der bisher verbundenen Bestandteile je für sich. In dieser Beziehung sind nun allerdings Einwendungen gegen das RG. begründet, da es sich in Sachen jener Wesensänderung in der Tat nicht streng genug an § 93 gehalten hat. Vgl. z. B. die bekannten Entscheidungen über die elektrische Beleuchtung in einem Hotel, über die Holzbearbeitungsfabrik und (am auffälligsten) über die mit Benzinmotor betriebene Ziegelei. Abwegig und zu tadeln sind auch zum Teil die Entscheidungen über Verbindung und Bestandteilseigenschaft überhaupt, so in dem von Lenel besprochenen Falle der Schotteranlage. Gewiß macht der Treibriemen die Lokomobile nicht zum Bestandteile des Grundstücks. Es ist ja aber bekannt, daß das RG. sich hier in den letzten Entscheidungen selbst reformiert und die Frage der Verbindung, und ob dadurch Bestandteilseigenschaft begründet werde, ganz dem Urteile der Lebens- und Verkehrsauffassung anheimgegeben hat. — Endlich die Frage, die den letzten Juristentag beschäftigt hat, ob eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die wesentlichen Bestandteile erstrebt werden müsse, scheint ebenfalls von unrichtigen Voraussetzungen aus erörtert zu sein. Legislative Kritik wird zumeist die Vorschrift des § 951 treffen dürfen: die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden. Das ist zwar in den Fällen, die unter § 93 fallen, sehr verständig, nicht ebenso aber durchweg im Anwendungsgebiete des § 94.

2. Bernt, DJZ. **08** 185 f. Ein Bierdruckapparat ist nicht wesentlicher Bestandteil, sondern lediglich Zubehör des Gasthausgebäudes und auch dies nur unter der positiven Voraussetzung, daß das Gebäude für den Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb dauernd eingerichtet ist (gegen LG. Torgau).

3. Maschinen wesentliche Bestandteile (s. JDR. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I 2 u. II 1, **6** Ziff. I 1). a) Lenel aaO. 1 ff. legt dar, daß ein entschiedenes Bedürfnis dafür bestehe, dem Eigentumsvorbehalt an Maschinen die rechtliche Anerkennung zu sichern. Er bemängelt, daß die §§ 93, 94 nichts weniger als klar gefaßt sind und daß in den zahlreichen Erkenntnissen, in denen sich das RG. mit diesen Bestimmungen beschäftigt, der Gesichtspunkt, daß das Gesetz nach dem zu vermutenden vernünftigen Zwecke auszulegen sei, nicht zu seinem Rechte kommt (18). **b**) Riedner aaO. 92 ff. meint, daß des Rechtszustand bezüglich des Eigentumsvorbehalts an Maschinen, wie er sich bei richtiger Auslegung der §§ 93, 94 Abs. 2, 98 BGB. ergebe, eine Schädigung des allgemeinen volkswirtschaftlichen Interesses nicht zur Folge habe, diese sei nur durch die dem Gesetze nicht entsprechende Praxis des RG. hervorgerufen worden. Die einlenkende Haltung jedoch, welche das RG. in der Entsch. vom 2. 11. 07, JDR. **6** Ziff. II 1 b, eingenommen habe, lasse in Verbindung mit der Souveränität der unteren Gerichte in der tatsächlichen Feststellung erwarten, daß die richtige Anwendung des Gesetzes wieder zur Geltung gelange. **c**) Siecke, DJZ. **08** 946 ff. Eine Maschine verliert dadurch, daß sie mit dem Grundstücke verbunden wird, noch nicht ohne weiteres ihre körperliche Selbständigkeit, besonders dann nicht, wenn die Maschinenur auf den Fußboden aufgeschraubt oder die Verbindung sonst leicht lösbar ist; dergestalt, daß nach Lösung der Verbindung die Maschine ohne Beschädigung des Gebäudes oder ihrer selbst entfernt werden kann. Dagegen hat die Maschine als Einzelsache zu existieren aufgehört und ist zum Gebäudebestandteile geworden, wenn sie mit dem Gebäude so verbunden ist, daß sie nicht ohne Beschädigung des Gebäudes oder ihrer selbst entfernt werden kann, insbesondere wenn sie im wahren Sinne des Wortes eingebaut ist, oder wenn, trotz leichter Lösbarkeit der Verbindung, eine engere Verbindung zwischen Maschine und Gebäude dadurch hergestellt ist, daß die Maschine für das Gebäude oder das Gebäude für die Maschine besonders konstruiert und angepaßt ist. **d**) Frantz, Eigentumsvorbehalt, legt dar, daß bei der jetzigen Gesetzgebung ein blühender Industriezweig drohe vernichtet zu werden. **e**) Polenske aaO. 504 ff. legt dar, daß die vom RG. herangezogene Verkehrssitte eine sehr unsichere Hilfe sei.

4. *Umrath, Begriff des wesentlichen Bestandteils. Um feststellen zu können, ob etwas wesentlicher Bestandteil sei, ist vor allem zu untersuchen, ob es Bestandteil, d. h. Teil einer Einzelsache ist. Bestandteil ist eine Sache nur dann, wenn sie mit einer anderen entweder von Natur zusammenhängt oder mit ihr verbunden ist zum Zwecke der Zusammengehörigkeit als (nicht allein wirtschaftliche, sondern) sachliche Einheit. ➠ Ob dies zu bejahen ist, ist nicht allein Tat-, sondern auch Rechtsfrage. ⟵ Maschinen sind daher im allgemeinen keine wesentlichen Bestandteile der Fabrikgebäude, sondern Zubehör.

II. Aus der Praxis. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? (s. JDR. **6** Ziff. II 1 und u. Ziff. I zu § 97). a) **RG.** 26. 2. 08, Gruchots Beitr. **52** 913 ff., ZBlFG. **8** 662 ff., betont ebenso wie **RG.** V. 2. 11. 07, JDR. **6** Ziff. II 1 b zu §§ 93, 94 (jetzt auch SchlHolstAnz. **08** 102, **RG. 67** 30, SeuffA. **63** 433), daß die in ein für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtetes Gebäude, insbesondere eine Fabrik, eingebrachten Maschinen und sonstigen Gerätschaften nur dann Bestandteile des Gebäudes sind, wenn sie nach der Verkehrsauffassung als Sachteile des gewerblichen Gebäudes erscheinen. Dies ist vorliegend aber verneint worden, weil die Gebäude die Maschinen und Gerätschaften nicht dergestalt in sich aufgenommen haben, daß sie, die früher zu verschiedenen anderen

gewerblichen Betrieben benutzt worden waren, zu neugearteten Gebäuden geworden sind. **b)** Bei neuer Verhandlung der vom **RG.** V 2. 11. 07, **67** 30 in die Vorinstanz zurückgewiesenen Sache war das BerG. (OLG. Stuttgart) zur Verneinung der Bestandteilseigenschaft der vom Kläger als Eigentum in Anspruch genommenen Maschine gelangt. Es hatte festgestellt, daß zwar das Gebäude für den Betrieb einer Druckerei hergestellt sei, namentlich starke Fundamente und Fußböden zu diesem Zwecke erhalten habe. Jedoch seien in dem Gebäude keine sonstigen Eigentümlichkeiten, die seine Bestimmung gerade zum Druckereigewerbe erkennen lassen. Es sei die Druckerei nicht als eine aus einem ausschließlich diesem Betrieb angepaßten eigenartigen Gebäude und den dazu gehörigen Maschinen bestehende einheitliche Sache anzusehen. Die Maschinen (soweit sie überhaupt mit dem Gebäude fest verbunden) seien nicht besonders für diese Druckerei hergestellt, sie seien Marktware. Es habe sich nicht feststellen lassen, daß nach den besonderen Verhältnissen des fraglichen Gewerbebetriebs der Verkehr die Maschinen nach ihrer Aufstellung nicht mehr als selbständiger Einzelkörper, sondern nur als Sachteile des Fabrikgebäudes ansehe. **RG.** 7. 10. 08, DJZ. **09** 82, wies die Revision gegen dieses Urteil zurück, indem es annahm, daß die Entscheidung auf richtiger Anwendung der Grundsätze des Urteils **67** 30 beruhe. **c)** **RG.** VII. 29. 5. 08, **69** 150 ff., JW. **08** 515 ff., DJZ. **08** 1106 f. Aus den §§ 97, 98 BGB. kann nicht entnommen werden, daß die in eine Fabrik eingebrachten Maschinen *in der Regel* als *Zubehör* der Fabrik, also als bewegliche Sachen, und nur *ausnahmsweise* als *Bestandteile*, insbesondere als *wesentliche* Bestandteile der Fabrik zu betrachten seien. Die Frage, ob Maschinen den Charakter von Zubehör oder von Bestandteilen, wesentlichen Bestandteilen tragen, ist vielmehr nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles zu entscheiden. Die in eine Fabrik eingebrachten Maschinen haben *Bestandteils*eigenschaft, wenn das aus dem Grunde und Boden, dem Gebäude und den Maschinen gebildete körperliche Ganze eine *einheitliche* Sache (Fabrik) bildet, als deren einer Bestandteil die Maschinen sich darstellen. Sie sind dagegen *Zubehör*, wenn sie auch nach ihrer Verbringung in die Fabrik *selbständige*, *bewegliche* Sachen *geblieben* sind. Hierbei sind allerdings etwaige Verkehrsanschauungen zu berücksichtigen. Von einer *Verkehrsanschauung* kann jedoch nur die Rede sein, wenn bei *allen* an dem betreffenden Zweige des Verkehrslebens beteiligten Kreisen sich *einheitliche* Anschauungen herausgebildet haben. Die Anschauungen, die sich in den Kreisen der Maschinenfabrikanten herausgebildet haben, können daher nicht in Betracht kommen, wenn sie von anderen beteiligten Kreisen nicht geteilt werden. **d)** **RG.** II. 26. 6. 08, **69** 117 ff., JW. **08** 517 f., DJZ. **08** 1107. Eine Maschine, die für einen Fabrikations*betrieb* (Fabrik in diesem Sinne) von wesentlicher Bedeutung ist, kann als wesentlicher Bestandteil des Fabrik*gebäudes* (Fabrik in diesem Sinne) als einer körperlichen Sache nur dann in Betracht kommen, wenn sie durch die Art ihrer Verbindung oder im Falle einer bloß losen Verbindung durch die besondere Anpassung an die *bauliche* Beschaffenheit oder an die Zweckbestimmung des *Fabrikgebäudes* einen Teil desselben ausmacht und ihre Selbständigkeit verloren hat, derart, daß sie mit dem Fabrikgebäude in *wesentlichem* Zusammenhange steht und nach der Verkehrsauffassung als ein und dieselbe Sache gilt. Dagegen reicht der Umstand, daß eine Maschine zum Betrieb einer Fabrik dient und als Teil des das Fabrikunternehmen bildenden wirtschaftlichen Ganzen von wesentlicher Bedeutung für den Betrieb sowie auch mit dem Fabrikgebäude lose verbunden ist, für sich allein nicht aus, um die Eigenschaft der Maschine als wesentlichen Bestandteil desselben zu begründen. — Das BerUrteil wurde aufgehoben, weil der Zusammenhang der Entscheidungsgründe darauf schließen ließ, daß der entscheidende Grund für die Annahme, der Motor sei ein wesentlicher Bestandteil der Wurstfabrik, zu Unrecht in der wesentlichen Be-

deutung desselben für den Fabrikbetrieb als eines wirtschaftlichen Ganzen gefunden worden ist. e) **RG.** VII. 29. 5. 08, **69** 150 ff., JW. **08** 515 ff., R. **08** 485, DJZ. **08** 1106. Ist eine Koksfabrik in ihrem ganzen Betriebe elektrisch eingerichtet, indem ein Teil der Abgase aus den Koksöfen zur Erzeugung elektrischer Energie verwendet wird, die ihrerseits wieder dazu benutzt wird, sowohl die Beleuchtung für das ganze Werk als auch die Betriebskraft für die Fabrik zu liefern, so ist es nicht rechtsirrtümlich, die Fabrik mit den für die Erzeugung und Verteilung der elektrischen Kraft und des elektrischen Lichtes erforderlichen Maschinen und sonstigen Teilen als ein einheitliches Ganzes und die Maschinen als wesentliche Bestandteile dieses Ganzen anzusehen. f) **RG.** 4. 4. 08, JW. **08** 322, BayRpflZ. **08** 221 hat eine Illustrationsschnellpresse nicht für einen wesentlichen Bestandteil eines Druckereigebäudes erklärt, weil sie nicht körperlich und mechanisch mit dem Gebäude verbunden, sondern in dasselbe nur hineingestellt war. Die notwendige Verbindung mit dem Ganzen könne auch nicht darin erblickt werden, daß die Maschine zufolge ihres sehr großen Eigengewichts sehr fest auf dem Boden aufruht und nur mit großer Kraftanwendung weggenommen werden kann. Auch dadurch, daß die Schnellpresse mit dem Gebäude durch Vermittelung des Transmissionsriemens in Zusammenhang steht, sei sie nicht zum Gebäudebestandteile geworden. — Wagner, R. **08** 666, erblickt in dieser Entscheidung eine sehr bemerkenswerte weitere Stellungnahme des RG. zugunsten der Maschinenfabrikation; die Maschinenindustrie könne sich auf Grund dieses Erkenntnisses den Eigentumsvorbehalt insofern sichern, als es bei der großen Mehrzahl der Industrietätigkeiten möglich sein werde, die benötigten Maschinen, mit eigenem Fundamente versehen, lose auf den Fabrikboden aufzustellen, und die Verbindung mit den Transmissionswellen durch leicht abwerfbare Treibriemen lose zu gestalten. g) **RG.** V. 7. 10. 08, R. **08** 614. Die in ein Fabrikgebäude eingebrachten Maschinen (Schnellpressen und Setzmaschinen) sind nicht als Bestandteile des Gebäudes anzusehen, wenn die Vereinigung der Maschinen mit dem Gebäude nicht in einer solchen Weise erfolgt ist, daß dadurch eine einzige Sache in Gestalt eines aus der Baulichkeit und den Maschinen zusammengesetzten eigengearteten Gebäudes hergestellt worden ist und die Maschinen nur noch als unselbständige Sachteile dieses Gebäudes zu betrachten sind. h) **RG.** V. 25. 4. 08, R. **08** 557. Schiffchenstickmaschinen sind nur dann Bestandteile des Stickereifabrikgebäudes, wenn sie nach der Verkehrsauffassung zufolge der Vereinigung mit dem gewerblichen Gebäude nicht mehr selbständige Einzelkörper, sondern auf die Dauer der Verbindung nur noch Sachteile des gewerblichen Gebäudes sind. i) SächsRpflA. **08** 362 (Dresden) hat die Bestandsteilseigenschaft von Maschinen in einem Falle verneint, in dem das Grundstück auch zu anderen Fabrikationszwecken und mit geringfügigen Umbauten auch zu Wohnzwecken verwendet werden konnte. k) R. **08** 646 (BayObLG.). Auch bloß angeschraubte Maschinen können Bestandteil eines Grundstücks sein. l) **RG.** V. 24. 10. 08, JW. **08** 738, verneint die Bestandteilseigenschaft einer in einen Mühlenbau eingebrachten Sauggas-Motoranlage, weil die hierzu wesentlichste Voraussetzung, daß die Anlage durch Verbindung mit anderen Sachteilen ihre körperliche Selbständigkeit verloren hat, fehlte. m) **RG.** V. 10. 10. 08, JW. **08** 738 f., R. **08** 645 f., DJZ. **09** 145. Die in das Kesselhaus einer Dampfmühle eingebrachte Heißdampflokomobile ist dann kein Bestandteil des Kesselhauses der Dampfmühle oder einer das Grundstück mit den Gebäuden umfassenden Sache geworden, wenn bei ihr das wesentlichste Erfordernis der Bestandteilseigenschaft nicht vorliegt, daß sie nämlich durch die Verbindung mit anderen Sachteilen die körperliche Selbständigkeit verloren haben muß. Daraus, daß das Kesselhaus durch Herausrücken einer Vorderwand und Errichtung einer Querwand den Größenverhältnissen der eingebrachten Lokomobile angepaßt und darin ein Fundament speziell für die Lokomobile hergestellt ist, so daß die Lokomobile dem Beschauer vollständig in das Gebäude eingelagert

erscheint, folgt nicht, daß die Lokomobile ihre körperliche Selbständigkeit verloren hat. **n)** Über die Voraussetzungen, unter denen in tatsächlicher Beziehung Maschinen als Bestandteile oder Zubehörstücke eines Fabrikgebäudes anzusehen sind, handelt SchlHolstAnz. **08** 266 (Kiel). **o) RG.** II 17. 12. 07, JDR. **6** Ziff. II 1c zu §§ 93, 94, auch SeuffBl. **08** 854, GruchotsBeitr. **52** 919 ff., ZBlFG. **9** 29, SeuffA. **64** 59.

2. **a)** SächsRpflA. **08** 363 (Dresden). Schmiedeherd und Blasebalg als Bestandteile eines Grundstücks. **b) RG.** 13. 11. 07, ZBlFG. **9** 149 über die Voraussetzungen, unter denen eine Feldeisenbahn Bestandteil ist. **c) RG.** V. 4. 3. 08, JW. **08** 295 f., ZBlFG. **9** 103, SeuffA. **63** 217. Ein aus Wellblechfrontwänden mit Fußbodenbelag und Innenwänden bestehendes Wellblechgehäuse, welches durch massive Giebelwände und Fundamentpfeiler zu einem Gebäude vervollständigt und mit ihnen fest verbunden ist, wird wesentlicher Bestandteil des Gebäudes und des Grundstücks.

3. **a)** MecklZ. **26** 282 ff. (Rostock) hat auf Grund der örtlichen Verhältnisse in Schwerin Badeeinrichtungen nicht für wesentliche Bestandteile eines Grundstücks erklärt. Das Badezimmer eines Miethauses hat keine selbständige Bedeutung gegenüber derjenigen des ganzen Gebäudes, es kann daher daraus, daß die Badeeinrichtungen zur Herstellung eines Badezimmers eingefügt sind, nicht gefolgert werden, daß dieselben wesentliche Bestandteile des Gebäudes sind. **b)** BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). Rolläden wesentliche Bestandteile eines Hauses (vgl. JDR. **6** Ziff. II 4 b).

§ 94. I. 1. *Umrath, Begriff des wesentlichen Bestandteils. Die Bestimmung des § 94 ist keine Ausnahme, sondern eine Erläuterung des im § 93 gegebenen Begriffs des wesentlichen Bestandteils. Auch hier ist daher vor allem zu untersuchen, ob ein Bestandteil vorliegt.

2. *Zencke, Gaslieferungsvertrag. Die Gasrohrleitungen haben trotz ihrer sachlichen und wirtschaftlichen Verbindung mit den Privatgrundstücken regelmäßig nicht als deren wesentliche Bestandteile zu gelten.

II. RheinA. **105** I 49 (Düsseldorf). Gebäude im Sinne des Abs. 1 sind nur vollständige Gebäudeeinheiten oder doch solche größere Teile eines Gebäudes, die nach vertikaler Absonderung vom Gebäude für sich ein selbständig benutzbares Gebäude bilden.

§ 95. I. 1. Die nur scheinbaren Grundstücksbestandteile (s. JDR. **1** Ziff. 2, **4** Ziff. 5). *Wendt, AcivPr. **103** 453 ff. Auseinandersetzung mit Herbert Meyers Schrift über die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile (JDR. **4** Ziff. 5 d) und Abwehr der hier gegen das RG. und gegen Juristenrecht erhobenen Vorwürfe. Der germanistische, von der gewere entnommene Hintergrund ist abzulehnen. Was nicht als Bestandteil eines Grundstücks behandelt werden soll (§ 95 stellt ja eine reine Fiktion auf), kann nur nach den Regeln über die beweglichen Sachen beurteilt werden. Im Ergebnis ist ja auch H. Meyer der gleichen Meinung, und ob jene nur scheinbaren Grundstücksbestandteile bewegliche Sachen sind oder nur dafür angesehen werden, ist demgegenüber ein reiner Wortstreit.

2. Satz 1. *Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen, Jahrb. der Bodenreform **08** 279. Satz 1 ist bedeutungsvoll für den „Abbruchsbau" (auseinandernehmbarer Massivbau) auf Pachtland, der wie schon in Belgien auch bei uns für Kleinwohnhäuser auf noch nicht „baureifem" Boden dienen kann. Dingliche Sicherheit erhielte der Baukapitalist durch Eigentumsvorbehalt am Material und an dem Hause, vorausgesetzt, daß er es — wegen § 950 — selbst errichtete und dem Bodenpächter nur vermietete, ➛ sofern man nicht § 950 für ausgeschaltet hält wegen „Unbeweglichkeit" der Häuser des § 95 ←.

3 *Umrath, Begriff des wesentlichen Bestandteils. Da der Bestandteilsbegriff eine Verbindung zum Zwecke der Zusammengehörigkeit als Einheitssache verlangt, ist alles, was nur zu vorübergehendem Zwecke verbunden wird, nicht Be-

standteil. Der § 95 ist also nur die Konsequenz des Bestandteilsbegriffs und nicht Ausnahme von § 94, der seinerseits, wie auch der § 93, lediglich feststellt, wann ein Bestandteil ein wesentlicher ist.

4. a) Bauer, ZBlFG. **9** 129 ff., erklärt den von Neumann (s. FDR. **5** Ziff. I) und Bing (s. FDR. **6** Ziff. I 1) der Maschinenindustrie gewiesenen Weg, Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, für nicht gangbar. Da der Zweck, zu dem die Maschinen in das Gebäude eingefügt werden, kein nur vorübergehender sei, liege ein Anwendungsfall des § 95 Abs. 1 Satz 1 bzw. Abs. 2 nicht vor. Wenn auch Maschinen unter den Begriff „Werk" des § 95 Abs. 1 Satz 2 fallen, so könne eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit doch nicht angenommen werden, weil das dem Lieferanten am Grundstücke des Bestellers eingeräumte Recht des für eine Dienstbarkeit notwendigen Begriffsmerkmals der Einschränkung des Belasteten entbehre (vgl. auch Nissen und Zelter, FDR. **6** Ziff. I 2 u. 3). b) Auch Krückmann, ZBlFG. **9** 464, erhebt gegen den Neumannschen Vorschlag Bedenken. Hauptsächlich spreche gegen die Dienstbarkeit die einfache Tatsache, daß Neumann als Schutzgegenstand nicht das nächstliegende, sondern nur ein entfernteres und nur mittelbar mit der Dienstbarkeit verbundenes Interesse betrachte. Der nächste Zweck, weshalb die Maschine eingefügt wird, aber sei die Benutzung durch den Käufer. c) Ebenso erachtet Riedner aaO. 116 die Begründung eines Rechtes mit dem von Neumann vorgeschlagenen Inhalte nicht für zulässig. Entscheidend dagegen spreche, daß ein an einem fremden Grundstücke zu begründendes Recht der bezeichneten Art einer von der Person des Verpflichteten verschiedenen Person (dem Berechtigten oder einem Dritten) Vorteile gewähren muß, die das dienende Grundstück selbst gewährt. Die Vorteile, welche vorliegend das Grundstück gewähre, kämen aber nicht dem Berechtigten, sondern ausschließlich dem Verpflichteten zugute. Die Vorteile, welche der Berechtigte aus der Bestellung dieses Rechtes zieht, gewähre ihm nicht das Grundstück, sondern allein die mit ihm verbundene bewegliche Sache.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. Karlsruhe, RJA. **9** 140, ZBlFG. **8** 740, BadRpr. **08** 78, erklärt gegen Neumann, FDR. **5** Ziff. I, die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Weise, daß eine Maschinenbaugesellschaft berechtigt sein soll, eine an den Eigentümer des Grundstücks unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Maschine auf dem Grundstück aufzustellen, für unzulässig. Das nicht zu bestreitende wirtschaftliche Interesse, das der Verkäufer von Maschinen an der Bestellung einer solchen Dienstbarkeit habe, sei nicht identisch mit dem wirtschaftlichen Vorteile, den die Benutzung des fremden Eigentums dem Dienstbarkeitsberechtigten gewähren muß.

2. SchlHolstAnz. **08** 166 (Kiel). Baumschulenbestände brauchen nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks zu werden. Im wesentlichen wie **RG.** FDR. **6** Ziff. III 2 c.

3. **RG.** FDR. **6** Ziff. III 2 c, jetzt auch SeuffA. **63** 132.

§ 96. R. **08** 77 (BayObLG.). Das bayerische radizierte Gastwirtschaftsrealrecht gilt als Bestandteil des Grundstücks nach § 96. Die Kundschaft ist eine Eigenschaft dieses Rechtes und damit des Grundstücks selbst. Der beim Kaufe eines solchen Gasthofs auf die Kundschaft gerechnete Betrag ist ein Teil des Grundstücks, nicht des Mobiliarpreises.

§ 97. I. Maschinen (vgl. oben Ziff. I 3 u. II 1 zu §§ 93, 94). RheinA. **105** I 74 (Cöln). Maschinen auf dem Fabrikgrundstücke, die noch nicht an ihren Betriebsplätzen aufgestellt sind, sind Zubehör, auch wenn sie demnächst der Fabrik als Bestandteile eingefügt werden, denn der Umstand, daß eine Sache der Hauptsache als Bestandteil eingefügt werden soll, kann nicht die Verneinung der sonst

gegebenen Zubehöreigenschaft für die Zeit vor der Verbindung rechtfertigen (aM. der 9. Sen. des OLG. Cöln, JDR. **6** Ziff. II b).

II. Baumaterialien (s. JDR. **2** Ziff. I 1 b, **3** Ziff. II 1 c, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. II). RheinA. **105** I 74 (Cöln). Baumaterial auf dem Bauplatz ist nur Zubehör, wenn die Bestimmung für den Bau sich aus seiner Beschaffenheit ergibt, z. B. bei besonderer Abpassung und Herrichtung. Daher nicht Zubehör Ziegelsteine, da dies allenthalben verwendbare Materialien sind.

III. Vorübergehende Benutzung (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1 a, **4** Ziff. 4, **5** Ziff. III). Auerbach, SächsRpflA. **08** 353 ff. Geliehene und gemietete Sachen werden für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache nur vorübergehend benutzt, wenn die Dauer der Leihe oder Miete von vornherein bestimmt oder bestimmbar ist (ohne Rücksicht auf die Länge der Dauer). Besteht aber nur die Möglichkeit der aus ihrem Begriffe notwendig folgenden dereinstigen Beendigung der Leihe oder Miete, ohne daß sich absehen läßt, zu welcher Zeit die Beendigung eintreten wird, so ist ein Zustand von Dauer gegeben, unabhängig davon, wann die Leihe oder Miete schließlich ihr Ende erreicht.

IV. Einzelnes aus der Praxis. a) **RG.** V. 8. 7. 08, SächsRpflA. **08** 556. Die für die Zwecke einer Ringofenziegelei von vornherein auf unbestimmte Zeit angelegte Feldbahn ist als ein Zubehör des Ziegeleigrundstücks anzusehen, auch wenn die Bahn zum Teil auf zugepachteten Grundstücken angelegt ist und bei der Anlage mit der Möglichkeit gerechnet wurde, daß die Bahn später einmal überflüssig werden würde. b) **RG.** 17. 6. 08, **69** 85 ff. Die Zubehöreigenschaft von Gegenständen, die dem wirtschaftlichen Zwecke eines zu einem bestimmten Betriebe eingerichteten Grundstücks dienen, erlischt nicht durch den Beschluß der Konkursgläubiger, den Betrieb einzustellen. c) SeuffA. **64** 1 (Dresden). Die Zimmerausstattung in einem Hause, dessen 2. und 3. Stockwerk dauernd als Garconlogis eingerichtet ist, ist Zubehör dieses Hauses. d) R. **08** 614 f. (Frankfurt a. M.). Pferde und Wagen, die zum Abfahren der produzierten Ziegel benutzt werden, sind Zubehör des Ziegeleigrundstücks. e) SchlHolstAnz. **08** 193 (Kiel). Pferde Zubehör eines zur Holzsägerei dienenden Grundstücks (vgl. auch JDR. **6** Ziff. IV 8).

§§ 97, 98. **RG.** 16. 12. 08, JW. **09** 70 f. § 98 bezieht sich nur auf eines der im § 97 bezeichneten gesetzlichen Erfordernisse des Zubehörs. Er verordnet, daß Sachen, auf die das zutrifft, was er unter 1 und 2 sagt, stets als Sachen anzusehen seien, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind. — Zubehör aber sind diese Sachen nur dann, wenn bei ihnen auch die weiteren im § 97 hierfür aufgestellten Erfordernisse erfüllt sind. Die Zubehöreigenschaft von Sachen ist nicht davon abhängig zu machen, ob sie dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen geeignet sind. — Nach dem Gesetz ist entscheidend die Bestimmung der Sachen zum Wirtschaftsbetrieb oder zum Dienste für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache durch deren Eigentümer und kann das Nichtgeeignetsein der Sachen zu solchem Dienste Bedeutung nur insofern gewinnen, als es den Schluß rechtfertigt, daß dieselben gar nicht jene Bestimmung haben, oder nur vorübergehend, insbesondere versuchsweise, für den wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache benutzt sind. — Der Zweck muß nicht nur vorgegeben sein, sondern muß in der Art der Benutzung der Hauptsache objektiv hervortreten; er wird nicht nur durch eine bloß zufällige oder ganz willkürliche, dem Wesen der Sache widersprechende Benutzung bestimmt. — Grundsätzlich ist auch für ihn, wie für die Art der Benutzung und Bewirtschaftung der Hauptsache der Wille des Eigentümers ohne Rücksicht auf das wirtschaftlich Vorteilhafte oder Zweckmäßige maßgebend. — Nach § 97 Abs. 1 wird die Zubehöreigenschaft einer Sache schon durch ihre — oben erörterte — Bestimmung für den Zweck der Hauptsache und dadurch begründet, daß sie zu dieser in einem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse steht und wird

die Zubehöreigenschaft dann nur unter der — von dem anderen Teile zu beweisenden — Voraussetzung ausgeschlossen, daß die Verkehrsanschauung ihr die Zubehöreigenschaft trotzdem abspricht. Voraussetzung ist, daß die Verkehrsanschauung zu der Frage der Zubehöreigenschaft solcher Sachen positiv Stellung genommen hat; der Beweis dafür, daß die Verkehrsanschauung die Sachen nicht als Zubehör ansieht wird nicht dadurch erbracht, daß der allgemeine Verkehr derartige Sachen in den in Frage stehenden Betrieben nicht kennt.

§ 98. 1. Nr. 1. R. **08** 357 (Oldenburg). Unerheblich ist, ob die Einrichtung des Gebäudes für den gewerblichen Betrieb eine einfache ist oder nicht und ob der Besitzer die Einrichtung aus persönlichen Interessen vorgenommen hat.

2. Nr. 2. a) SächsOLG. **29** 406, SeuffBl. **08** 553 (Dresden). Auch das zur Beköstigung der Dienstleute nötige Korn fällt in den Bereich der zur Fortführung der Wirtschaft erforderlichen Bedürfnisse und unterliegt deshalb der Vorschrift der Nr. 2. b) R. **08** 486, SeuffBl. **08** 512 (Dresden). Wird der wirtschaftliche Betrieb eines Landguts aufgegeben, so sind die vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse nicht mehr Zubehör des Grundstücks.

§ 99. R. **08** 357 (BayObLG.). Ist Vertragsgegenstand hinsichtlich eines Steinbruchs nicht die verkaufsweise Lieferung der künftig zu gewinnenden Steine, sondern die Berechtigung, aus dem Grundstücke Steine zu brechen, so handelt es sich um eine obligatorische Pacht, nicht um einen Grundstückskauf. Die Übertragung des Ausbeutungsrechts bis zu einer bestimmten Tiefe schließt bis dahin die Unkündbarkeit der Pacht aus.

§ 101. **RG.** 17. 10. 07, GruchotsBeitr. **52** 1093. Die über die Verteilung der Früchte zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher oder zwischen mehreren zeitlich aufeinander folgenden Nutzungsberechtigten geltenden Grundsätze finden auch zur Begrenzung des Rechtes des Vorerben gegenüber dem Nacherben Anwendung.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Breit, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, SeuffBl. **08** 841—847, 883—890. — Josef, Lebensversicherungsverträge Geschäftsbeschränkter und arglistiges Verhalten der bezugsberechtigten Ehefrau bei Geistesschwäche des Versicherungsnehmers, AZivPr. **103** 128—137. — Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte. Berlin 1908. — Derselbe, Zur Lehre von der Anzeigepflicht im Schuldrechte, SeuffBl. **09** 24—26. — Schellwien, Der Versicherungsantrag des Minderjährigen, ZVersWiss. **08** 29—40.

Zu §§ 104 ff. 1. Zum Begriffe des Rechtsgeschäfts (s. JDR. **2** Ziff. 1 u. 2 vor § 104, **3**, **4**, **5**, **6** Ziff. I). *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 33. Rechtsgeschäft ist nur diejenige Erklärung, die zum Inhalt ein Wollen und das Gewollte zur Folge hat. Ist die Beziehung zwischen Wille und Wirkung keine unmittelbare, bildet der Tatbestand eines Rechtssatzes eine Erklärung, die zwar eine bestimmte Wirkung zur Folge aber nicht zum Inhalte hat, so liegt der rechtlich ausgezeichnete Tatbestand eines Rechtsgeschäfts nicht vor. Der Inhalt des rechtsgeschäftlichen Willens muß juristisch qualifizierbar sein (42 ff.), sein Umfang muß den kraft Rechtsnotwendigkeit wesentlichen Inhalt des Geschäfts ergreifen (45 ff.). Keine Rechtsgeschäfte, sondern nur rechtsgeschäftsähnliche Tatbestände sind die sogenannten „stillschweigenden Willenserklärungen" (36 Note 1).

2. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte. a) Die Anzeigen (18, 25) sind ausnahmslos „Rechtshandlungen im engeren Sinne", nicht Rechtsgeschäfte (26 ff.). Vgl. JDR. **6** Ziff. 1 zu §§ 104 ff. b) Erfordernisse (Begriffsmomente) der Anzeigen (32 ff.). Anzeigeakt erforderlich! (32/33). Alle Anzeigen sind empfangsbedürftig, auch die im BGB. §§ 149 Satz 2, 478, 485 geregelten Anzeigen. Darüber, inwieweit Geschäftsfähigkeit des Anzeigenden erforderlich ist (vgl. 41 ff.);

inwieweit die Rechtsgeschäftsgrundsätze über Willensmängel, Bedingung und Befristung, Stellvertretung und neg. gestio auf die Anzeigen Anwendung finden (vgl. 47—56). [Keine Stellvertretung, keine Bedingung bzw. Befristung bei Anzeigen möglich.] c) 56—63 handeln von der „Zurücknahme der Anzeige" (vgl. auch zu §§ 409, 576, 777, 1289). In den meisten Fällen, in denen man von Zurücknahme der Anzeige spricht, liegt nur eine neue Anzeige (Rechtshandlung) vor. Beispiel: Dem Gaste ist Wäsche abhanden gekommen. Er macht dem Wirte davon unverzüglich Anzeige. Bei wiederholtem Nachzählen kommt er zu der Ansicht, daß nichts fehlt. Er nimmt daher seine Anzeige als unrichtig zurück. — Über die Wirkungen dieser Zurücknahme vgl. 58 ff.

3. Josef, ACivPr. **103** 128 ff. Ist ein Versicherungsnehmer bei Stellung des Versicherungsantrags zwar geistesschwach, so jedoch, daß diese Schwäche nicht einen Grad erreicht hat, den man als Geisteskrankheit bezeichnet, und ist der Versicherungsnehmer nicht entmündigt, so wird die Rechtswirksamkeit des von ihm geschlossenen Versicherungsvertrags durch die tatsächlich vorhandene Geistesschwäche nicht berührt. — Hat ein wegen Verschwendung, Trunksucht oder Geistesschwäche Entmündigter selbständig (also ohne Zutun des Vormundes) sein Leben versichert, so steht nach § 109 dem Versicherer durch eine gegenüber dem Erben des Versicherungsnehmers abzugebende Erklärung der Rücktritt vom Vertrage zu. Solange indes der Versicherer diese Erklärung nicht abgegeben hat, kann der Erbe nach § 108 Abs. 3 den Vertrag des Entmündigten genehmigen, der dann als von Anfang an wirksam geschlossen gilt. Dann steht aber dem Versicherer der Rücktritt vom Vertrage zu, weil der Erblasser die Tatsache der erfolgten Entmündigung verschwiegen hat.

§ 104. 1. **RG.** IV. 30. 3. 08, JW. **08** 323 f. Die freie Willensbestimmung im Sinne des § 104 setzt voraus, daß gegenüber den verschiedenen Vorstellungen und Empfindungen und gegenüber den Einflüssen dritter Personen, welche bestimmend auf den Willen einwirken, eine vernünftige Überlegung und freie Selbstentschließung darüber, was im gegebenen Falle als das Richtige zu tun ist, stattfindet. An der freien Willensbestimmung fehlt es, wenn infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit bestimmte Vorstellungen oder Empfindungen oder Einflüsse dritter Personen derart übermächtig den Willen beherrschen, daß eine Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen ist.

2. **RG.** V. 14. 10. 08, R. **08** 647. Daß jemand trotz festgestellter krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit noch zu wirtschaftlichen Besorgungen, wie sie in einem Hausstande fortgesetzt vorzunehmen sind, fähig ist, schließt nicht aus, daß er als geschäftsunfähig gemäß § 104 Ziff. 2 zu gelten hat (vgl. SeuffA. **51** 134, **55** 257).

§§ 105, 106. Hagemann, DJZ. **08** 590 f. Der Adressat einer Postsendung hat zwar keinen klagbaren Erfüllungsanspruch, ihm steht aber auf Grund des zwischen dem Absender und der Post geschlossenen Beförderungsvertrags ein Empfangsrecht zu, d. h. das Recht, die ihm freiwillig dargebotene Sendung hinzunehmen und zu behalten. Er kann jedoch verzichten, indem er die Annahme im voraus ablehnt; er kann zedieren, indem er einen Empfangsbevollmächtigten bestellt, und er kann den Leistungsort abändern, indem er z. B. im Falle einer Reise Nachsendung anordnet. Das Empfangsrecht des Adressaten gehört zu seinem Vermögen und unterliegt mit ihm dem durch §§ 1638 ff., 1802 ff. BGB. geregelten Verfügungs- und Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters. Dieser kann es selbst ausüben oder es im Wege der Vollmacht auf einen Dritten übertragen oder auch sich darauf beschränken, die Ausübung durch den Mündel zu untersagen. In allen drei Fällen ist die Post verpflichtet, die Sendung dem Mündel nicht auszuhändigen (vgl. jedoch Scholz, ABürgR. **31** 84 ff., JDR. **6**).

§ 107. 1. Breit, SeuffBl. **08** 841 ff., befaßt sich mit der gesetzlichen Vertretung der nicht unbeschränkt geschäftsfähigen Personen und bespricht die einzelnen

Arten gesetzlicher Vertreter im Sinne des BGB.: Gewalthaber, Vormund, Pfleger und Beistand (845). Wenn das Gesetzbuch sage, daß zu einer Rechtshandlung die Zustimmung „des gesetzlichen Vertreters" erforderlich sei, so habe eine solche Vorschrift einen blankettartigen Charakter; denn die Anwendung im konkreten Falle setze zunächst die Feststellung voraus, w e r der gesetzliche Vertreter der vertretungsbedürftigen Person ist.

2. R. **08** 615 (BayObLG.). Durch die Auflassung eines Grundstücks als solche erlangt der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil.

§ 109. 1. *S t r a u ß , Die Miete nach BGB. 6. Der Widerruf des anderen Teiles ist ausgeschlossen, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung dem Minderjährigen gegeben, der Vertragsgegner aber hiervon noch keine Kenntnis hat. Der gegenteiligen Ansicht von C o s a c k , BGB. I 162, steht der Wortlaut des § 109 entgegen.

2. B e n d e r , R. **08** 280. Demjenigen, der mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Kenntnis dieses Mangels einen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürftigen Vertrag abschließt, steht das Widerrufsrecht nicht bis zur Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sondern nur bis zur Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Vertragsgegners zu (aM. M e y e r, GruchotsBeitr. **52** 1 ff.).

§ 110. 1. S c h e l l w i e n , ZVersWiss. **08** 39 ff. Erfüllt der Minderjährige einen von ihm ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Versicherungsvertrag aus freien Mitteln durch Zahlung mindestens einer Jahresprämie, so ist der Vertrag für das laufende Versicherungsjahr vollgültig; ob er weiter in Kraft bleibt, richtet sich danach, ob auch die weiteren Jahresprämien bezahlt werden. Ein gerichtlicher Anspruch auf Zahlung der weiteren Prämien steht dem Versicherer nicht zu.

2. D ö r i n g , Natürliche Verbindlichkeiten im BGB. (Berlin 1908) 41, wendet sich gegen K i p p , bei W i n d s c h e i d , Pandekten § 289 II 175, der die Verbindlichkeit des beschränkt Geschäftsfähigen als eine natürliche Verbindlichkeit bezeichnet. Im Falle des § 110 aber sei eine solche nicht anzunehmen, denn, wenn die mit den in diesem Paragraphen bezeichneten Mitteln bewirkte Leistung nicht rückgängig gemacht werden könne, so beruhe es nicht darauf, daß eine Verbindlichkeit bestand, vielmehr liege eine causa kraft Gesetzes, nämlich die Erfüllungshandlung, vor.

§ 111. *R o s e n b e r g , Stellvertretung im Prozesse 677. Hat ein Minderjähriger eine Vollmacht beispielsweise in Verbindung mit einem Dienstvertrag erteilt, so könnte der Vormund zwar den Dienstvertrag (§ 108), nicht aber die einseitige Vollmacht (§ 111) genehmigen. Da aber der Dienstvertrag, der zu stellvertretendem Handeln ermächtigt, nicht ohne die Vollmacht ausgeführt werden kann und es nicht angeht, die Genehmigung des Dienstvertrags für unzulässig zu erklären, so hat das Wirksamwerden des Vertrags auch das Wirksamwerden der Vollmacht zur Folge.

§ 112. S c h e l l w i e n , ZVersWiss. **08** 38. Der Betrieb aller Arten eines Erwerbsgeschäfts dürfte den Abschluß einer Feuerversicherung und Transportversicherung im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 1 mit sich bringen. In landwirtschaftlichen Betrieben ist auch die Eingehung einer Hagel- und Viehversicherung verkehrsüblich. Bei der großen Verbreitung, welche die Unfall- und Haftversicherung in der Neuzeit gewonnen hat, wird man auch den Abschluß solcher Versicherungen als zum regelmäßigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gehörig bezeichnen können. Ein Minderjähriger ist daher hinsichtlich des Abschlusses derartiger Versicherungen unbeschränkt geschäftsfähig. Soll aber mit dem Minderjährigen ein Versicherungsvertrag abgeschlossen werden, durch den der Minderjährige auf länger als ein Jahr über das Alter der Volljährigkeit hinaus verpflichtet sein soll, so darf nicht jährliche

Prämienzahlung vereinbart werden, sondern nur einmalige. Nur mit dieser Maßgabe ist der Vertrag voll wirksam, da der Minderjährige solche Geschäfte nicht selbständig abschließen darf, zu denen auch sein Vertreter der Genehmigung der Vormundschaftsgerichts bedürfen würde (§ 1822 Ziff. 5 BGB.).

§ 113. I. 1. *Strauß, Die Miete nach BGB. 9. Unter § 113 fällt auch der Abschluß eines Mietvertrags, denn der Minderjährige ist in der Regel nicht in der Lage, einen Arbeits- oder Dienstvertrag abzuschließen, ohne gleichzeitig für sein Unterkommen sorgen zu müssen.

2. *Unger, BuschsZ. **37** 444. Dem gesetzlichen Vertreter steht gegen die gerichtliche Ersetzung seiner Einwilligung die Beschwerde namens des Vertretenen zu, weil diese Ersetzung nicht, wie von Dernburg, BGB. IV § 122 IV, gelehrt wird, eine unmittelbare, vom gesetzlichen Vertreter auf das Vormundschaftsgericht übergegangene und deshalb der Einwirkung des Vertreters entzogene besondere Vertretung des Minderjährigen, sondern eine in Oberleitung der gesetzlichen Vertretung erlassene behördliche Verfügung ist.

II. Aus der Praxis. 1. SächsRpflA. **08** 315 (Dresden). In der Regel ist davon auszugehen, daß dem die Erfüllung des Dienstvertrags begehrenden Kläger der Beweis obliegt, daß der Beklagte zur Zeit der Vertragsverhandlungen auch noch ermächtigt war, den Vertrag abzuschließen, denn die im Abs. 4 aufgestellte Vermutung ist nur eine den Einzelermächtigungsfall treffende Auslegungsregel. Hat jedoch der Beklagte dem Kläger bei den Vertragsverhandlungen ausdrücklich erklärt, daß sein Vater mit dem Vertragsschluß einverstanden sei, so müßte der Beklagte, wenn er diese Erklärung wider besseres Wissen abgegeben hätte, seinerseits den Beweis für die Unwahrheit seiner Erklärung führen.

2. SächsOVG. **12** 37. Ist ein Minderjähriger mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit getreten, dadurch aber nach § 113 für die dort bezeichneten Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so bedarf er auch für den Beitritt zu einer der im § 75 KrankVG. erwähnten eingeschriebenen Hilfskassen, wodurch er von der Mitgliedschaft bei der für sein Beschäftigungsverhältnis bestehenden Ortskrankenkasse befreit wird, nicht der besonderen Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters (vgl. JDR. **6** Ziff. 2).

§ 115. Abs. 2. Fuchs, R. **08** 472 ff. Auch dann, wenn nach Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft wegen Wegfalls des Schutzbedürfnisses (§ 1908 Abs. 3) der Entmündigungsantrag zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen oder der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird, findet Abs. 2 Anwendung; denn das Eingreifen des Vormundschaftsrichters durch Aufhebung der vorläufigen Vormundschaft kann den ehemaligen Mündel nicht des ihm für den Fall des Eintritts einer der Umstände des § 115 Abs. 2 zugesicherten Vorteils, der Beseitigung der Folgen der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit für die Zeit während Bestehens der vorläufigen Vormundschaft berauben (gegen Schanz, Vorläufige Vormundschaft 56 ff., Staudinger-Engelmann Anm. 4 zu § 115, Anm. 4a zu § 1906).

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vormerkung: Aus der Litteratur ist besonders auf die für die Theorie wie die Praxis gleich bedeutsame Arbeit Raapes und auf die zu verschiedenen Paragraphen des Anfechtungsrechts aufgenommenen Selbstberichte Frankenburgers zu verweisen. — Die Judikatur war zum zweiten Titel im Berichtsjahre außerordentlich fruchtbar. Zu den §§ 119, 123, 130 betreffen die Entscheidungen häufig Fragen, die schon öfter die Gerichte beschäftigt haben; dem RG. wird dadurch Gelegenheit gegeben, seine früher aufgestellten Rechtssätze nachzuprüfen und an der Hand des neuen Falles auszudehnen oder einzuschränken. (Zu vergl. z. B. Ziff. II A 1a und 7 zu § 138.)

Literatur: Düringer, Zur Lehre vom Sicherungskauf, LeipzZ. 08 97—106. — Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten. Erlangen 1908 (Diss.). — Frankenburger, Die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums, Arglist und Drohung und die Rechtsprechung, SeuffBl. 08 491 ff., 525 ff. — Fromm, Der Bote (Versuch einer scharfen Abgrenzung des Botenbegriffs von dem des Stellvertreters). Berlin 1908. — Hagen, Die guten Sitten als Rechtsbegriff, GruchotsBeitr. 52 497—515. — Hölder, Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft, DJZ. 08 46—51. — Kohler, Fabrikpensionskasse und § 138BGB., ABürgR. 32 1—11. — Landsberg, Ist die Rechtsmittelzurücknahme anfechtbar? PosMschr. 08 151—152. — Matthießen, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, JW. 08 60—64. — Müller, Dr. Hanno, Die Verträge der Post, ihre Erfüllung und die Rechtslage des Empfängers unter der Wirkung eines zwischen Empfänger und Post abgeschlossenen Abkommens auf Überlassung eines Postschließfachs. Leipzig 1908. — Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des BGB. Berlin 1908. — Rabel, Sicherungskauf und Sicherungsübereignung, Zeitschrift der Savignystiftung, Röm. Abt. 28 351 ff. — Derselbe, Über die Grenzen des Vertrauensschadens, Zeitschrift für schweizerisches Recht, NF. 27 292 ff. — Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, ACivPr. 104 1—150. — Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse. Auf der Grundlage und unter eingehender vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung. Berlin 1908. — Schreiber, Formalismus, DNotZ. 08 717—749. — Derselbe, Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäfts vom obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften, GruchotsBeitr. 52 515—525. — Siegel, Blanketterklärung. München 1908. — Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, in der Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät für Hänel, 1—84. — Sokolowski, Willenserklärung mittels Fernsprechers und Ferndruckers Rostocker Diss. 1908. — Voswinkel, Die unrichtige Übermittelung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten, ABürgR. 32 386—397. — Zeiler, Die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften, GruchotsBeitr. 52 224—268.

§§ 116 ff. I. 1. Wesen der Willenserklärung (s. JDR. 1 vor § 116, 2, 3, 4, 5 zu §§ 116 ff., 6 Ziff. I). Schloßmann aaO. 1 ff. untersucht die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft und beleuchtet das nach dem BGB. zwischen beiden Begriffen bestehende Verhältnis. In dem der Kritik der auf Rechtsgeschäfte bezüglichen Bestimmungen des BGB. gewidmeten Abschnitte gelangt er zu dem Ergebnisse, daß die Bestimmungen des BGB. in ihrer ganzen Anlage insofern verfehlt sind, als das BGB. unterschiedslos für alle Arten von Willenserklärungen einschließlich der Versprechen den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung und ohne Unterschied zwischen unverschuldetem und verschuldetem Irrtum als Anfechtungsgrund gelten läßt.

2. Blanketterklärung *Siegel, aaO. Da durch die Ausfüllung des Blanketts die in blanco gegebene Namenszeichnung zur Willenserklärung wird, so ruft der Ausfüllende eine Willenserklärung des Ausstellers ins Leben. Es ist ein „Handeln auf den anderen" und ein „Handeln im Namen des anderen". Erklärungsadressat ist der Ausfüllende selbst. Das Ausfüllungsrecht ist Vollmacht, wobei der bevollmächtigte Aussteller gleichzeitig „Selbstkontrahent" ist. Der vom RG. gebrauchte Begriff Ermächtigung ist abzulehnen. Blankozessionen von Hypotheken sind vor der Ausfüllung unwirksam. Dagegen ist die nachträgliche Ausfüllung von Blanketten wirksam. **RG. 58** 169 u. **63** 230 widersprechen sich. Eine Vordatierung ist unwirksam (anders **RG. 58** 169), führt aber im Regelfalle keine Nichtigkeit herbei. Die neuerdings von Riezler vertretene Ansicht, bei gesetzlich gebotener Schriftform sei das Blankett unzulässig, widerspricht dem Sprachgebrauch und der ratio legis und scheitert vor allem an den Bestimmungen des Prozeßrechts. Die mißbräuchliche Ausfüllung ist ein Handeln ohne Vertretungsmacht, aus der verbindlichen Kraft der Unterschrift aber muß der Aussteller die ohne seinen Willen zutage getretene Erklärung gegen sich gelten lassen. Allein infolge der Divergenz zwischen Willen und Erklärung hat er ein Anfechtungsrecht nach Analogie des § 119 BGB. Dies gilt auch bei Skripturobligationen (Wechsel usw.). Der gutgläubige Dritte hat

allerdings meist den Schadensersatzanspruch nach § 122 Abs. 2 BGB. Das Erlöschen des Ausfüllungsrechts bestimmt sich nach den Grundsätzen über das Erlöschen der Vollmacht. Kein Erlöschungsgrund ist der Tod oder der Verlust der Geschäftsfähigkeit auf Seite des Ausstellers oder Ausstellungsberechtigten. Für den geschäftsunfähigen Ausfüllungsberechtigten muß ein gesetzlicher Vertreter ausfüllen. Auch der Konkurs des Ausfüllungsberechtigten ist kein Erlöschungsgrund, der Konkursverwalter ist ausfüllungsberechtigt. Aus der Vollmachtnatur folgt aber die Unzulässigkeit der Ausfüllung während des Konkurses des Ausstellers (gegen **RG. 58** 169, ebenso, aber mit anderer Begründung, **RG. 63** 230), so daß der Blankettbesitzer keine Konkursforderung hat. Bei behaupteter mißbräuchlicher Ausfüllung handelt es sich nicht um einen Gegenbeweis gegen §§ 416 oder 440 ZPO.

II. **RG.** 1. 5. 08, R. **08** 389. Zum Tatbestand einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung gehört immer die auf eine Rechtswirkung gerichtete Absicht des Erklärenden. Fehlt diese Absicht, so liegt ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vor, weder ein wirksames noch ein unwirksames. Wer daher einem anderen ein Darlehen zusagt, mit dem ausdrücklichen Beifügen, daß er es ablehne, sich rechtlich zu binden, die Erfüllung vielmehr vollständig seinem freien Belieben vorbehalten wolle, der gibt eine rechtsgeschäftliche Erklärung überhaupt nicht ab. Eine Willenserklärung mag auch hier vorliegen; der Erklärende kann die feste Absicht haben, die unverbindliche Zusage zu erfüllen, und in dem anderen Teile mag das Vertrauen auf das Wort des Erklärenden die sichere Erwartung der Erfüllung hervorrufen; ein Rechtsverhältnis wird durch eine solche Erklärung nicht begründet und soll durch sie nicht begründet werden. Das gleiche muß auch angenommen werden, wenn der Erklärende zwar nicht ausdrücklich jede Rechtswirkung seiner Erklärung ausschließt, wenn aber der Willensäußerung die Rechtsordnung den etwa bezweckten Rechtserfolg versagt und dies den Beteiligten bekannt ist.

§ 116. 1. **RG.** 6. 3. 08, **68** 126 f., JW. **08** 269 f. Die Wirksamkeit einer Willenserklärung erleidet keine Einbuße durch nicht in die Außenwelt getretene An- und Absichten des Erklärenden, die sich mit der Kundgebung, wie sie vorliegt, in Widerspruch setzen. Auch ein Irrtum über den Inhalt oder die Bedeutung der Erklärung macht diese nicht wirkungslos, sondern unter gewissen Voraussetzungen anfechtbar.

2. **RG.** 22. 9. 08, R. **08** 615. Läßt sich aus dem Inhalt eines Briefes in Verbindung mit den vorangegangenen Schreiben und den sonstigen Umständen folgern, daß der Schreiber des Briefes sich mit dem Angebote der Gegenpartei einverstanden erklärt habe, oder doch mindestens, daß die Gegenpartei den Brief so habe auffassen müssen, so kommt es auf die gegenteilige Meinung des Schreibers des Briefes über dessen Inhalt, die er seinem Bureauvorsteher gegenüber ausgesprochen haben will, nicht an.

3. **RG.** 30. 10. 08, R. **08** 647. Simulation kann nach erfolgreicher Anfechtung nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 117. I. Sicherungskauf (s. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, **3**, **4**, **5** Ziff. 1, **6** Ziff. I 1). 1. Düringer, LeipzZ. **08** 97. Bei Sicherungskäufen ist eigentlich nur die Übereignung zur Sicherung mit oder ohne Gebrauchsüberlassung an den Schuldner ernstlich gemeint, alles andere sind nur Scheinerklärungen. Die Parteien wollen keinen Umsatz der Ware gegen Geld, sie wollen nicht, daß, wie erklärt, die Schuld mit dem Kaufpreis aufgerechnet werde, sondern sie wollen, daß die Schuld fortbesteht, deren Sicherheit nur bezweckt wird. Sie wollen nicht, daß dem Schuldner nur ein Rückkaufsrecht gewährt werde, sondern sie wollen, daß er später seine Schuld bezahle, wozu er nach wie vor verpflichtet bleibt. — Für das durch die Sicherungsübereignung (mag sie abstrakt oder in Form des Kaufvertrags erfolgt sein) geschaffene Rechtsverhältnis ist die dingliche und die obligatorische Seite auseinanderzuhalten oder es ist das Verhältnis zu Dritten und das Verhältnis

zwischen Gläubiger und Schuldner scharf zu trennen. Dem Konstitut muß immer ein konkretes Sachverhältnis zugrunde liegen, das man als Miete, Verwahrung, Geschäftsbesorgung konstruieren kann. Der Schuldner (Verkäufer) darf die ihm zum Gebrauche belassenen Gegenstände nicht in einer Weise benutzen, daß sie wertlos werden und der Sicherungszweck vereitelt wird. Man wird ihn für verpflichtet halten, von dem Untergange der Sachen den Gläubiger und Eigentümer zu benachrichtigen und ihm, falls dies der Sicherungszweck erfordert, Ersatzstücke zu Eigentum zu übertragen. Verwahrlost oder entwertet der Schuldner die ihm belassenen Gegenstände, oder gefährdet sein Vermögensverfall das Eigentumsrecht des Gläubigers, so wird sie der Gläubiger von ihm zurückverlangen können (vgl. **RG.** JW. **06** 160 ff.). — Der Gläubiger (Käufer) wird zwar Eigentümer der gekauften Gegenstände, sie gehören zu seinem Vermögen und fallen in seine Konkursmasse, er hat die Widerspruchsklage gegen dritte Gläubiger des Schuldners, die auf sie greifen wollen. Freier Eigentümer, der mit den gekauften Gegenständen nach Belieben verfahren kann, ist er nur im Verhältnisse zu Dritten, nicht im Verhältnisse zum Schuldner. Er ist es nur in sachenrechtlicher Beziehung, aber er ist obligatorisch gebunden. Dem Schuldner gegenüber darf er die Gegenstände nur zur Sicherung für seine Forderung verwenden. Die lex commissoria ist grundsätzlich zuzulassen (aM. Staub-Könige). Im Verhältnisse zu Dritten veräußert der Gläubiger die übereigneten Gegenstände, aus denen er seine Befriedigung sucht, gültig in jeder Form; im Verhältnisse zum Schuldner muß er sie zur öffentlichen Versteigerung bringen, wenn der Schuldner sich nicht mit einer anderen Art der Verwertung einverstanden erklärt. Läßt der Gläubiger die ihm übereigneten Gegenstände selbst für seine Forderung pfänden, so verzichtet er damit im Verhältnisse zu Dritten auf sein Eigentum. Der Schuldner wird einer solchen Pfändung nicht widersprechen können, sofern sie durch den Sicherungszweck geboten ist und der Gläubiger vor Eintritt der Verkaufsberechtigung durch sie auch nur Sicherung (nicht Befriedigung) erlangt.

2. *Rabel, Ztschr. der Savignystiftung, RömAbt. **28** 351 ff. Über geschichtliche Parallelen und Geschichte der Entwickelung des Sicherungskaufs auf Grund des BGB. vgl. 379. Bei der Ausbildung unseres Rechtssystems, bei der Abstraktheit der dinglichen Einigung und bei dem Wesen der formlosen Verträge war es wissenschaftlich nicht gerechtfertigt, daß man auch bei uns noch einen Sicherungskauf zu gestalten versuchte, wo gleichzeitig und trotzdem die Forderung erhalten bleiben sollte.

3. Über Simulation einer Vollmacht s. eingehend *Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 749 ff.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 5. 6. 08, **69** 44 ff. Es ist zu unterscheiden zwischen einer Scheinveräußerung eines Vermögensgegenstandes und dem Erwerb eines solchen durch eine vorgeschobene Person. Die Scheinveräußerung vollzieht sich lediglich zwischen dem Scheinveräußerer und dem Scheinerwerber und hat keinerlei rechtliche Wirkungen. Wenn dagegen jemand eine Sache oder ein Recht erwerben und dieses nach außen hin, insbesondere seinen Gläubigern gegenüber verheimlichen will und zu diesem Zwecke eine Mittelsperson als Erwerber vorschiebt, so kann die Sache oder das Recht niemals durch ein Scheingeschäft, sondern nur durch ernstliche Rechtsübertragung in das Vermögen des wahren Erwerbers gelangen. Die entstehenden Rechtsbeziehungen sind aber wieder verschieden, je nachdem der Veräußerer die Rolle des vorgeschobenen Strohmanns kennt und damit einverstanden ist oder nicht. Im ersteren Falle kann die Veräußerung an die Mittelspersou zum Scheine geschehen. Neben oder hinter diesem nichtigen Scheingeschäfte muß aber notwendig noch eine ernstgemeinte Veräußerung an den Auftraggeber der Mittelsperson, den wahren Erwerber, vor sich gehen, bei welcher der Mittelsperson sofern sich der wahre Erwerber nicht persönlich am Geschäftsabschlusse beteiligt, die Rolle eines offenen Stellvertreters hat.

2. a) **RG.** 28. 3. 08, R. **08** 325. Der Einwand des Beklagten, die vom Kläger behauptete Zession sei nur zum Scheine erfolgt, kann bedeuten, daß die Abtretung überhaupt nicht ernstlich gemeint gewesen sei und ohne jede Rechtswirkung habe bleiben sollen; sie kann aber auch bedeuten, daß die Vertragsteile wenigstens eine beschränkte Rechtswirkung gewollt haben und daß Kläger, wenn auch nicht Gläubiger der Forderung werden, so doch zu deren Einziehung ermächtigt werden sollte. Ob der Einwand in diesem oder in jenem Sinne zu verstehen ist, ist Tatfrage, auf deren Aufklärung, soweit nötig, gemäß § 139 ZPO. hinzuwirken ist. b) ElsLothJZ. **08** 113 (Colmar). Wenn ein bereits vollzogener Forderungskauf von beiden Vertragsteilen nicht ernstlich gemeint war, sondern ein bloßes Scheingeschäft gewesen ist, so kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß auch die abstrakte dingliche Abtretung nur zum Scheine geschehen ist und deshalb nichtig sei. Vielmehr könnte allenfalls nur angenommen werden, daß die Abtretung fiduziarisch behufs Einziehung der Forderung erfolgt sei. c) **RG.** 24. 9. 07, SächsRpflA. **08** 82, darüber, daß unter Umständen eine Scheinquittung mit ernstlicher Übereignung von Sachen verträglich ist.

3. Abs. 2. **RG.** 13. 10. 08, R. **08** 685. Haben durch einen äußerlich als Mietvertrag über ein Grundstück erscheinenden Vertrag die Vertragsparteien einen zwischen ihnen über das Grundstück mündlich vereinbarten Kaufvertrag verdecken wollen, so ist, auch wenn in dem notariellen Mietvertrage dem angeblichen Mieter an dem Grundstück ein Ankaufsrecht zu einem bestimmten Preise eingeräumt ist, ein rechtsgültiger Kaufvertrag nicht zustande gekommen.

4. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 1 b, jetzt auch SächsRpflA. **08** 83 und OLG. Colmar, JDR. **6** Ziff. II 2 b, jetzt auch ElsLothJZ. **08** 342.

§ 118. PosMSchr **08** 32 (Königsberg). Die Anwendung des § 118 ist ausgeschlossen, wenn der Erklärende als möglich vorausgesehen hat, daß seine Erwartung nicht zutrifft. In einem solchen Falle ist gemäß § 116 Satz 1 die Erklärung trotz des Mangels der Ernstlichkeit gültig.

§§ 119 ff. Gegen die herrschende Lehre, nach welcher die Bevollmächtigung wie jedes andere Rechtsgeschäft wegen Irrtums, Zwanges und Betrugs anfechtbar ist und die zu vielen unerträglichen Schwierigkeiten führt *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 142 ff. und namentlich 712 ff. Willensmängel des Vertretenen bei der Vollmacht können nur zur Anfechtung des Vertragsgeschäfts nach den dafür geltenden Grundsätzen führen und daher nur insoweit berücksichtigt werden, als gerade dieses konkrete Geschäft von ihnen betroffen wird (742). Daher gilt es namentlich keine Anfechtung aus Gründen, die nur die Persönlichkeit des Vertreters betreffen. — Dieser Grundsatz ist entsprechend anzuwenden, wenn der Vertreter bei der Genehmigung vollmachtloser Geschäftsführung in einer für das Vertretungsgeschäft erheblichen Weise irrt oder sich täuschen ließ, oder bedroht wurde. Auch die Art der Anfechtungserklärung und die Wirkung der Anfechtung richten sich nach dem Vertretungsgeschäfte, nicht nach der Vollmacht (744).

§ 119. I. 1. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 491 ff. Das Wesen der Anfechtung besteht in der Verwahrung gegen die Bindung aus der erfolgten, mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmenden Willenserklärung, zu unterscheiden von dem versteckten Willensdissens (496), der einen Vertrag überhaupt nicht zustande kommen läßt, zu unterscheiden von einem durch die mangelhafte Art der Erfüllung erst erheblich gewordenen Irrtume, zu unterscheiden vom Irrtume bei Abgabe einer Wissenserklärung (495). Unter Willenserklärungen, die der Anfechtung unterliegen können, sind die auf Schaffung gewisser Rechtsfolgen gerichteten, in ihrer Wirkung vom Gesetz anerkannten Willensäußerungen zu verstehen. Der Anfechtende muß die Entstehung seiner irrigen Meinung und deren Kausalität für die angefochtene

Willenserklärung durch Offenlegung von Tatsachen dartun (493); ohne Belang ist ein Irrtum im Beweggrunde (Rechnungskalkül, 494), sofern ein solcher nicht zum Inhalte der Willenserklärung gemacht ist (495) oder über die Tragweite einer Erklärung. Gleichgültig ist, ob verschuldeter oder unverschuldeter, tatsächlicher oder Rechtsirrtum in Frage steht. — Die obligatorische Anfechtung wirkt auch dinglich, wenn obligatorischer Vertrag und dingliche Übereignung auf einem und demselben Willensakte beruhen. Die Anfechtungserklärung muß unbedingt sein, ist an den Gebrauch bestimmter Worte, z. B. „anfechten", nicht gebunden, kann mündlich, auch in einem Prozesse durch einen Schriftsatz abgegeben werden. Erklärungen der letzteren Art wirken über den Prozeß hinaus. Die Rechtsgrundsätze über Anfechtung gewähren in ihrer Anwendung auf Kreditgeschäfte dem Vorleistenden, der schon erfüllt hat, die Möglichkeit der Anfechtung mit obligatorischer und dinglicher Wirkung (496).

2. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 48 Note 1. „Inhalt" im Sinne des § 119 ist der mit allen Mitteln der Auslegungskunst zu erforschende, in der Erklärung zum Ausdrucke gebrachte Wille der Parteien; er besteht aus der Gesamtheit der durch die Erklärung gesetzten Tatbestandsmomente des Rechtsgeschäfts (vgl. Landsberg I 181, Düringer-Hachenburg II 53; anders Cosack, Dernburg, Endemann, Breit).

3. **a)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 431 f. Irrtum über die Person des Schuldners, über die pfandrechtliche Sicherheit der Hauptschuld, über das Vorhandensein von Mitbürgen gibt dem Bürgen in der Regel ein Anfechtungsrecht. **b)** *Brecht, IheringsJ. **53** 289 f. Wer eine fremde Sache verspricht in der Meinung, sie sei seine eigene, kann wegen Irrtums anfechten. Denn er hat eine Erklärung des Inhalts, eine fremde Sache zu verschaffen, nicht abgeben wollen, tatsächlich aber abgegeben, da § 433 die Verkaufserklärung so interpretiert. Ähnlich v. Seeler, DJZ. **99** 16.

II. Aus der Praxis. A. Allgemeines und Abs. 1. 1. **a)** **RG.** 30. 6. 08, SächsRpflA. **08** 507. Die schon beim Vertragsabschlusse vorhandene Absicht der Nichterfüllung berechtigt nicht den anderen Vertragsteil zur Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs. **b)** **RG.** 13. 11 07, R. **08** 45. Die eventuelle Anfechtung, für den Fall, daß die von dem Gegner behauptete Willenserklärung abgegeben sein sollte, ist zulässig. **c)** **RG.** 22. 6. 07, ZBlFG. **8** 661. Eine irrige Benennung oder Bezeichnung des beiderseits gewollten Vertragsgegenstandes ist kein die Willenserklärung entkräftender Irrtum. **d)** SeuffBl. **08** 254 (Hamburg) über Anfechtung des Abschlusses einer Lebensversicherung wegen Irrtums über die Höhe der Prämie.

2. **RG. 68** 344. Die Eintragung in die Liste der Genossen, die nach § 15 GenG. die Mitgliedschaft entstehen läßt, kann von dem Eingetragenen, wenn die zugrunde liegende Beitrittserklärung seinem Willen entspricht, gegenüber der Genossenschaft nicht mit der Behauptung angefochten werden, er sei zur Abgabe dieser Erklärung durch eine von der Genossenschaft zu vertretende arglistige Täuschung oder durch Irrtum über die Vermögenslage der Genossenschaft oder dergleichen bestimmt worden (ebenso **RG. 57** 292, vgl. JDR. **3** Ziff. I g zu § 123 und unten zu § 123 Ziff. II 2).

3. Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren (s. JDR. **6** Ziff. X A 6). **a)** OLG. Dresden, ZBlFG. **8** 615, OLG. **17** 355, SächsOLG. **29** 285. Wenn der Bieter bei einer Zwangsversteigerung annimmt, daß sein Gebot sich um den Kapitalbetrag der zu übernehmenden Hypotheken mindere, so ist sein Gebot wegen Irrtums anfechtbar, wenn die zu übernehmenden Hypotheken so bedeutend sind, daß das Gebot unter Hinzurechnung des Kapitalbetrags dieser Rechte den Schätzungswert des Grundstücks wesentlich übersteigt. **b)** OLG. Dresden, SeuffBl. **08** 422, OLG. **17** 355, SächsOLG. **29** 284.

Irrtum im Beweggrunde läßt die Wirksamkeit des bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks abgegebenen Gebots unberührt.

4. **RG.** 30. 6. 08, R. **08** 486. Nichtübereinstimmung des Willens der Vertragschließenden, und nicht ein nach § 119 der unverzüglichen Anfechtung bedürfender Irrtum liegt auch bei beiderseitigen Erklärungen, die denselben Wortlaut haben, dann vor, wenn dieser Wortlaut eine verschiedene Auslegung zuläßt und von den Vertragsteilen in verschiedenem Sinne verstanden worden ist. — Selbst wenn ein in einem Vertrage gebrauchter Ausdruck im Verkehre durchgängig eine bestimmte Bedeutung hat, kann unter besonderen Umständen eine solche abweichende Auffassung und folgeweise ein Mangel der Willensübereinstimmung angenommen werden (vgl. JDR. **6** Ziff. X A 1).

5. Über die Wirkung der Anfechtung auf das dingliche Rechtsgeschäft vgl. JDR. **3** Ziff. I, **6** Ziff. X A 2 und unten Ziff. II 3 zu § 123.

6. Irrtum im Motive (s. JDR. **2** Ziff. IV 1 c, **3** Ziff. III 1 d, **4** Ziff. II b, **5** Ziff. II A 9, **6** Ziff. X A 9). a) R. **08** 189, PosMSchr. **08** 5 (Königsberg). Hat sich der Besteller einer großen Sendung von dem nur nach dem Gesamtgewichte zu berechnenden Gesamtpreise der Ware keine zutreffende Vorstellung gemacht, so liegt ein nicht zur Anfechtung berechtigender Irrtum in der Preiskalkulation vor. b) **RG.** 9. 1. 08, R. **08** 2. Beil. 253. Ein beachtlicher Irrtum im Beweggrunde liegt vor, wenn ein Bürge in der irrigen Annahme, er sei durch ein ihm von dem Schuldner bestelltes Pfandrecht hinreichend gesichert, die Bürgschaft eingegangen ist.

7. Anfechtung prozessualer Erklärungen, (vgl. JDR. **5** Ziff. II A 5, **6** Ziff. X A 4). a) **RG.** 10. 10. 08, JW. **08** 718 f. Die Eidesverweigerung, ist nicht gemäß § 119 anfechtbar, ihre Anfechtbarkeit unterliegt wie die Bestimmung des § 290 ZPO. zeigt, besonderen Regeln. b) OLG. Posen, PosMSchr. **08** 151 hält die Anfechtung einer Rechtsmittelzurücknahme nach § 119 für zulässig. Dagegen nimmt R. **08** 710 (Frankfurt) an, daß die Anfechtung ausgeschlossen sei, weil das prozessuale Recht als ein in sich abgeschlossenes selbständiges Rechtsgebiet grundsätzlich keine Unterstellung unter bürgerlich-rechtliche Normen dulden. — Landsberg, PosMSchr. **08** 151, pflichtet der Ansicht des OLG. Frankfurt und ihrer Begründung bei. c) **RG.** 7. 1. 08, R. **08** 2. Beil. 117. Hat ein Prozeßbevollmächtigter sich über den Inhalt einer von ihm namens seines Mandanten bewußt abgegebenen Erklärung in einem Irrtume nicht befunden, so ist die Erklärung nicht deshalb anfechtbar, weil der Prozeßbevollmächtigte sich über die wahre Willensmeinung seines Mandanten bei Abgabe der Erklärung geirrt hat.

8. **RG.** R. **08** 515. Ein Vergleich kann nicht wegen Irrtums oder Betrugs mit der Begründung angefochten werden, daß der andere Teil die übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt habe.

B. Abs. 2. 1. Eigenschaften der Sache. a) R. **08** 45 (Frankfurt a. M.). Der Irrtum über das Bestehen eines Pfandrechts ist als ein Irrtum über eine im Verkehr als wesentlich anzusehende Eigenschaft der Sache zu erachten. b) **RG.** 10. 1. 08, R. **08** 117. Das Eigentum einer Sache ist keine Eigenschaft derselben; wer sich über sein Eigentum beim Abschluß eines Kaufvertrags geirrt hat, kann sich daher nicht auf § 119 Abs. 2 berufen. c) **RG.** R. **08** 158. Der Irrtum des Mieters über das Maß der in den Mieträumen (Werkstätte) zur Verfügung stehenden elektrischen Kraft betrifft eine Sache, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer im Verkehr als wesentlich angesehen wird. d) ElsLothJZ. **08** 526 (Colmar). Unkenntnis des Stockwerkseigentums ist kein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft des damit belasteten Hauses. Das Stockwerkseigentum stellt dem Käufer gegenüber, der das ganze Haus zu kaufen beabsichtigt, einen Mangel im Rechte dar.

2. Eigenschaften der Person. **RG.** R. **08** 581, DJZ. **08** 1341. Hat der Gründer eines Sanatoriums bei Anstellung eines Anstaltsleiters dessen vom sitt-

lichen Standpunkte verwerfliches Vorleben nicht gekannt, so ist er nach erlangter Kenntnis zur Anfechtung des Anstellungsvertrags berechtigt, auch wenn jenes Vorleben in weiteren Kreisen nicht bekannt geworden und soweit es im Publikum, namentlich in Ärztekreisen, bekannt geworden, nicht viel besprochen worden ist.

3. **RG.** JDR. **6** Ziff. X B 1 a, jetzt auch SeuffA. **63** 305.

RG. JDR. **6** Ziff. X B 3, jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 923 ff.

§ 120. 1. *Falkmann, Rechtsstellung des Boten 29 ff. Eine mündlich abgegebene Erklärung ist vollendet, wenn sie der Adressat vernimmt; eine durch Boten mündlich überbrachte Erklärung ist vollendet, wenn der Bote dem Adressaten die Botschaft ausrichtet. — Tatsächliches Vernehmen seitens des Gegners, nicht Zugehen ist Erfordernis der Wirksamkeit einer durch Boten mündlich überbrachten Erklärung.

2. *Voswinkel, ABürgR. **32** 386 ff. Wird eine Willenserklärung, die verkehrsüblich an den Empfangsboten abgegeben werden durfte, von diesem unrichtig dem Empfänger übermittelt, so ist sie dem letzteren gegenüber in der richtigen Form wirksam. — Durfte dagegen die Erklärung verkehrsüblich nicht oder nicht in der geschehenen Weise an den Empfangsboten abgegeben werden, so bedient sich der Erklärende, der trotzdem die Willenserklärung der Mittelsperson anvertraut, ihrer als seines Boten; er muß infolgedessen nach § 120 anfechten und dem Empfänger gemäß § 122 den Vertrauensschaden ersetzen, wenn die Erklärung dem Empfänger unrichtig übermittelt wird.

3. *Rosenberg, Stellvertretung 293 ff. redet der Ausdehnung des § 120 auf Stellvertreter das Wort, insoweit der Inhalt des von dem Vertreter abgeschlossenen Geschäfts nicht in ihm, sondern in dem Vollmachtgeber seinen geistigen Urheber hat. — Wenn der Bote oder der Vertreter das Geschäft, das ihm oblag, nach Art und Inhalt dem Typus des aufgetragenen Geschäfts entsprechend ausgeführt haben, greift die Irrtumsanfechtung des § 120 Platz; die Haftung des Vertreters nach § 179 und die Unverbindlichkeit des Vertretenen nach § 164 ist aber anzuerkennen, sofern das von dem „Boten" oder dem „Stellvertreter" abgeschlossene Geschäft in keinem seiner Bestandteile von der Vollmacht gedeckt ist.

§ 121. 1. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 492. Ob Unverzüglichkeit der Anfechtung anzunehmen ist, ist Tat- und Rechtsfrage (vgl. jedoch **RG.** JDR. **4** Ziff. II 1). Der Anfechtungsberechtigte darf das Interesse seines Anfechtungsgegners durch Hinausschieben der Anfechtungserklärung nicht verletzen. Doch trifft den Anfechtungsgegner die Beweislast über Verspätung der Erklärung.

2. Aus der Praxis. a) **RG.** R. **08** 223. Ist erst im Verlaufe des Rechtsstreits durch die Beweisaufnahme der Irrtum einer Prozeßpartei zutage getreten, so ist die Anfechtung noch dann unverzüglich erfolgt, wenn sie in dem bei der Beweisanordnung bereits anberaumten — 5 Wochen nach der Beweiserhebung liegenden — weiteren Verhandlungstermin erklärt wird, sofern es für die Interessen der Gegenseite unerheblich ist, ob die Anfechtung kurz nach dem Beweisaufnahmetermin oder erst in dem weiteren Verhandlungstermin erfolgte. b) **RG.** R. **08** 253. Ob ein schuldhaftes Zögern anzunehmen ist, ist nicht nur nach den allgemeinen Verkehrsverhältnissen, sondern auch nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, wobei insbesondere das größere oder geringere Interesse des Anfechtungsgegners an schleuniger Benachrichtigung in Betracht kommt.

§ 122. 1. *Rabel, Über die Grenzen des Vertrauensschadens aaO. 319 ff. Einen Anspruch auf das Vertrauensinteresse in allen Fällen, wo eine Erklärung nichtig ist, wie Kuhlenbeck will, kennt das BGB. nicht; er ginge auch viel zu weit. Erlaubt ist aber die umsichtige Analogiebildung zu den im Gesetz für erheblich erklärten Einzeltatbeständen; so z. B. die Anwendung zugunsten des mit der condictio indebiti beklagten Pseudo-Gläubigers, allerdings nur, wenn der Schuldner in fahr-

lässigem Irrtume zahlte. 323—328: Der Anspruch auf das Vertrauensinteresse ist seiner Natur nach mit dem vertragsmäßigen verwandt; er ist das schwächere Surrogat des Rechtes auf Erfüllung. Folglich sind, da uns nun einmal die mangelhafte Systematik des Gesetzes zwingt, zwischen den Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung und eines Delikts zu wählen, auf den Anspruch die Grundsätze des betreffenden Vertrags anzuwenden.

2. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 496. Dem Anfechtungsberechtigten steht gegen den Anfechtungsgegner zur Wiedererlangung des Hingegebenen nur der Bereicherungsanspruch aus § 812 zu.

§ 123. I. 1. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 525 ff. Die Anfechtung wegen Arglist setzt nicht eine eingetretene Vermögensschädigung, setzt nicht auf seiten des Anfechtungsgegners den Willen (wohl aber das Bewußtsein) zu schädigen voraus. Sie verlangt unzulässige, für den Berechtigten kausale (527) Beeinflussung des Willens durch arglistige Handlungsweise. Das Anfechtungsrecht wird durch Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes ebensowenig beseitigt, als dadurch, daß der Vertragsgegenstand dem Anfechtungsberechtigten durch Vollstreckung entzogen wurde (526). Das arglistige Handeln kann auch im Verschweigen von Tatsachen bestehen, deren Offenlegung nach der Verkehrsauffassung der andere Teil erwarten darf (527). Auch der auf solche Weise vom Anfechtungsgegner beim Anfechtungsberechtigten hervorgerufene Irrtum im Beweggrunde genügt zur Anfechtung aus § 123 (495). Die Anfechtung gemäß § 123 begreift auch die aus § 119 in sich (496). — Von mehreren aus einem Vertrag Anfechtungsberechtigten kann jeder gegen einen oder alle Anfechtungsgegner das Anfechtungsrecht ausüben. Geschieht dies auch nur gegen einen der mehreren Anfechtungsgegner, so haften doch alle als Gesamtschuldner, auch für die Bereicherung, dem Berechtigten (526). — Die arglistige Verleitung zum Vertragsschlusse berechtigt nicht nur zur Anfechtung nach § 123, sondern auch zum Schadensersatzanspruche nach § 826 BGB. Die Geltendmachung des letzteren ist an die Beobachtung der einjährigen Frist des § 124 nicht gebunden, wird auch nicht durch das Verlangen der Erfüllung seitens des Anfechtungsberechtigten beseitigt (527). Es muß sich jedoch der Geschädigte den Einwand gefallen lassen, daß die Schädigung durch seine eigene Arglist mitverursacht wurde (529). — Die Anfechtung wegen Bedrohung ist gegeben, wenn der freie Wille durch ein von dem Drohenden, der nicht der Vertragsgegner sein muß, abhängiges Übel, das von letzterem erst noch in Bewegung zu setzen ist, beeinflußt wird.

2. Abs. 2. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 723, 732 f. Konnte die Erklärung mehreren gegenüber abgegeben werden, so kommt es für das Kennen und Kennenmüssen nur auf die Person des tatsächlichen Erklärungsempfängers an.

II. Aus der Praxis. 1. Arglistige Täuschung. a) **RG.** 29. 5. 08, **69** 13 ff., JW. **08** 476. Wenn auch im allgemeinen eine Pflicht des Käufers, den auf Kredit verkaufenden Vertragsgenossen über den Grad seiner Kreditwürdigkeit aufzuklären, nicht besteht, es vielmehr nach der allgemeinen Verkehrssitte dem Verkäufer überlassen bleibt, sich anderweit Aufklärung zu verschaffen, so ist ein betrügerisches Verhalten des Käufers doch dann anzunehmen, wenn er beim Vertragsabschlusse schon seit längerer Zeit völlig überschuldet und zahlungsunfähig ist und er weiß, daß er die Mittel zur Bezahlung der Ware nur durch neue Schiebungen würde erlangen können, er mit Rücksicht auf seine Überschuldung aber keine irgendwie begründete Aussicht hat, daß die Schiebungen noch andauern konnten und wenn er weiter bei Abschluß des Kaufes gar nicht die Absicht hatte, die Ware im regelmäßigen, ordentlichen Geschäftsbetriebe weiter zu vertreiben, er vielmehr nur gekauft hat, um die Ware möglichst rasch zu Geld zu machen und so die Mittel zur Bezahlung fälliger Wechsel zu gewinnen. b) **RG.** R. **08** 293. Dem Verkäufer eines Hauses, der für den größten Teil des Kaufpreises eine Hypothek erhält, darf nicht verschwiegen

werden, daß eine Zinszahlung seitens der Hypothekenschuldner nicht zu erwarten war, vielmehr die alsbaldige Zwangsversteigerung in sicherer Aussicht stand und der Ausfall der Hypothek jedenfalls zum Teil befürchtet werden mußte. c) **RG.** R. **08** 224. Eine arglistige Täuschung liegt auch dann vor, wenn jemand den ihm unwesentlich erscheinenden Teil eines Sachverhalts verschweigt, obschon er sich bewußt ist, daß möglicherweise die Kenntnis dieses Teiles des Sachverhalts für die Entschließung des anderen Teiles, ob er den Vertrag eingehen solle, von Bedeutung ist. d) **RG.** R. **08** 224. Hat ein Versicherter die ihm vor Abschluß des Versicherungsvertrags gestellten Fragen unrichtig beantwortet, so genügt, wenn die Versicherungsgesellschaft den Versicherungsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten will, nicht der Hinweis auf die Verantwortlichkeit des Versicherten für die richtige Beantwortung und auf seine aus Treu und Glauben sich ergebenden Pflichten; es muß vielmehr geprüft werden, ob der Versicherte sich der vorsätzlichen Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums schuldig gemacht hat. e) **RG.** R. **08** 45. Eine arglistige Täuschung kann in der Weise erfolgen, daß jemand einer Auskunftei über seine Vermögensverhältnisse eine wahrheitswidrige Auskunft erteilt, in der Erwartung, daß diese Auskunft seinen Vertragsgenossen weitergegeben wird. f) **RG.** R. **08** 461. Für die Annahme einer arglistigen Täuschung ist es unerheblich, daß die wahrheitswidrige Äußerung nur gesprächsweise und nicht im Sinne und in der Form einer rechtsgeschäftlichen Zusicherung getan ist. Ebenso ist es gleichgültig, ob dem Getäuschten gleichzeitig erklärt wird, es stehe ihm frei, auf den Vertrag einzugehen. g) **RG.** R. **08** 647. Der Nachweis objektiver Unwahrheit der Angaben des Verkäufers über seine angeblichen Handlungen und Erlebnisse hinsichtlich des Kaufgegenstandes genügt an sich zum Nachweis arglistiger Täuschung noch nicht. h) **RG.** 6. 5. 08, Holdheims MSchr. **08** 239. Der geheime Vorbehalt eines Vertragsteils, beim Vertragsabschlusse die übernommenen Pflichten nicht zu erfüllen, genügt der Regel nach nicht zur Anfechtung des Vertrags wegen Betrugs (wie **RG. 48** 282, JDR. **1** Ziff. 5). i) **RG.** R. **08** 293. Grundsätzlich ist der Einwand, daß das Vorlesen oder Selbstlesen der unterzeichneten Urkunde versäumt worden sei und darum ihr Inhalt den Unterzeichner nicht binde, nicht zuzulassen; nur unter ganz besonderen Umständen, insbesondere wenn der Tatbestand einer arglistigen Täuschung geltend gemacht ist, ist Berufung hierauf zulässig.

2. **RG.** 1. 5. 08, **68** 309 ff. Die Beitrittserklärung zu der Gründung oder Kapitalserhöhung einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Personengemeinschaft hat nicht ausschließlich innere Bedeutung unter den Mitgliedern der Gesellschaft, sondern ist auch dazu bestimmt, einer unbegrenzten Anzahl Dritter das Vorhandensein des erklärten Verhältnisses kundzugeben und auf deren Entschließung einzuwirken. Wegen dieser das allgemeine Interesse berührenden Bedeutung ist auf solche Beitrittserklärungen, wenn sie an sich dem Willen des Erklärenden entsprechen, die Anwendung der bloß im internen Rechtsverkehre geltenden, aber mit dem Wesen jener Gesellschaften unvereinbaren Anfechtungsgründe des BGB. ausgeschlossen, so daß der durch arglistige Täuschung zur Beitrittserklärung bestimmte Gesellschafter sich nur an diejenigen halten kann, welche ihn durch betrügerische Angaben hierzu veranlaßt haben (vgl. **RG.** JDR. **3** Ziff. I g und oben Ziff. II A 2 zu § 119). Anders aber liegt der Fall, wenn es sich bloß um Anfechtung eines mit einer GmbH. über einen voll eingezahlten Geschäftsanteil abgeschlossenen Kaufes und der hierauf beruhenden Gesellschaftsbeteiligung handelt. Eine ausdrückliche Bestimmung, welche abweichend von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein solches Kaufgeschäft der Anfechtbarkeit entzieht, enthält das GmbHG. nicht, und es ist dies auch nicht aus den sonstigen Vorschriften dieses Gesetzes zu folgern.

3. Einfluß der Nichtigkeit auf das dingliche Erfüllungsgeschäft. a) **RG.** 29. 5. 08, JW. **08** 476. Allerdings hat die aus arglistiger Täu-

schung sich ergebende Nichtigkeit eines obligatorischen Rechtsgeschäfts grundsätzlich noch nicht die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zur Folge. Hat aber der Käufer durch die arglistige Täuschung des Verkäufers nicht nur den Abschluß des obligatorischen Kaufgeschäfts, sondern vor allem die Erlangung der Ware im Auge gehabt und ist auch der Verkäufer durch die arglistige Täuschung nicht nur zum Abschlusse des Kaufvertrags, sondern auch zur Lieferung der Ware bestimmt worden, so ist auch dieses dingliche Erfüllungsgeschäft anfechtbar. **b)** HansGZ. **08** Beibl. 46 (Hamburg). Ist ein Kaufvertrag zu Recht wegen Betrugs angefochten worden, so wird die dingliche Wirkung der erfolgten Eigentumsübertragung davon nicht berührt. Wenn auch zum Abschlusse des Kaufvertrags der Betrug bestimmend war, so ist die Eigentumsübertragung doch deshalb vorgenommen worden, weil der Kaufvertrag für gültig gehalten wurde und erfüllt werden sollte.

4. **a) RG.** R. **08** 685. Ein Betrug wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Getäuschte die Unrichtigkeit der ihm gemachten Angaben für möglich hielt oder daß er hinsichtlich der Richtigkeit dieser Angaben Zweifel hatte. **b) RG.** R. **08** 615. Hat der Verkäufer einer Gastwirtschaft bewußt unwahr den Bierumsatz auf 500 hl jährlich angegeben, obwohl er nur 150 hl betrug, so ist die Anwendung des § 123 nicht ausgeschlossen, wenn der Käufer noch vor dem Vertragsabschluß infolge einer Mitteilung des Brauereidirektors über den Bierumsatz der letzten 3 Monate die Täuschung hätte erkennen können oder müssen.

5. **a) RG.** JW. **08** 234, BayRpflZ. **08** 166. Die Anfechtung wegen Betrugs schließt die Anfechtung wegen Irrtums in sich, so daß das Vorhandensein einer Anfechtung wegen Irrtums nicht schon dann verneint werden kann, wenn bei Anfechtung eines Vertrags wegen Betrugs nicht ausdrücklich auch der Irrtum als Anfechtungsgrund angegeben oder der § 119 in Bezug genommen ist. **b) RG.** JW. **08** 710. Liegt die Fehlerhaftigkeit eines Rechtsgeschäfts ausschließlich in der unzulässigen Willensbeeinflussung durch Drohung, so wird § 123 und nicht § 138 anzuwenden sein, auch wenn die Willensbeeinflussung unsittlich war. Enthält dagegen das Geschäft nach Inhalt und Zweck auch noch objektive Momente, die mit den guten Sitten unvereinbar sind, so greift § 138 Abs. 1 Platz, auch wenn es durch widerrechtliche Drohung zustande kam. — Vgl. hierzu Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 735.

6. SeuffA. **63** 449 (Kassel). Hat der Agent einer Versicherungsgesellschaft durch arglistige Täuschung über den Inhalt der Versicherungsbedingungen einen anderen zum Abschluß eines Versicherungsvertrags bestimmt, so kann der Versicherte den Vertrag auf Grund des § 123 anfechten, auch wenn er bei Unterschrift des Versicherungsantrags in diesem erklärt hat, daß er sich den ihm ausgehändigten Versicherungsbedingungen ,unterwerfe (vgl. im übrigen bereits **RG.** JW. **04** 232, JDR. **3** Ziff. II).

7. Über indirekte Drohung mittels einer Strafanzeige KGBl. **08** 38 (KG.).

§ 124. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 527. § 124 enthält eine Spezialvorschrift. Deshalb ist nach Ablauf der Frist nur das Anfechtungsrecht, nicht aber das Recht auf Schadensersatz gemäß § 826 BGB. ausgeschlossen. Die einjährige Anfechtungsfrist beginnt nicht mit der Kenntnis des Getäuschten von der objektiven Unrichtigkeit der Erklärung, sondern erst mit der Kenntnis von deren Charakter als einer arglistigen (528). Vgl. auch **RG.** JDR. **6** Ziff. I 2.

§ 125. I. 1. *Zeiler, GruchotsBeitr. **52** 224 ff. Bloße falsa demonstratio kann vorliegen, mag in der Urkunde ein Bestandteil der Willenserklärung unrichtig, ungenau, unvollständig angegeben oder auch weggeblieben sein. Das gilt gleicherweise für die unrichtige oder unvollständige Bezeichnung des Gegenstandes der Willenserklärung (Vertragsgegenstandes, Gegenleistung) wie für andere einen Bestandteil der Willenserklärung (des Vertrags) bildende sog. „Nebenbestimmungen"

oder „Nebenabreden" irgendwelcher Art. — Der Inhalt der Willenserklärung ist durch Auslegung zu ermitteln, und hierzu sind (auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften) alle Auslegungsbehelfe, auch außerhalb der Urkunde, verwertbar. Der auf diese Weise ermittelte Gesamtinhalt der Willenserklärung gilt, mag auch der Wortlaut der Urkunde anderes ergeben oder die Urkunde in dieser Beziehung eine Lücke enthalten, sofern nur die Beteiligten mit der förmlich abgegebenen Erklärung ihren rechtsgeschäftlichen Willen und nicht etwas anderes zu erklären beabsichtigten oder vermeinten. — Darüber, auf welche Weise hat eine Partei, die sich durch die dem wahren Vertragswillen nicht entsprechende Wortfassung einer Vertragsurkunde beeinträchtigt fühlt, Abhilfe zu suchen hat, vgl. 265.

2. *Reichel, ACivPr. **104** 133—141 verneint die Frage, ob die Parteien auf die Beachtung der Formrichtigkeit des der Klage zugrunde liegenden Geschäfts in Prozessen wirksam verzichten können.

3. *Schreiber, DNotV. **08** 717 ff. Formvorschriften sind im Zweifel milde auszulegen, ebensowohl wenn es sich handelt a) um die Frage, auf welchen Kreis von Rechtsgeschäften die Formvorschrift sich erstreckt, b) um die Frage, ob die Form als Bedingung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts oder nur des Beweises wegen vorgeschrieben ist, wie schließlich c) um die Frage, was im einzelnen zur Wahrung der Form erforderlich ist (gegen **RG. 51** 169, **64** 408, **67** 269 u. a.).

4. Satz 2. *Reichel, ACivPr. **104** 19. Der auf Rechtsgeschäft beruhende Formmangel kann durch contrarius consensus beseitigt werden. Ein solcher kann auch in der Bewirkung und Annahme der Leistung und der Art und Weise, wie diese erfolgen, betätigt werden (vgl. auch unten zu § 154 Ziff. I).

5. Eingehende Erörterungen „zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte" gibt *Reichel, ACivPr. **104** 1—150 (I. Abschnitt: condictio indebiti, II. Abschnitt: Arglist bei Abschluß formnichtiger Geschäfte 40 ff., III. Abschnitt: zu § 566 BGB. 62 ff., IV. Abschnitt: Prozessuale Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte 70 ff.).

II. 1. **RG.** 22. 5. 08, R. **08** 422, JW. **08** 442. Ist in einer Landgemeindeordnung (vgl. § 88 Abs. 4 Ziff. 7 LandgemO. für die östlichen Provinzen Preußens vom 3. Juli 1891) bestimmt, daß auch da, wo das bürgerliche Recht den mündlichen Abschluß eines Vertrags gestattet, die die Übernahme einer Verbindlichkeit in sich schließende Erklärung des Gemeindevorstandes der schriftlichen Form bedarf, so liegt darin lediglich eine materielle Regelung der Vertretungsmacht der Gemeindeorgane. Es genügt daher ebenso wie in den Fällen, in denen sich das bürgerliche Recht mit der Erteilung der schriftlichen Erklärung nur von der einen Seite der Vertragschließenden begnügt (§§ 761, 766, 780, 781, 1154 BGB.), wenn nur die Erklärung der Gemeindeorgane beurkundet ist; nicht ist erforderlich, daß auch die Erklärung des anderen Teiles schriftlich abgegeben wird.

2. **RG.** JDR. **6** Ziff. 1, jetzt auch SeuffA. **63** 349.

§ 126. 1. a) **RG. 67** 204 ff., R. **08** 78, JW. **08** 103 ff. Durch einen unterschriebenen Brief wird das gesetzliche Erfordernis der Schriftform für eine einseitige Willenserklärung erfüllt, wenn sich der für das Rechtsgeschäft wesentliche Inhalt vollständig und unmittelbar aus dem Briefe ergibt (**RG. 57** 258 ff., JDR. **3** Ziff. 4 c). Es genügt hierfür aber, wenn sich für das, was in dem Briefe — wiewohl nur unvollkommen — enthalten ist, durch Auslegung eine nähere Bestimmung soweit gewinnen läßt, daß sich alsdann alle wesentlichen Bestandteile der Erklärung in ihm niedergelegt finden (**RG.** JW. **05** 336). b) **RG.** 3. 1. 08, R. **08** 117. Ist ein Vertragsentwurf von einem Teile unterschrieben und darin für die Genehmigung des anderen Teiles (welcher bei den Verhandlungen durch einen Dritten vertreten war) eine Frist bestimmt, so muß bei gesetzlich notwendiger Schriftform gemäß §§ 130,

148 BGB. die Unterschrift des anderen Teiles dem Gegner innerhalb der Frist zugehen. Die mündliche Mitteilung der Genehmigung ist rechtlich bedeutungslos. **c)** SächsOLG. **29** 353 (Dresden). Die Unterschrift unter einer von mehreren Personen vollzogenen Urkunde ist nicht deshalb unwirksam, weil sie durch einen zu einer früheren Unterschrift gehörenden Beglaubigungsvermerk von dem Texte der Urkunde getrennt ist.

2. **RG.** R. **08** 293. Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die in einem durch die Prozeßgesetze geregelten Verfahren in den für dieses bestimmten Formen abgegeben werden, sind regelmäßig auch dann rechtswirksam, wenn es für sie, sofern sie außerhalb jenes Verfahrens abgegeben würden, einer anderen Form (Schriftform, gerichtlicher oder notarieller Beurkundung) bedürfte. Dies gilt auch für Erklärungen eines an dem Verfahren zunächst nicht beteiligten Dritten, wenn sie in diesem Verfahren erfolgen und mit ihm dergestalt zusammenhängen, daß sie einen zu dem Verfahren gehörenden Akt darstellen, z. B. für die in einem Zwangsversteigerungsverfahren zur Erfüllung der dem Bieter obliegenden Sicherheitsleistung von einem Dritten abgegebene Bürgschaftserklärung.

§ 127. **RG.** R. **08** 325 läßt es unerörtert, ob auch für das BGB. (ebenso wie nach PrALR.) im Hinblick auf den Unterschied, der in den §§ 126 Abs. 1 u. 2, 127 Satz 2 zwischen einem Vertragsschluß in gesetzlich vorgeschriebener und einem solchen in vereinbarter Schriftform gemacht wird, angenommen werden muß, daß bei Vertragsschluß durch Briefwechsel für die gewillkürte Schriftform Namensunterschrift nicht erforderlich ist, sondern die Bezeichnung des Briefschreibers durch Angabe der zwischen ihm und dem Empfänger bestehenden Familienbeziehung genügt (vgl. Planck, BGB. Bem. 2 zu § 127, Rehbein, BGB. I 157 ff. v. Staudinger, BGB. Bem. 2 b zu § 127 und JDR. **2** u. **5** Ziff. 2 zu § 126).

§ 128. 1. **RG.** 2. 7. 08, **69** 130 ff., RheinNotZ. **08** 212 ff., JW. **08** 520 f., RheinA. **105** II 251 ff., DJZ. **08** 1034. Es ist nicht unzulässig, daß Antrag und Annahme in demselben Protokolle beurkundet werden, auch wenn die beiden Erklärungen nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder Notar abgegeben werden. Es ist daher, wenn die Erklärungen des Antrags und der Annahme nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien abgegeben werden, nicht erforderlich, daß das Protokoll über die Erklärung des Antrags vollständig abgeschlossen, insbesondere vom Notar bereits unterzeichnet ist, ehe die Erklärung über die Antragsannahme beurkundet wird.

2. OLG. Düsseldorf, JDR. **6**, jetzt auch RheinA. **105** I 61 ff.

§§ 130 ff. **RG.** JDR. **6**, jetzt auch SeuffA. **63** 202 ff.

§ 130. I. 1. a) *H. Müller, Die Verträge der Post 104 ff. (insbes. 117 f.). Bei gewöhnlicher Abholung von Postsendungen nach § 48 PostG. gehen Willenserklärungen, die in gewöhnlichen Briefsendungen (§ 1 PostO.). oder auf Postanweisungs- oder Paketadreßabschnitten enthalten sind, mit dem Augenblicke der Abholung dieser Gegenstände zu, Erklärungen in Wert- oder Einschreibebriefen nicht schon mit der Aushändigung des Ablieferungsscheins, sondern erst jener Briefe selbst. Hat der Empfänger ein Postschließfach gemietet, so gehen Erklärungen in gewöhnlichen Briefsendungen, auf Postanweisungen oder Paketadressen mit deren Einlegung in das Schließfach zu, in Wert- und Einschreibebriefen erst mit deren Abholung. **b)** *H. Müller 104/5, 120. Erklärungen auf Postanweisungen und Paketadressen, die im gewöhnlichen Abholungsverfahren ausgehändigt oder im Postschließfachverfahren in das Fach eingelegt sind, sind zugegangen, auch wenn die zugehörige Sendung vor ihrer Aushändigung vom Absender nach § 33 PostO. zurückgezogen wird und daher auch Paketadresse bzw. Postanweisung samt Abschnitt der Post zurückzugeben sind. Dasselbe gilt von Erklärungen in gewöhnlichen Brief-

sendungen, die in das Schließfach eingelegt sind und etwa, wenn auch postordnungswidrig, dem Absender zurückgegeben werden (vgl. auch zu § 42 PostO.).

2. Heuer, DJZ. 08 1278. Beim Bestehen von Vertragsbeziehungen zwischen Absender und Empfänger von Postsendungen, auf Grund deren zwischen den Vertragsparteien in zulässiger Weise briefliche Mitteilungen gewechselt zu werden pflegen, muß gemäß § 157 als stillschweigend vereinbart gelten, daß auch der Empfänger ordnungsmäßig und in Übereinstimmung mit der Verkehrssitte an ihn abgesandter brieflicher, den Vertrag betreffender Mitteilungen die Behandlung solcher Sendungen nach den Bestimmungen der PostO. gegen sich gelten lassen muß, obgleich diese an sich für ihn nicht ohne weiteres maßgebend sind. Wenn ein eingeschriebener Brief einem erwachsenen Familiengliede zur Annahme vorgelegt wird, so hat der Empfänger die Möglichkeit, unter normalen Verhältnissen von dessen Inhalt Kenntnis zu erlangen, was für den Begriff des „Zugehens" genügt. Weigert das erwachsene Familienglied die Annahme, was dieses namens des Empfängers zu tun kraft der maßgebenden Bestimmungen der PostO. bevollmächtigt ist, so muß der Empfänger diese Handlung seines Bevollmächtigten vertreten und kann sich auf sie nicht berufen, um das Zugehen als unwirksam geworden zu bezeichnen. — Ähnlich LG. Hamburg, KfmG. **4** 39.

3. *Sokolowski, Willenserklärung mittels Fernsprechers 17 ff. An Stelle der irreführenden Einteilung der Willenserklärungen in solche unter „Abwesenden" und unter „Anwesenden" muß die in schriftliche und mündliche, oder besser „bleibende" und „vorübergehende" Willenserklärungen treten. Dabei ist entscheidend, ob das gewählte Erklärungsmittel dem Adressaten eine dauernde oder nur vorübergehende Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt. Bezüglich der Wirksamkeit bleibender Erklärungen gilt die Empfangstheorie (§ 130), für vorübergehende die Vernehmungstheorie, und zwar in ihrer reinen Form, d. h. auch bei absichtlicher Verhinderung der Abgabe oder Wahrnehmung der Erklärung durch den Empfänger werden diese nicht fingiert (vgl. unten zu § 162).

4. *Könige, LeipzZ. **08** 419. Die Vereinbarung, daß eine bestimmte Frist nicht vom Zugehen, sondern von Absendung der Erklärung einer Partei, d. h. vom Augenblicke der Aufgabe zur Post laufen soll, kann unter Umständen den Interessen beider Parteien entsprechen. Namentlich wird dies im Gegensatze zur Annahme des Aufsichtsamts bei Berechnung des Beginns der Nachfrist zur Prämienzahlung einer Lebensversicherung zutreffen. Für die Ankunft oder die rechtzeitige Ankunft einer Postsendung spricht im Gegensatze zur Annahme des APrivVers. keine Vermutung.

5. Winkler, JW. **08** 705. Eine Willenserklärung, die gegenüber mehreren Mitgliedern eines gemeinschaftlichen Haushalts, sowie Personen, welche ein gemeinsames Geschäftslokal halten, abzugeben ist, kann mittels einer gemeinschaftlichen schriftlichen Mitteilung bewirkt werden. — Die Willenserklärung geht sämtlichen Beteiligten in dem Zeitpunkte zu, wo sie einem der Adressaten oder einem erwachsenen Familienmitgliede, bzw. bei Inhabern eines gemeinsamen Geschäftslokals einem Gehilfen, postordnungsmäßig bestellt wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Abnahme des Briefes erfolgt oder verweigert wird.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** R. **08** 158. Wenn ein Vertragsschluß (Erbauseinandersetzung) durch Vermittelung des Gerichts zustande kommt und das Gericht von den Abwesenden die Erklärungen einzieht, so kann nach dem Willen der Kontrahenten das Gericht für die Empfangnahme der Erklärungen als Vertreter sämtlicher Kontrahenten aufgefaßt werden, so daß mit dem Eingange der Erklärungen bei Gericht auch den Vertragsgenossen Mitteilung gemacht ist.

2. **RG. 68** 407 ff., R. **08** 422, JW. **08** 442. Ist für eine Erklärung — Verpflichtung einer Gemeinde durch ihren Vertreter — schriftliche Form vorgeschrieben, so reicht es nicht aus, daß die Erklärung in schriftlicher Form hergestellt ist. Sie muß vielmehr

dem anderen Teile gegenüber in einer Weise erfolgt sein, daß diesem die Verfügung darüber eingeräumt wird (vgl. **RG. 61** 414; GruchotsBeitr. **51** 181). Eine rechtswirksame Erklärung des Verpflichtungswillens der Gemeinde liegt daher nicht vor, wenn diese einen von ihr gehörig unterschriebenen und untersiegelten Vertrag lediglich der Aufsichtsbehörde zur Prüfung und Genehmigung übersandt, sich also nicht endgültig der Verpflichtungsurkunde zugunsten des anderen Vertragsteils, sondern nur mit dem Vorbehalte entschlagen hat, daß die Aufsichtsbehörde den Vertrag gutheiße, diese aber den Vertrag nicht genehmigt und die Urkunde zurückbehält.

§ 133. 1. a) **RG.** 19. 3. 08, JW. **08** 301. Als Willenserklärung sind zu berücksichtigen nicht bloß die Worte, die gewechselt werden, sondern das ganze Verhalten der Beteiligten. Aus dem, was die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben, muß unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie handelten, entnommen werden, was sie gewollt haben. Häufig sind die Erklärungen unvollständig, erstrecken sich insbesondere nicht auf Einzelheiten. Zur Ermittelung des Willens kann es genügen, wenn die leitenden Gesichtspunkte feststehen. Soweit nicht ein anderer Wille kundgegeben ist, darf angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten so geregelt wissen wollten, wie es der allgemeinen Anschauung zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht. Der Richter hat nicht die Aufgabe, den nicht geäußerten Willen der Beteiligten zu ergründen. b) **RG.** 6. 3. 08, **68** 126 f., JW. **08** 269 f. Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen hat nicht von dem inneren Willen auszugehen, den der Erklärende bei Abgabe der Erklärung hatte, sondern von der Bedeutung, die der Erklärung nach der Auffassung des Verkehrs unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zukommt. c) **RG.** 8. 5. 08, R. **08** 402. Es ist keine unzulässige Ergänzung des Parteiwillens, sondern eine dem Gerichte zustehende Ermittelung desselben, wenn es die Folgen des Vertragswortlauts für einen Fall feststellt, den sich die Parteien beim Vertragsschlusse „nicht völlig ausgedacht" haben; denn damit sind diese Folgen noch nicht außerhalb des Willensbereichs getreten. d) **RG.** 16. 3. 08, R. **08** 254. Zur Auslegung eines schriftlichen Vertrags können mündliche Verhandlungen, die nebenher gepflogen sind, nicht herangezogen werden, wenn die Vertragsurkunde keine der Auslegung bedürftige Unklarheit zeigt. e) **RG.** 22. 9. 08, R. **08** 616. Die übereinstimmenden Angaben der Parteien darüber, welchen Sinn sie mit einer bestimmten Erklärung verbunden haben, sind für das Gericht bindend, vorausgesetzt, daß dieser Sinn in der Erklärung überhaupt noch gefunden werden kann.

2. a) **RG.** 4. 2. 08, R. **08** 293. Die Vermutung der Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde gegenüber mündlichen Vereinbarungen vor und bei Errichtung der Urkunde ist, wenn die Errichtung der Urkunde nicht als Wiederholung des Vertrags in urkundlicher Form vereinbart war, lediglich eine tatsächliche Vermutung; sie ist daher entkräftet durch die Feststellung, daß auch zur Zeit der Errichtung der Urkunde die Parteien die Fortgeltung der mündlich vereinbarten Abrede noch wollten. Eine solche Feststellung wird in der Regel allerdings nur in der Weise erfolgen können, daß besondere Umstände oder Gründe nachgewiesen werden, wegen deren die mündliche Abrede nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist. Darum kann aber nicht als allgemein geltender Satz aufgestellt werden, daß nur durch den Nachweis solcher besonderen Umstände oder Gründe die Vermutung der Vollständigkeit der Urkunde entkräftet werden könne. b) **RG.** R. **08** 647. Gegen eine nicht hinlänglich klare und zweifelsfreie Vertragsurkunde ist der Nachweis zulässig, daß die Parteien eine bestimmte Abmachung nicht in ihrem buchstäblichen Wortsinne, sondern im Sinne ihrer früheren mündlichen Vorverhandlungen gemeint haben. c) **RG.** 19. 5. 08, **68** 394 ff. Ist aus dem Wortlaut und dem Zu-

sammenhang einer Urkunde nach der natürlichen Verkehrsauffassung ein bestimmter Vertragswille zu entnehmen, so kommt es nicht darauf an, welche Rechtsauffassung die Urkundsbeamten von dem Inhalte der Erklärung gehabt haben. Ihr Zeugnis kann ebensowenig den Mangel des Inhalts der Urkunde ergänzen, wie die inhaltliche Bedeutung der Urkunde schmälern; es kann vielmehr bloß als Auslegungsmittel im Zweifelsfalle von Wert sein. d) **RG.** R. **08** 224. Es erscheint nicht rechtsirrig, eine Urkunde des Inhalts, daß ein Hypothekenbrief als Faustpfand übergeben und der Gläubiger ermächtigt sein soll, sich aus dem beim öffentlichen Verkaufe des Pfandes zu erlösenden Betrage bezahlt zu machen, dahin auszulegen, daß Gegenstand des Pfandrechts nicht der an sich wertlose Hypothekenbrief, sondern die durch den Hypothekenbrief beurkundete Forderung sein sollte.

3. **RG.** R. **08** 446. Ist bei der schriftlichen Beurkundung eines mit einer Stadtgemeinde abgeschlossenen Vertrags nicht zum Ausdrucke gebracht, daß die Genehmigung durch die Stadtverordnetenversammlung vorbehalten bleibe, so ist die Annahme, daß der Vertrag ohne diesen Vorbehalt zustande gekommen sei, rechtlich nicht zu beanstanden, auch wenn der andere Vertragsteil beim Abschlusse des Vertrags wußte, daß Verträge dieser Art der Genehmigung der Stadtverordnetenversammlung bedurften und daß diese Genehmigung noch nicht vorlag. Vorausgesetzt dabei ist, daß nach der in Betracht kommenden Städteordnung die fehlende Genehmigung der Stadtverordnetenversammlung nur ein Internum darstellt und der Bürgermeister die Stadtgemeinde n a c h a u ß e n zu vertreten berechtigt ist.

4. ElsLothNotZ. **08** 328 (Colmar). Nicht nur als Genehmigung, sondern als neue dingliche Einigung ist es anzusehen, wenn der gemeinsame entsprechend bevollmächtigte Vertreter beider Parteien erklärt, daß er die frühere durch Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unwirksam gewordene Auflassung vollständig in allen ihren Teilen genehmige und bestätige.

5. **RG.** JDR. **5** Ziff. II 4 a, jetzt auch FrankfRundsch. **41** 183.

§ 134. I. *R a a p e , Das gesetzliche Veräußerungsverbot, erörtert das Wesen des Verbots von Rechtsgeschäften, insbesondere das Verhältnis des Verbots zur Sanktionsentziehung (§ 4).

II. A u s d e r P r a x i s. 1. a) **RG.** 28. 4. 08, **69** 143 ff., JW. **08** 444 f. Durch die Sonderbestimmungen des § 31 Nr. 1 KO. und des § 3 Nr. 1 AnfG. ist es ausgeschlossen, daß die nach diesen Vorschriften fraudulösen Rechtsgeschäfte, sofern ihnen kein anderer Mangel anhaftet als eben der, daß sie in der dem anderen Teile bekannten Absicht geschlossen sind, die Gläubiger des Veräußerers zu benachteiligen, aus diesem Grunde zugleich auch noch nach den §§ 138 und 134 BGB. nichtig sein könnten (näheres s. unten zu § 138 Ziff. II A 2). b) **RG.** 7. 3. 08, R. **08** 254, JW. **08** 296. Ein Verstoß gegen § 270 PrStGB., der auch auf Submissionen anzuwenden ist, macht den Vertrag in keinem Falle nichtig, weil die Einseitigkeit der Verbotsübertretung zum Tatbestande der Strafbestimmung gehört.

2. a) FischersZ. **34** 344 (Königsberg). Baupolizeiordnungen enthalten nicht gesetzliche Verbote im Sinne des § 134 (näheres s. bereits JDR. **5** Ziff. II 6). b) SeuffA. **64** 42 (Posen). § 134 ist hinsichtlich des § 101 KO., der dem Gemeinschuldner verbietet, sich von seinem Wohnort ohne Erlaubnis des Gerichts zu entfernen und lediglich bezweckt, den Fortgang des Konkursverfahrens zu sichern, nicht anwendbar.

3. **RG.** **68** 358 ff. vgl. u. § 138 Ziff. II B 7.

4. Über den Einfluß des § 134 auf abstrakte Rechtsgeschäfte vgl. unten Ziffer II A 1 a zu 138.

§ 135. *R a a p e , Veräußerungsverbot 22 ff. A. Veräußerungsverbote stellen eine singuläre Hinderung der Veräußerung und der sonstigen Verfügung dar. Die Singularität ergibt sich aus vier Gründen (Tradition, Entstehungsgeschichte, Parallele zum richterlichen Veräußerungsverbot, allgemeine Betrachtungen des Verbots von

Rechtsgeschäften). Sie besteht darin, daß eine Veräußerung gehindert wird, trotzdem alle Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit gegeben sind. Das Gegenteil davon ist die reguläre Unwirksamkeit der Verfügung. Die Fälle, in denen diese vorkommt, lassen sich in sechs Gruppen teilen: a) Der Verfügungsakt ist mangelhaft oder unvollständig, z. B. ein Geisteskranker verfügt. b) Das Verfügungsrecht fehlt. c) Die Fälle der Rechtskollision, z. B. Pfandrecht oder Nießbrauch an der Forderung usw. d) Revokable oder Zeitrechte, z. B. resolutiv bedingtes Eigentum. e) Unübertragbare Rechte. f) Res extra commercium (23). In allen diesen Fällen wird die Verfügung regulärerweise gehindert, liegt also kein Veräußerungsverbot vor. Die Art der Unwirksamkeit der Verfügungen ist daher nicht nach den §§ 134, 135 zu bestimmen. In einem Teile dieser Fälle spricht man von Verfügungsbeschränkungen (Gruppe c und d; in Gruppe b kommen bisweilen „scheinbare Verfügungsbeschränkungen" vor). Verfügungsbeschränkung ist die auf einem besonderen Umstande (z. B. Rechtskollision) beruhende Beschränkung in der an und für sich vorhandenen Verfügungsbefugnis (26 ff.). Nur ein Teil der Verfügungsbeschränkung ist singulär, folglich können nicht überall da, wo eine Verfügungsbeschränkung vorliegt, die §§ 134, 135 angewendet werden.

Der gegen § 135 verstoßende Verfügungsakt ist nichtig. Daher keine Konvaleszenz, kein Schutz des guten Glaubens. Gleichzeitig erleidet der Beschränkte eine Entziehung der Verfügungsbefugnis (aM. Herold und Ramdohr). Nicht aber macht das Veräußerungsverbot die Sache oder das Recht, worauf es sich bezieht, unveräußerlich, von seltenen Ausnahmen abgesehen. Die Verfügung ist nicht bloß nichtig, sondern auch verboten. Das relative Veräußerungsverbot macht die Verfügung „relativ unwirksam". Relative Unwirksamkeit im Sinne des § 135 ist ausgeglichene Wirksamkeit, d. h. die schädliche Wirkung tritt zwar ein, zugleich aber diejenige Gegenwirkung, die den Geschützten im Endergebnisse so stellt, als ob die Wirkung nicht stattgefunden hätte. Wenn also ein Veräußerungsverbot zugunsten einer vermachten Forderung ergeht, so erwirbt zwar der Dritte, an den der Erbe trotz des Verbots zediert, die Forderung, zugleich behält aber der Erbe die zur Befriedigung des Legatars nötige Verfügungsbefugnis. Die Richtigkeit dieser Konstruktion folgt insbesondere aus § 23 ZVG. und § 888 BGB. Ihre Durchführbarkeit ist begrenzt durch die Fälle, in denen es gerade darauf ankommt, daß der Verbotsbeschränkte Eigentümer bleibe oder ein Dritter es nicht dauernd werde. In diesen Fällen ist die relative Unwirksamkeit nur als Anfechtbarkeit, wenn auch von besonderer Art, insofern durch keine Form und Frist gebunden, zu konstruieren. Da aber in allen diesen Fällen keine relativen Veräußerungsverbote vorliegen, so bleibt die Einheitlichkeit der Konstruktion im § 135 gewahrt. — Kann der Beschränkte dem relativen Veräußerungsverbote zum Trotze verfügen, indem er keine Verfügungsentziehung, sondern nur eine Verfügungsbeschränkung erleidet, so fragt sich, ob er, wie er mit beschränkter Wirkung verfügen kann, so es auch darf? Dies ist zu bejahen. Es tritt also keine Grundbuchsperre ein, die Obligation zu der Veräußerung ist nicht eine solche zu etwas Verbotenem, daher nicht nichtig.

Das absolute Veräußerungsverbot ist ein echtes Verbot, verbunden mit Vernichtung des Verfügungsakts und Entziehung des Verfügungsrechts; das relative Veräußerungsverbot dagegen ist nicht notwendig ein echtes Verbot, ja nicht einmal eine Hinderung der Veräußerung in anderer Weise (mittels Sanktionsentziehung), vielmehr eine (singuläre) Verfügungsbeschränkung. — Gemeinsam ist aber beiden das Wesentliche, die Verfügungsbeschränkung, und daher läßt sich trotz aller Unterschiede zusammenfassend sagen: Veräußerungsverbote sind durch Verbote mehr oder minder unterstützte singuläre Verfügungsbeschränkungen. Ist so auf das Verbot nicht der Hauptnachdruck zu legen, erscheint es vielmehr gegenüber der Verfügungsbeschränkung als etwas Untergeordnetes, so folgt da-

raus, daß die §§ 134, 135 auch da anzuwenden sind, wo das Gesetz singuläre Verfügungsbeschränkung nicht in der Form des Verbots, sondern unmittelbar ausspricht. Das Anwendungsgebiet der §§ 134, 135 ist also viel größer, als es scheint.

B. 1. Veräußerungsverbote zugunsten bestimmter Personen sind enthalten in den §§ 1395, 2211, 2129, 1052. Doch wirkt in allen diesen Fällen das Veräußerungsverbot ausnahmsweise absolut. Sie sind ferner enthalten im § 148 ZVG. und §§ 6, 7 KO., beide Male wirkt hier das Verbot relativ. Dazu kommen noch § 106 KO. und § 1984 BGB. (Einzelheiten über §§ 6, 7 KO. bringen 103 ff.). Gestaltung der Relativität bei Veräußerung eines Grundstücks durch den Kridar: Der Kridar kann nicht nur mit relativer Wirksamkeit verfügen, er darf es auch. Also keine Grundbuchsperre! — Auf ein relatives Veräußerungsverbot, allerdings ein qualifiziertes, läuft auch die Vormerkung hinaus. Der durch die Vormerkung Geschützte erlangt ebensowenig wie der durch ein Veräußerungsverbot Geschützte ein dingliches Recht an dem gekauften Gegenstande. Die Folge ist, daß die Prozesse des Verpflichteten den Vorgemerkten berühren so gut wie den durch ein Veräußerungsverbot Geschützten. Gleichwohl steht der rechtsgeschäftliche Erwerb einer Vormerkung unter dem Schutze des guten Glaubens, denn die Bewilligung einer Vormerkung enthält um ihrer negativen Wirkung willen eine Verfügung nicht minder wie das (nachträgliche) pactum de non cedendo. — (Die bindende Einigung enthält nicht, wie Simon will, ein Veräußerungsverbot, vgl. unten zu § 873.)

2. Veräußerungsverbot nicht zugunsten bestimmter Personen. Gewisse juristische Personen des öffentlichen Rechtes haben zur Veräußerung gewisser bedeutsamer Gegenstände, nämlich solcher von geschichtlichem usw. Werte und von Grundstücken die Genehmigung gewisser Aufsichtsorgane nötig. Das ist als Veräußerungsverbot, nicht bloß als Beschränkung der Vertretungsmacht der Organe jener Personen zu konstruieren. Doch kann das Verbot die letztere zugleich nach sich ziehen. — Eingehende Erörterung der kanonischen Veräußerungsverbote. Sie erfreuen sich trotz Art. 55 EG. bürgerlich-rechtlicher Geltung. Auch befindet über ihre Rechtsfolgen trotz Art. 55 das kirchliche Gesetz, da unter dem anderen Gesetze des § 134 auch das Landesrecht zu verstehen ist — freilich nur in gewissen Grenzen, nämlich insoweit die vom Landesrecht an das Verbot geknüpfte Unwirksamkeit von der Art ist, wie sie das BGB. kennt. Das trifft hinsichtlich des kanonischen Rechtes im wesentlichen zu.

3. Nur scheinbare Verfügungsbeschränkungen liegen da vor, wo jemand das Recht der Verfügung über fremde Sachen in beschränktem Umfang erhält. Die §§ 134, 135 finden daher keine Anwendung in den Fällen der §§ 1048, 588, 1074, 2205, 1376, vor allem § 1445. Namentlich fällt auch die Beschränkung der Vertretungsmacht nicht unter §§ 134, 135, insbesondere nicht die des Vormundes.

4. Verfügungsbeschränkungen infolge von Rechtskollisionen, aber keine Veräußerungsverbote liegen vor in den Fällen der §§ 1071, 1276, 876, 877. Sie stehen also nicht unter den §§ 134, 135, sondern unter eigenen Regeln, und zwar machen sie die kollidierende Verfügung absolut unwirksam (vgl. jedoch unten zu § 1071). Ausnahmen zugunsten der Relativität in §§ 1124, 1128 und beim Pfandrecht am Erbteile (vgl. unten zu § 2040).

5. Verfügungsbeschränkungen infolge von revokablen Rechten. Die bedingte oder befristete Verfügung zieht zwar eine Verfügungsbeschränkung nach sich, aber keine singuläre. Die Beschränkung steht daher wieder unter eigener Regel, und zwar ist die bedingungswidrige Verfügung absolut unwirksam (näheres unten zu § 161). — Was den Vorerben betrifft, so ist davon auszugehen, daß er vom BGB. als vorübergehender Rechtsträger gedacht wird, so wie der unter einer Bedingung Erwerbende. Wie dieser hat also auch er

prinzipiell ein Veräußerungsrecht, aber ein interimistisches. — Die Norm, die einem Rechte die Eigenschaft eines unübertragbaren verleiht, ist kein Veräußerungsverbot, weil keine singuläre Veräußerungshinderung. Wenn aber eine zweite Norm ein durch eine erste Norm mit der Eigenschaft der Veräußerlichkeit ausgerüstetes Recht für unveräußerlich erklärt, dann haben wir es mit einem Veräußerungsverbote, weil mit singulärer Veräußerungshinderung zu tun. Von diesem Standpunkt aus werden erörtert: §§ 1059, 1442, 2033, 1623, 847, 1300, 400 in Verb. mit § 850 ZPO. und § 399 (pactum de non cedendo).

6. Die Verkehrsentziehung ist nicht als singuläre Veräußerungshinderung anzusehen.

§ 135 Abs. 2. *Raape 64. Zahlt der Schuldner in Unkenntnis des Veräußerungsverbots an den Gläubiger, so wird er frei. Dieses Prinzip ergibt sich aus § 8 KO., § 22 ZVG., § 1052 und § 2129 BGB. in Verb. mit § 407 BGB.

§ 136. 1. *Grabner, ZBlFG. **9** 90. Ein beschränktes, im Grundbuch eintragbares Veräußerungsverbot, nämlich ein Verbot an den Grundstückseigentümer, über die nächst freie Hypothekenstelle zu verfügen, kann das Gericht im Wege der einstweiligen Verfügung erlassen, wenn einem Gläubiger zur Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung durch Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 866 Abs. 1 ZPO. die Rangstelle gewahrt werden soll. Ein solches Veräußerungsverbot kann möglicherweise vom Gericht irrtümlich als Eintragung der Vormerkung einer Sicherungshypothek bezeichnet werden (aM. **RG. 60** 423 ff.).

2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 89 ff. Auch die behördlichen Veräußerungsverbote sind in absolute und relative zu scheiden, wie die Entstehungsgeschichte beweist (91). Die Grenze zwischen behördlichen und gesetzlichen Veräußerungsverboten, auf die praktisch folglich nichts ankommt, ist so zu ziehen, daß behördliche nur da anzunehmen sind, wo der Erlaß der Behörde seiner Natur nach auf das Verbot gerichtet ist. Das trifft im § 332 StPO. und § 106 KO. zu, nicht aber in §§ 6, 7 KO. und im § 20 ZVG.

§ 137. 1. Riezler, KrVSchr. **48** 65 ff., glaubt, daß der wahre Grund, der den § 137 rechtfertigt, ein juristisch-technischer sei. Er führt aus: Könnten die Parteien die Veräußerungsbefugnis über ein Recht mit dinglicher Kraft verhindern, so hätten wir es mit Rechten zu tun, die zugleich objektiv veräußerlich und subjektiv unveräußerlich sind; wir stünden dann vor dem Mißgebilde der vom BGB. grundsätzlich nicht anerkannten relativ-dinglichen Rechte. Erblicke man aber in diesem konstruktiven Gesichtspunkte die eigentliche ratio des § 137, dann liege in der Resolutivbedingung des Rückfalls für den Fall der weiteren Verfügung kein Zuwiderhandeln wider den wahren Sinn der Gesetzesbestimmung (vgl. Schott, JDR. **4** Ziff. 1).

2. KG., JDR. **6** Ziff. 2 b, jetzt auch RheinNotZ. **08** 110.

§ 138. I. 1. *Hagen, GruchotsBeitr. **52** 497 ff. Als Verletzungen der guten Sitten haben zu gelten diejenigen Anstandsverletzungen, d. h. diejenigen Eingriffe in fremde Persönlichkeit und diejenigen Herabwürdigungen der eigenen Persönlichkeit, deren Verhinderung rechtlich geboten erscheint. Der Anstand ist das Gesetz für den Verkehr der menschlichen Persönlichkeiten untereinander. Der Anstand gebietet, in welchem Maße der einzelne Mensch im Verkehre mit seinen Mitmenschen einerseits deren persönliche Gefühle, insbesondere das ästhetische Gefühl und das geschlechtliche Schamgefühl, sowie deren persönliche Unvollkommenheiten und Verschiedenheiten in intellektueller, körperlicher, moralischer und wirtschaftlicher Beziehung und die hierdurch bedingte Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen — z. B. der Einrichtungen der Rechtspflege — durch Vermeidung von Mißbrauch zu respektieren und andererseits den Wert der eigenen Persönlichkeit durch Vermeidung herabwürdigender Akte, wie finanzielle Ausnutzung rein persönlicher —

z. B. geschlechtlicher — oder durch Recht und Moral ohnedies gebotener Handlungen intakt zu erhalten hat. Sämtliche mögliche Arten von Anstandsverletzungen können auch Verletzungen der „guten Sitten" im Rechtssinne sein, die einzelne Anstandsverletzung aber nur, soweit ihre Verhinderung auch rechtlich geboten erscheint. Nach der gegenwärtigen höchstrichterlichen Auffassung kommen bloße Verletzungen der Moral, der Sittlichkeit nicht als Verstöße gegen die guten Sitten in Betracht. In der Literatur wird jedoch auch dies in gewisser Weise angebahnt.

2. Hölder, DJZ. **08** 46 ff., legt dar, wie die Gerichte zu einer Ausdehnung des § 138 Abs. 1 gekommen seien, die praktisch unerträglich. Gewiß verstoße gegen die guten Sitten, wer zum Betrieb eines Bordells ein Haus verkauft oder vermietet, Möbel liefert oder ein Darlehen gewährt. Der Zweck, zu dem das Geld oder die Möbel verwendet werden sollten, sei aber nicht der Zweck des Kaufes oder Darlehns. Es sei daher verkehrt, solche Verträge deshalb für nichtig zu erklären. Träfe dieser Standpunkt zu, so könnte jedem Rechtsgeschäfte gegenüber eine Partei sich darauf berufen, sie habe es vollzogen zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden Zwecke. Nehme man diese Möglichkeit an, so sei unerläßlich ihre Beschränkung auf den Fall, daß der andere durch seine Teilnahme am Geschäft an jener Unsittlichkeit als einer ihm bekannten teilnahm. Aus § 138 Abs. 1 ergebe sich aber darüber nichts.

3. *Schreiber, GruchotsBeitr. **52** 515 ff. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts, die sich bei wucherischen Geschäften aus § 138 Abs. 2 ergibt, ist bei allen Rechtsgeschäften anzunehmen, deren unsittlicher Charakter in der Verletzung eines Privatinteresses begründet ist; demgegenüber trägt § 817 denjenigen Fällen Rechnung, in denen die Annahme der Unsittlichkeit nur in Gründen der öffentlichen Ordnung wurzelt.

4. Gegen Kaiser, Komm. z. PatG., führt Rauter, LeipzZ. **08** 505, aus, daß das Versprechen, künftige Erfindungen zu übertragen, nicht gegen die guten Sitten verstoße.

5. Reichel, GruchotsBeitr. **52** 355 Anm. 1. Schenkungen unter Ehegatten, welche dem sittlichen Wesen der Ehe Hohn sprechen, sind nichtig. Nichtig aus diesem Grunde ist z. B. das Abkommen, die Ehefrau wolle auf ihr Recht, Scheidung zu verlangen, gegen Darreichung eines Geschenkes verzichten. Das gleiche gilt von der Abrede, der Ehegatte wolle sich gegen ein Geschenk zur Wiederherstellung der ehelichen Beziehungen bereit finden lassen.

6. Rieser, Die kaufmännische Auskunfterteilung (Zürich 1908) 142. Die von einem Auskunftsbureau geschlossenen Geheimhaltungsverträge, daß die erteilte Auskunft gegenüber dem Befragten, d. h. derjenigen Person, über welche die Auskunft erteilt worden ist, diskret behandelt werden muß, verstoßen gegen die guten Sitten; denn es wird auf diese Weise dem Befragten die Möglichkeit entzogen, den Auskunftgeber wegen einer unrichtigen Auskunft zur Rechenschaft zu ziehen (aM. **RG.** DJZ. **07** 1085).

7. Finger, LeipzZ. **08** 154. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, in den Versicherungsvertrag eine besondere Bestimmung über die Veräußerung der versicherten Sache aufzunehmen, dahin, daß die Verpflichtung der Versicherungsgesellschaft bis zum Eintritte des Erwerbers der Sache in den Vertrag ruht, die des Versicherten nicht.

II. Aus der Praxis. A. Allgemeine Gesichtspunkte. Einfluß der Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts auf das dingliche Erfüllungsgeschäft (s. JDR. **5** Ziff. 7 I A α β, **6** Ziff. II A a) 1. a) **RG. 68** 99 ff., JW. **08** 298, erörtert unter eingehender Berücksichtigung der Litteratur abermals (vgl. JDR. **5** Ziff. 7 I A a β und JW. **07** 548) die Frage, ob abstrakte Rechtsgeschäfte für sich selbst wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig sein können und ob die Verbots-

widrigkeit oder Unsittlichkeit des Rechtsgrundes zugleich auch das abstreckte Rechtsgeschäfte umfaßt. Die Frage wird jedoch nicht entschieden, da der gegebene Fall eine Entscheidung nicht erforderlich machte. **b)** SchlHolstAnz. **08** 124 (Kiel). Eine Hypothekenbestellung wird als abstraktes dingliches Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres wegen der Unsittlichkeit des ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nichtig.

2. **RG.** 28. 4. 08, **69** 143 ff., JW. **08** 444. Durch die Sonderbestimmungen der KO. und des AnfG. über die frauduloſe Rechtsgeschäfte ist ausgeschlossen, daß derartige Geschäfte, sofern ihnen kein anderer Mangel anhaftet als eben der, daß sie in der dem anderen Teile bekannten Absicht geschlossen sind, die Gläubiger des Veräußerers zu benachteiligen, aus diesem Grunde zugleich auch noch nach den §§ 134, 138 nichtig sein könnten. Die Vorschriften des BGB. einerseits und der KO. und des AnfG. andererseits sind vielmehr in der Weise miteinander zu vereinigen, daß, wenn die fraudulosen Geschäfte des § 31 Nr. 1 KO. und des § 3 Nr. 1 AnfG. gegen die guten Sitten und gesetzlichen Verbote verstoßen sollten, mit diesem Mangel nach dem Willen des Gesetzgebers, in Ausnahme von den Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB., nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit jener Rechtsgeschäfte verknüpft sein sollte (vgl. **RG. 56** 229 ff., JDR. **3** Ziff. 2 d zu § 134).

B. Einzelne Fälle. 1. Bierlieferungsvertrag und Gastwirtswesen (s. JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a, **6** Ziff. II B1a) **a) RG.** 17. 3. 08, JW. **08** 327. Wenn überhaupt eine vertragliche Gebundenheit des Bierbezugsverpflichteten, wonach ihm zugunsten der Brauerei auf lange Zeit das freie Ausnutzen der Vorteile wechselnder wirtschaftlicher Konjunktur und geschäftlicher Konkurrenz entzogen ist, rechtlich zugelassen wird, so verlangt Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte um so dringender, daß die bierbezugsberechtigte Brauerei bei einer Preiserhöhung das Interesse des durch einen solchen Vertrag wirtschaftlich an sie gebundenen Abnehmers ebenfalls berücksichtigen muß und nicht einseitig nur ihr Interesse in den Vordergrund stellen kann. Sie darf daher insbesondere die Gefahr einer durch Ringbildung der Großbrauereien, der sie beigetreten ist, nur versuchten, nicht allgemeinen Preiserhöhung nicht auf die Bierverpflichteten abwälzen. **b) RG.** 16. 11. 07, **67** 101 ff. Zehn- ja 15 jähriger Zwang zur Bierabnahme verstößt an sich noch nicht ohne weiteres wider die guten Sitten. Es kommt stets auf die Gesamtumstände der Vertragsschließung und Vertragswirkung an (vgl. auch **RG.** JW. **06** 453 und HoldheimsMSchr. **08** 312 sowie NaumburgAK. **08** 17). **c) RG.** 29. 4. 08, R. **08** 358. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Gläubiger einer auf einem Gastwirtschaftsgrundstücke lastenden Hypothek, nachdem der Grundstückseigentümer in Konkurs geraten ist, die von diesem beantragte Übertragung der Konzession auf ein von seiner Ehefrau neu erworbenes Grundstück durch Darlegung des Sachverhalts der Polizeiverwaltung gegenüber zu vereiteln sucht und sich zur Zurücknahme dieses Widerspruchs sowie des Antrags auf Zwangsversteigerung des ihm verhafteten Grundstücks nur unter der Bedingung bereit erklärt, daß die Ehefrau mit ihrem Grundstücke für die Schuld des Ehemanns Sicherheit stellt. **d)** BadRpr. **08** 89 (Karlsruhe) hat auf Grund der besonderen Umstände einen Darlehnsvertrag mit Bierbezugspflicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig erklärt.

2. Bordellwesen (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B b, **6** Ziff. II B 2). **a) RG. 68** 97 ff., JW. **08** 297. Beim Bordellkauf ist allerdings die Kenntnis des Verkäufers von der Absicht des Käufers das in dem Hause betriebene Bordellgeschäft fortzusetzen, für sich allein nicht ausreichend, um das Veräußerungsgeschäft als ein gegen die guten Sitten verstoßendes erscheinen zu lassen; vielmehr muß auch objektiv Inhalt und Zweck des Kaufgeschäfts unsittlich sein. Letzteres ist aber der Fall, wenn von den Vertragschließenden nur deshalb, weil dem Käufer das Grundstück zum Zwecke der Fortsetzung des Bordellbetriebs überlassen wird, ein über den

allgemeinen Wert des Grundstücks hinausgehender Kaufpreis festgesetzt, also das Bordellgeschäft mit zum Gegenstande der Veräußerung gemacht worden ist (vgl. **RG. 56** 231, **63** 350). **b**) SchlHolstAnz. **08** 269 (Kiel). Ein Werkvertrag, der den Abbruch eines zum Bordellbetriebe dienenden Hauses und die Errichtung eines Neubaues, in dem der Bordellbetrieb fortgesetzt werden soll, zum Gegenstande hat, ist nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. **c**) **RG.** BadRpr. **08** 284. Nichtigkeit eines auf Ankauf und Verkauf eines Grundstücks zu Bordellzwecken gerichteten Gesellschaftsvertrags. **d**) SchlHolstAnz. **08** 365 (Kiel) erklärt den Ankauf eines früher dem Bordellbetriebe dienenden Grundstücks in der Zwangsversteigerung durch mehrere für gemeinschaftliche Rechnung in der Erwartung, daß die Straße für den Bordellbetrieb wieder freigegeben und eine Preissteigerung der Grundstücke eintreten werde, nicht für unsittlich. **e**) **RG. 68** 101 ff., JW. **08** 297. Ist bei einem gemäß § 138 nichtigen Bordellkaufe dem Verkäufer für die Kaufpreisforderung eine Hypothek bestellt, so steht ihm hieraus ein Klagerecht nicht zu, gleichviel, ob auch die Einigung über die Hypothekenbestellung als nichtig anzusehen ist oder nicht. Im ersteren Falle ist die Hypothek überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, weil eine rechtswirksame Einigung der Beteiligten nach dieser Richtung nicht vorliegt. Im letzteren Falle ist, da eine rechtsgültige Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, gemäß §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 die Hypothek nur als Eigentümergrundschuld für den bestellenden Eigentümer entstanden. Die hieraus sich ergebenden Einwendungen stehen gemäß § 1137 auch dem mit der dinglichen Klage in Anspruch genommenen dritten Erwerber des Grundstücks zu. Vgl. jedoch **RG. 63** 189.

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B c, **6** Ziff. II B 3). **a**) **RG. 69** 59 ff. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Kaufmann in seinem eigenen Interesse mit einem Angestellten einen Vertrag schließt, durch welchen er dessen jährliches Gehalt auf 1500 M. festsetzt, während er sich gleichzeitig der Ehefrau des Angestellten gegenüber verpflichtet, dieser jährlich fortlaufend einen weiteren Betrag zu zahlen (vgl. OLG. Colmar, JDR. **6** Ziff. II B 16). **b**) **RG.** JW. **08** 710. Ein Abkommen kann nicht schon um deswillen als sittenwidrig bezeichnet werden, weil ein Angestellter sich dadurch die ihm schon nach dem Dienstvertrag obliegenden Leistungen noch besonders vergüten läßt. — Etwas anderes ist es, wenn der Angestellte die Leistung der Dienste, die Erfüllung der im Dienstvertrag übernommenen Pflichten von der Zahlung einer Sondervergütung abhängig macht, die Pflichterfüllung verweigert, bis ihm ein besonderer Vermögensvorteil versprochen wird. Hierin wird, wenn vielleicht auch nicht ausnahmslos, so doch meist ein Verhalten liegen, das mit der im Dienstvertrag übernommenen Pflicht im schroffsten Widerspruche steht und von der allgemeinen Anschauung als eines redlichen und anständigen Mannes unwürdig und als verwerflich angesehen wird. — Dabei ist nicht nur der objektive Inhalt des Geschäfts, sondern die Gesamtheit der im Zeitpunkte des Vertragsschlusses obwaltenden Verhältnisse vom Standpunkte der Vertragschließenden aus unter Berücksichtigung ihrer gegenseitigen Interessen, Motive und Zwecke in Betracht zu ziehen (vgl. **RG. 63** 391). **c**) **RG.** 5. 11. 07, **67** 169. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Schuldner, nach Aufgabe des von ihm bisher selbständig betriebenen Geschäfts, nunmehr seine Ehefrau das Geschäft führen läßt, dieser unentgeltlich Dienste leistet und auf diese Weise seinen Gläubigern den Ertrag seiner wirtschaftlichen Tätigkeit entzieht; denn es besteht kein für die Rechtsordnung in Betracht kommender Anspruch der Gläubiger darauf, daß ihr Schuldner seine wirtschaftliche Tätigkeit in einer solchen Form und Gestalt ausübe, die es ihnen ermöglicht, ihre Hand auf den Ertrag zu legen. **d**) GewuKfmG. **13** 150 ff. (LG. Essen). Die Bestimmung eines zum Beitritte zu einer Arbeiterpensionskasse verpflichtenden Arbeitsvertrags, daß mit dem Ausscheiden eines Mitglieds aus dem Dienste der Firma alle Ansprüche desselben und seiner Hinterbliebenen an die Kasse erlöschen, verstößt nicht gegen die

guten Sitten. — Hierzu Kohler, ABürgR. **32** 1 ff. und RheinZ. **1** 122 ff.). Eine Unsittlichkeit liegt nicht darin, daß der Arbeiter, wenn er aus dem Dienste austritt, auch aus dem Pensionsverband ausscheidet, auch nicht darin, daß der ausscheidende Arbeiter aus dem Bezahlten nichts zurückerhält (vgl. auch Wagener, PrVerwBl. **29** 627). **e)** GewuKfmG. **14** 150 (GG. Chemnitz). Eine Vereinbarung, nach der der ständige Kellner für seinen gesetzlichen Ausgangstag den Lohn des Aushilfskellners zu tragen hat, verstößt gegen die guten Sitten. **f)** GewuKfmG. **13** 132 (KfmG. Stettin). Der Anstellungsvertrag mit einem jungen Kontoristen kann nicht wegen Stotterns des Kontoristen angefochten werden. **g)** SchlHolstAnz. **08** 220 (Kiel). Es enthält keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Geschäftsmann sich Ersatz des ihm durch Unterschlagungen eines Angestellten zugefügten Verlustes gegen das Versprechen, keine Strafanzeige zu machen, von einem Dritten zusichern läßt. **h)** KfmG. **4** 76 (KfmG. Berlin). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Geschäftsherr eine Nebenbeschäftigung, die ihm eine besondere Einnahme einbringt, auf den Handlungsgehilfen in der Weise überträgt, daß er dem Gehilfen, ohne ihm eine Sondervergütung zu gewähren, die Haftung gegenüber dem Auftraggeber der Nebenbeschäftigung auferlegt.

4. Konkurrenzverbot (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B d, **6** Ziff. II B 4). **a)** α. **RG.** 7. 4. 08, **68** 229 JW. **08** 401, DJZ. **08** 761, SozPr. **08** 1234, KfmG. **5** 22. HessRspr. **9** 89, MschutzuWettbew. **8** 11, GewuKfmG. **14** 228. Ein Vertrag, durch welchen ein Angestellter — ein Chemiker — sich unter Verpfändung seines Ehrenworts und unter einer Vertragsstrafe von 100 000 M. für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet, während der Zeit seiner Anstellung von allen dem Geschäft eigentümlichen Einrichtungen, Verfahren und Erfahrungen niemandem außerhalb des Geschäfts Mitteilung zu machen, auch von den außerhalb seines speziellen Wirkungskreises liegenden Eigentümlichkeiten des Betriebs keine Kenntnisnahme zu suchen und niemandem im Geschäfte selber, außer seinen Vorgesetzten, andere als die durch seine geschäftliche Tätigkeit gebotenen Mitteilungen zu machen, sowie ferner während dreier Jahre nach seinem Dienstaustritte weder eine Stelle in einer Fabrik anzunehmen, in welcher dieselben chemischen Produkte hergestellt werden, noch selbst diese Produkte herzustellen, noch sich an einem Etablissement irgendwie zu beteiligen, welches diese Produkte herstellt, ist, weil gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig. β. SozPr. **08** 1235 (Cöln). Es verstößt gegen die guten Sitten, zur Sicherung der Einhaltung einer Verpflichtung, die für den bindenden Teil mit rechtserheblichen Folgen verbunden war, die Verpfändung des Ehrenworts zu fordern und zu geben. Nicht minder muß es als ein Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden, wenn in dem Engagementsvertrag, um die ehrenwörtlich übernommene Verpflichtung noch mehr zu sichern, der Verzicht auf jede gerichtliche Entscheidung gefordert wird. **b)** HessRspr. **9** 4 (LG. Darmstadt) darüber, ob es gegen die guten Sitten verstößt, wenn jemand, der den Reisenden eines Konkurrenzunternehmens für sein Geschäft engagiert hat, ohne Kenntnis davon, daß dieser sich in seinem früheren Anstellungsvertrage der Konkurrenzklausel unterworfen hat, später in Kenntnis jenes Vertrags die Dienste dieses Reisenden annimmt. **c)** R. **08** 255 (Frankfurt). Die zwischen amerikanischen, in Deutschland nicht approbierten, den Doktortitel führenden Zahnärzten vereinbarte Konkurrenzklausel enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten. **d)** α. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 304. Ob ein Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten verstößt, ist grundsätzlich nach dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zu beurteilen; nachträglich eingetretene Umstände kommen nur ausnahmsweise in Betracht. β. In der BraunschwZ. **08** 101 ff. werden einige Entscheidungen wiedergegeben, in denen es sich um Konkurrenzklauseln handelt, die nicht gegen § 138 verstoßen. γ. LG. Frankfurt a. M., GewuKfmG. **13** 133, handelt über eine gegen die guten Sitten verstoßende Konkurrenzklausel.

5. Vertragsstrafe (vgl. oben Ziff. 4). **a) RG.** 7. 4. 08, **68** 231, JW. **08** 401. Das BGB. hat nicht die im gemeinen Rechte vertretene Meinung angenommen, daß eine Vertragsstrafe niemals wegen ihrer Höhe gegen die guten Sitten verstoßen kann. Ebensowenig steht das Herabsetzungsrecht aus § 343 der Anwendung des § 138 Abs. 1 irgendwie entgegen (vgl. Planck Anm. 1 zu § 343). **b) RG.** 24. 3. 08, **68** 186 ff., JW. **08** 325, DJZ. **08** 645 f. Es verstößt gegen die sittliche Würde und die öffentlich-rechtliche Bedeutung des Arztberufs, wenn ein Arzt in der Freiheit der Niederlassung auf Grund eines unter Festsetzung einer Vertragsstrafe mit einem Ärzteverband abgeschlossenen Vertrags von der Genehmigung dieses abhängig sein soll, mag dieser Verband auch die ethische und gesellschaftliche Hebung des Ärztestandes auf Grund wirtschaftlicher Besserstellung anstreben. Eine in jener Richtung übernommene Verpflichtung eines Arztes ist daher ebenso als nichtig zu erachten, wie eine zwischen einzelnen Ärzten verabredete Konkurrenzklausel vom **RG. 66** 150 für nichtig erklärt worden ist (s. JDR. **6** Ziff. II B 4 a). **c) RG.** 9. 10. 08, R. **08** 616. Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe kann schon dann als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig erklärt werden, wenn sie zur Untergrabung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners führen würde, und wenn zugleich das durch die Vertragsstrafe zu schützende Interesse des Gläubigers wegen seiner Geringfügigkeit die Festsetzung einer so übermäßigen Strafe nicht rechtfertigt.

6. Gewerblicher Wettkampf (s. JDR. **6** Ziff. II B 5). **a)** α. **RG.** 7. 10. 07, GruchotsBeitr. **52** 1023. Eine Maßregel, die nur die Erschwerung des Geschäftsbetriebs herbeiführt, nicht aber die geschäftliche Existenz des Betroffenen dauernd bedroht oder den gewerblichen Betrieb völlig lahmlegt, kann als über das im gewerblichen Betrieb erlaubte Maß hinausgehend nicht angesehen werden (vgl. **RG. 56** 279, **57** 427, **60** 104, **64** 158). β. **RG.** BayRpflZ. **08** 337. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht vor, wenn in einer Anzeige ein zwar ungünstiger, aber nicht unrichtiger Vergleich zwischen der angepriesenen Ware und der Ware eines Konkurrenten gezogen wird. γ. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1030 ff. Boykott ist nicht schlechthin ein unerlaubtes, gegen die guten Sitten verstoßendes Kampfmittel. δ. HessRspr. **9** 4 (LG. Darmstadt). Die Verwertung einer durch Zufall oder bona fide erlangten Kenntnis von Betriebsgeheimnissen verstößt nicht gegen die guten Sitten. ε. MSchutz uWettbew. 8 61 (KG.). Anmeldung eines Patents auf den Namen der Ehefrau des Erfinders, um dasselbe der Fabrik, in welcher der letztere tätig ist, zu entziehen, enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten. **b)** Schwarze Listen (s. JDR. **6** Ziff. II B 5). DJZ. **08** 652, ElsLothJZ. **08** 505 (Colmar). Die Aufnahme einer bestimmten ärztlichen Stelle in die „Cavetelistе" des Verbandes der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten, sondern nur dann, wenn darin nach den besonderen, vom Gegner des Ärzteverbandes darzulegenden Umständen des Falles ein Mißbrauch des Sperrrechts zu erblicken ist.

7. Streik, Mißbrauch einer Monopolstellung (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B e). **RG.** 24. 4. 08, **68** 358 ff., befaßt sich wiederum eingehend mit der Vorschrift der Betriebsordnung für den Kaiser Wilhelm-Kanal, durch welche eine Verpflichtung zur Ersatzleistung für Schäden, welche die Schiffe im Kanal erleiden, selbst wenn ein Verschulden von Angestellten der Kanalverwaltung in Frage kommt, abgelehnt wird. Es bleibt dahin gestellt, ob der Entsch. **62** 266 (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B e γ), welche diese Bestimmung und das ihr entsprechende Anmeldeformular zur Fahrt durch den Kanal unter dem Gesichtspunkte des Verstoßes gegen die guten Sitten für ungültig erklärt, beigepflichtet werden kann. Es erklärt aber, daß der vertragsmäßige Ausschluß der Haftung gegen das gesetzliche Verbot des Gesetzes vom 16. März 1886, betr. die Herstellung des Nord-Ostseekanals, verstoße und darum nach § 134 nichtig sei.

8. Verkauf einer ärztlichen Praxis (s. JDR. **1** Ziff. 3 u. 2 g, **2** Ziff. 6 I b, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. II B 7). a) **RG.** 16. 10. 08, SächsRpflA. **08** 581, SeuffBl. **09** 27. Nicht in jedem Verkauf einer zahn t e ch n i s ch e n Praxis, namentlich wenn derselbe nicht von dem Zahntechniker selbst, sondern nach seinem Tode von dessen Erben abgeschlossen wird, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken. Der Zahnt e ch n i k e r ist, mag sich seine berufliche Tätigkeit ihrer Art und ihrem Umfange nach auch nicht wesentlich von derjenigen eines Zahn a r z t e s unterscheiden, doch hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit eines Verkaufs der Praxis im Hinblick auf die bezüglich seiner Vorbildung ihm gegenüber gestellten geringeren staatlichen Anforderungen und auf den mehr gewerblichen Charakter seines Berufs einem approbierten Zahn a r z t oder approbierten praktischen Arzte nicht vollständig gleichzustellen. b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **08** 344, hat den durch die Erben eines verstorbenen Arztes abgeschlossenen Vertrag, auf Grund dessen der Übernehmer der Praxis für die mit der Übernahme verbundenen großen Vermögensvorteile einen gewissen Gegenwert an die Erben entrichten sollte, auf Grund der vorliegenden besonderen Umstände für nicht gegen § 138 verstoßend erklärt.

9. Öffentliche Ausschreibungen, Vereinbarungen über Nichtbieten bei Versteigerungen (s. JDR. **3** Ziff. 6 B k, **4** Ziff. 9 I B p, **6** Ziff. II B 10 u. 14). a) SchlHolstAnz. **08** 151 (Kiel). Die Vereinbarung, die zwei Bewerber gegenüber einer öffentlichen Ausschreibung von Arbeiten dahin treffen, daß der eine sich verpflichtet, eine höhere Forderung zu stellen als der andere, um diesem dadurch zur Erlangung der zu vergebenden Arbeit behilflich zu sein, und daß er dafür einen Anteil an dem aus dem Unternehmen zu ziehenden Gewinn erhalten soll, verstößt gegen die guten Sitten. b) **RG.** 7. 3. 08, SeuffA. **63** 350, MschutzuWettbew. **7** 168, JW. **08** 296, EisenbE. **25** 54, SeuffBl. **08** 857, Holdheims MSchr. **08** 126 ff. Vereinbarungen von Unternehmern, um gemeinschaftlich eine angemessene Erhöhung der bei Submissionen üblich gewordenen niedrigen Preise anzustreben durch die Festsetzung von Mindestgeboten mit der Abrede, daß die übrigen Teilnehmer das Mindestgebot überbieten, verstoßen an sich nicht gegen die guten Sitten. c) R. **08** 557 f. (Hamm). Eine Vereinbarung von Unternehmern über die Zahlung von Abfindungsgeldern an die Konkurrenten bei einer Submission verstößt gegen die guten Sitten, wenn hierbei gleichzeitig vereinbart wird, daß jeder Submittent seine Offerte um diese Abfindungssumme erhöhen solle. d) MecklZ. **26** 254 (Rostock) hat eine Vereinigung als gegen die guten Sitten verstoßend erklärt, die bezweckt, beim Ankaufe von Bauterrain dieses sich nicht gegenseitig durch Überbieten zu verteuern, um es möglichst zu unangemessenem Preise zu kaufen und es dann unter den Mitgliedern mit der Maßgabe zur Versteigerung zu bringen, daß der erzielte Überschuß den sämtlichen Vereinsmitgliedern zugute gebracht wird. e) R. **08** 446, BadRpr. **08** 142 (Karlsruhe). Ein pactum de non licitando verstößt nur dann gegen die guten Sitten, wenn die besonderen Umstände des Falles den Vertrag zu einem unsittlichen stempeln. f) OLG. Hamburg über pactum de non licitando, JDR. **6** Ziff. II B 14, hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen vom **RG.** 8. 11. 07, HansGZ. **08** Beibl. 59 bestätigt.

10. Glücksspiel (s. JDR. **5** Ziff. 7 I B f, **6** Ziff. II B 6). a) α. Das **RG.** 30. 1. 08, **67** 355 ff., BayRpflZ. **08** 165, BankA. **7** 316, JW. **08** 191, DJZ. **08** 425 hat im Gegensatze zum OLG. München, JDR. **6** Ziff. II B 6 a, ausgesprochen, daß die Gewährung eines namhafteren Darlehens nicht schon deshalb eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung ist, weil sie dem Darlehnsnehmer die Möglichkeit verschaffen sollte, an einer öffentlichen Spielbank (Monte Carlo) weiter zu spielen, um vorher dort erlittene Verluste wieder einzubringen. Aus dem Gesetze vom 1. Juli 1868 könne nicht ohne weiteres Nichtigkeit gefolgert werden, diese liege vielmehr nur dann vor, wenn besonders erschwerende Umstände, wie etwa eigen-

nützige Absicht des Darlehngebers, gegeben seien. β. **RG.** 21. 9. 08, R. **08** 582, JW. **08** 677. Die Gewährung von Darlehen zum Spiele ist allerdings nicht schon ohne weiteres und grundsätzlich als ein Verstoß gegen die guten Sitten zu betrachten. Wenn aber ein Spieler einem anderen jugendlichen Mitspieler, der bereits hohe Summen gesetzt und verloren hat und, um weiterspielen zu können, darauflos borgt, während des Spieles bares Geld vorschießt in der Absicht, ihm das Weiterspielen zu ermöglichen und ihn dazu anzureizen, für sich aber durch sein eigenes Mitspielen die Möglichkeit schafft, von dem, was der andere in seiner leichtsinnigen Spiellust und Unerfahrenheit verlieren werde, seinerseits große Beträge zu gewinnen, so ist die Gewährung der Darlehen als eine den guten Sitten zuwiderlaufende Handlung anzusehen. **b)** SchlHolst. Anz. **08** 221 (Kiel). Ein Kaufvertrag über Spielautomaten enthält keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

11. Versicherungsrecht (s. JDR. **6** Ziff. II B 8). **RG.** R. **08** 254, LeipzZ. **08** 463. Die Bestimmung in Versicherungsbedingungen, daß eine Zinsvergütung für die Zeit bis zur Auszahlung der Versicherungssumme nicht stattfinde, verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten. Ihre Anwendung ist jedoch ausgeschlossen, wenn sich der Versicherer seiner Zahlungspflicht arglistig, z. B. durch Erhebung wissentlich unbegründeter Einwendungen, Veranlassung von Prozessen u. dgl. entzieht.

12. Gesellschaftsrecht (s. JDR. **6** Ziff. II B 9). **a) RG. 69** 134 ff., DJZ. **08** 117, BadRpr. **08** 267. Wenn ein Teilhaber einer GmbH. beim Verkaufe seines Geschäftsanteils mit dem Käufer verabredet, daß er zwar der Gesellschaft gegenüber Gesellschafter bleiben solle, daß er aber verpflichtet sei, alle Rechte als Gesellschafter lediglich für den Käufer und nur nach dem Willen des Käufers auszuüben, insbesondere bei den Versammlungen der Gesellschafter nur die Interessen des Käufers wahrzunehmen und bei Ausübung des Stimmrechts seinen eigenen Willen dem des Käufers hintanzusetzen, so liegt ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft jedenfalls dann vor, wenn in dem Gesellschaftsvertrage die Übertragung der Geschäftsanteile von der Genehmigung eines Geschäftsorgans abhängig gemacht, die rechtsgeschäftliche Verfügung über den Geschäftsanteil somit der privatgeschäftlichen Willkür entzogen war. **b)** α. SeuffA. **63** 307 (BayObLG.). Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Zahnarzt einen anderen gegen eine einmalige Vergütung als Teilhaber aufnimmt. β. R. **08** 293 (BayObLG.). Die Vereinbarung einer Geldleistung für die Aufnahme eines jüngeren Arztes seitens eines älteren behufs gemeinschaftlicher Praxisausübung verstößt selbst dann nicht gegen die guten Sitten, wenn die Geldleistung auch die Ausgleichung für die vereinbarte Alleinübernahme der Praxis nach dereinstiger, voraussichtlich erst nach Jahrzehnten eintretender Arbeitsunfähigkeit des älteren Arztes enthält. **c)** α. **RG.** 8. 4. 08, **68** 243 ff., DJZ. **08** 705, BankA. **7** 300, JW. **08** 462, HoldheimsMSchr. **08** 173. Auch Beschlüsse einer Generalversammlung können nichtig sein, weil sie Rechtsgeschäfte enthalten, die gegen die guten Sitten verstoßen.— In dem Ausschlusse des Bezugsrechts der Aktionäre, verbunden mit der Begebung der Aktien an Anhänger der Mehrheit zu dem Zwecke, diese zu stärken und die Minderheit zu schädigen, in der Ablehnung des Angebots des Klägers und in dem mit den Beschlüssen verfolgten Zwecke, nach teilweisem Verkaufe der Stammaktien sich die Mehrheit zu erhalten, kann ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht erblickt werden. β. **RG.** 1. 5. 08, **68** 317, darüber, daß der Beschluß einer Generalversammlung über die Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats gegen die guten Sitten verstoßen kann, wenn die Mehrheit der Aktionäre bei der Beschlußfassung vorsätzlich zum Nachteile der Gesellschaft oder zum Nachteile der Minderheit gehandelt hat.

13. § 138 bei Kaufgeschäften (s. JDR. **6** Ziff. II B 15). **RG.** 24. 1. 08, HoldheimsMSchr. **08** 103. Wenn auch in der Regel eine Verpflichtung desjenigen, dem ein Kaufangebot gemacht wird, den Vertragsgegner auf einen ihm bekannten Irr-

tum desselben bezüglich der Wertverhältnisse der Ware aufmerksam zu machen, nicht anzuerkennen sein wird, so ist doch unter Umständen in dem Eingehen auf ein solches Geschäft seitens des Käufers unter Belassung des unkundigen Verkäufers in dem Irrtum ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden.

14. § 138 im Familienrechte (s. IDR. **4** Ziff. 9 I B t, **5** Ziff. 7 I B g, **6** Ziff. II B 11). **a)** Eherecht. α. **RG.** 2. 12. 07, IW. **08** 28. In jeder Abmachung künftiger Ehegatten über eine Einschränkung der Kinderzahl ist nicht schlechthin und unter allen Umständen ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken. Die Ehefrau ist zur ehelichen Beiwohnung nicht verpflichtet, wenn ihr aus der Beiwohnung selbst oder aus einer Schwangerschaft und Geburt außergewöhnlich schwere Gefahr für Leben und Gesundheit droht. — Bestand ein Leiden, welches die Furcht vor dem Kindersegen rechtfertigte, bei der Verlobten zur Zeit der angeblichen Verabredung über die künftige Kinderzahl, so kann die Verabredung schon objektiv ihrem Inhalte nach nicht als eine unsittliche bezeichnet werden. Nun kann zwar die Unsittlichkeit unter Umständen auch aus der subjektiven Seite des Rechtsgeschäfts, aus den Beweggründen und den von den Beteiligten verfolgten Zwecken des Geschäfts abgeleitet werden. Dies kann aber nicht dazu führen, das ganze Rechtsgeschäft schon dann als sittlich anstößig und deshalb nichtig zu erklären, wenn der eine Teil (der Verlobte, welcher das Leiden seiner Braut nicht kannte) bei Abschluß des Geschäfts auf der anderen Seite fälschlich und irrtümlich unlautere Zwecke und Beweggründe voraussetzt, und diese in Wahrheit gar nicht vorhandenen Momente auch seinerseits gutheißt. β. **RG.** R. **08** 2 f. Hat ein Ehemann, der sich des fortgesetzten Ehebruchs mit einer anderen Frauensperson schuldig gemacht hat, in dem Wunsche, seine Konkubine heiraten zu können, seine Ehefrau durch Versprechen einer bestimmten Leibrente veranlaßt, einer von ihm zu erhebenden, auf gegenseitige Einwilligung — nach den noch in Betracht kommenden Bestimmungen des PrALR. — zu stützenden Scheidungsklage nicht zu widersprechen, so ist darin ein gegen die guten Sitten verstoßendes Abkommen zu finden. Das Rentenversprechen ist deshalb nichtig. γ. R. **08** 487 (BayObLG.). Eine Abmachung zwischen den im Scheidungsprozesse stehenden Gatten, wonach die Klägerin gegen Gewährung beträchtlich höheren als des gesetzlichen Unterhalts sich verpflichtet, ihre Klage nicht zurückzuziehen und gegen eine etwaige Abweisung alle Rechtsbehelfe zu ergreifen, event. die Klage zu erneuern, der Beklagte aber die Prozeßkosten ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses übernimmt, ist ihrem ganzen Inhalte nach nichtig. δ. **RG.** 5. 12. 07, R. **08** 46. Ein Vertrag zwischen geschiedenen Gatten, der die Unterhaltspflicht des schuldigen Gatten regelt und zugleich die Zusicherung des anderen Gatten enthält, daß Strafantrag nicht gestellt werde, verstößt jedenfalls dann nicht gegen die guten Sitten, wenn die zugesagten Leistungen über dasjenige nicht hinausgehen, was an sich schon kraft Gesetzes zu leisten war. ε. PosMSchr. **08** 134 (Posen). Der Verzicht des Mannes auf das Namensuntersagungsrecht gegen das Versprechen der Frau, der Scheidungsklage nicht zu widerstreben, ist nach § 138 nichtig. **b)** **RG.** R. **08** 389. Ein Vertrag, durch den ein Vater die Erziehung seines Kindes ganz dem anderen Elternteil überträgt und sich selbst von der Sorge für die Person des Kindes vollständig lossagt, ist gegen die guten Sitten und darum nichtig.

15. Verträge mit geistig geschwächten Personen (s. IDR. **5** Ziff. 7 I B m). **a)** **RG.** R. **08** 2. Ein allgemeiner Rechtssatz, ein Vertrag mit einem geistig Geschwächten verstoße gegen die guten Sitten, wenn er durch den Vertrag eine große Einbuße erleidet, kann nicht anerkannt werden. Es muß mindestens ein Ausbeuten der erkannten Geistesschwäche des Vertragsgegners vorliegen. **b)** **RG.** R. **08** 583. Die Ausbeutung der geistigen Minderwertigkeit und Beschränktheit eines Menschen zum Zwecke des Ankaufs seines Grundstücks für kaum ein Drittel des wahren Wertes verstößt gegen die guten Sitten.

16. **RG.** 15. 10. 07, GruchotsBeitr. **52** 1027 ff. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn Rechte aus einem Vergleiche geltend gemacht werden, obwohl die ihm zugrunde liegende Forderung erdichtet ist, dies aber dem anderen Teile zur Zeit des Abschlusses des Vergleichs bekannt war.

17. **RG.** 14. 2. 08, JW. **08** 234, R. **08** 190. Mag es auch noch mit den guten Sitten vereinbar sein und sich aus einem berechtigten Interesse des Darlehnsvermittlers rechtfertigen lassen, daß er sich die Zahlung der Provision auch für den Fall ausbedingt, daß der Auftrag vor der Ausführung widerrufen werden sollte, und daß er den Auftraggeber verpflichtet, den Namen der geldgebenden Bank gegen jedermann geheim zu halten, so verstößt es doch gegen die guten Sitten, wenn er a) sich von dem Auftraggeber das Versprechen geben läßt, auch jedes weitere Darlehen, dessen er etwa in Zukunft bedürfen sollte, unter denselben Bedingungen nur durch ihn nachzusuchen, b) den Auftraggeber verpflichtet, Personen, von denen er erfahren, daß sie ihnen zustehende Erbschaften zu beleihen oder zu verkaufen wünschten, an ihn zu verweisen.

18. **RG.** R. **08** 268. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der gegen Tierschäden versicherte Tierhalter es unterläßt, bei Aufnahme eines anderen (seiner Mutter) in seinen Wagen die Haftung des Tierhalters auszuschließen.

19. **RG.** R. **08** 685. Die Bewilligung einer Sicherungshypothek für eine Stadtgemeinde wegen ihrer aus der Verpflegung der Ehefrau und Miteigentümerin des Grundstücks des Bestellers folgenden, auf § 62 UnlWG. gestützten Ersatzansprüche verstößt nicht gegen die guten Sitten, selbst wenn der Besteller dazu durch die Vorstellung des Bürgermeisters bewogen ist, seine anderen Gläubiger könnten ihm dann nichts mehr anhaben.

20. R. **08** 117 (Stettin). Der bloße Umstand, daß durch Abtretung Mietzinsen dem Zugriffe der Hypothekengläubiger entzogen worden sind, ist nicht geeignet, dem Abtretungsgeschäfte den Charakter als eines gegen die guten Sitten verstoßenden zu verleihen. Das Gesetz läßt solche Abtretung von Mietzinsen für einen gewissen Zeitraum zu und die Hypothekengläubiger müssen sie sich gefallen lassen, wenn sie nicht vor Erteilung der Zession die Beschlagnahme der Mieten erwirkt haben.

21. **RG.** R. **08** 686. Das Versprechen des Mieters, das Haus gegenüber Kauflustigen „nicht schlecht zu machen", widerspricht nicht ohne weiteres den guten Sitten.

22. KGBl. **08** 19 (KG.). Eine Zession, welche nur zu dem Zwecke geschieht, damit der Zedent als Zeuge vernommen werden kann, verstößt gegen § 138.

23. GewuKfmG. **13** 168 (KfmG. Mainz) darüber, daß unter Umständen die Vereinbarung der Zuständigkeit eines örtlich unzuständigen KfmG. nichtig ist.

24. BayObLG. **9** 149. Die rückwirkende Kraft der Vorschriften des § 138 erstreckt sich nicht auf Rechtsgeschäfte, die unter der Herrschaft des früheren Rechtes erfüllt worden sind.

§ 138. Abs. 2. A. Notlage (s. JDR. **2** Ziff. 6 II b, **5** Ziff. 7 II B, **6** A). a) **RG.** JW. **08** 142. Die Anführung, daß jemand weder fruchtlos gepfändet worden sei, noch den Offenbarungseid geleistet habe, tut die Abwesenheit seiner Notlage dar. Ergibt sich, daß die im Besitze des Bewucherten befindliche wertvolle Wohnungseinrichtung ihm zur Begründung einer Pension und damit einer Existenz unentbehrlich war, so erscheint es keineswegs von vornherein ausgeschlossen, daß er, wenn er die Einrichtung aus der bisherigen Wohnung entfernen und zugleich den geschuldeten Mietzins beschaffen mußte, einem unabweislichen Kreditbedürfnisse gegenüberstand und sich in einer dringenden Not befand. **b)** **RG.** R. **08** 533. Die Notlage im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB. erfordert, daß der Bewucherte genötigt war, das ihm nachteilige Geschäft einzugehen.

B. Wucherisches Geschäft (s. JDR. **6** B). a) **RG.** JW. **08** 191. Hat einer von zwei Wechselsolidarschuldnern, die im Verhältnisse zueinander die Wechsel-

schulden je zur Hälfte tilgen wollten, das Ganze bezahlt, so kann der andere die Erstattung des auf seinen Anteil fallenden Betrags nicht deshalb verweigern, weil die Wechsel durch ein Wuchergeschäft zustande gekommen sind. Es verhält sich ähnlich, wie beim Auftrage zur Zahlung einer Wucherschuld; der Auftraggeber kann dem Beauftragten, der den Auftrag ausgeführt und gezahlt hat, nicht entgegenhalten, daß er zu nichts verpflichtet gewesen sei. b) **RG.** R. **08** 649. Die Erlangung einer Sicherungsübereignung als solche ist noch nicht Ausbeutung. Die Übereignung von Gegenständen im Werte von 15 000 M. zur Sicherung einer Forderung von 5512 M. steht an sich noch nicht in einem auffallenden Mißverhältnisse zu diesem Forderungsbetrage. c) **RG. 67** 404, JW. **08** 191. Ein Vertrag zwischen zwei Bewucherten, durch den sich der eine dem anderen gegenüber verpflichtet, einen Teil des infolge Wuchers Gezahlten zu erstatten, verstößt nicht gegen § 138.

C. Unerfahrenheit (s. JDR. **3** Ziff. 6 II B). R. **08** 189, PosMSchr. **08** 6 (Königsberg). Unerfahrenheit ist die einem Menschen anhaftende Eigenschaft, die auf einem Mangel an Sachkenntnis und Lebenserfahrung im allgemeinen oder in einem beschränkten Gebiete des menschlichen Wirkens beruht und ihrem Wesen nach eine Einschränkung der Befähigung zur Wahrnehmung von Zuständen und Geschehnissen oder zu deren richtiger Beurteilung bedeutet.

D. Leichtsinn (s. JDR. **3** Ziff. 6 II D). **RG.** DJZ. **08** 1221. Der Begriff des Leichtsinns wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nach einem wohldurchdachten Plane gehandelt wurde.

§ 139. I. 1. *Reichel, AcivPr. **104** 70. § 139 ist da unanwendbar, wo das Gesetz einen Rechtsgeschäftsteil nicht für nichtig, sondern vermöge einer Fiktion für fehlwirksam, d. h. für anders wirkend, als die Parteien dies beabsichtigt haben, erklärt (z. B. § 566).

2. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 492. Der § 139 findet auch auf anfechtbare Rechtsgeschäfte Anwendung.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 1. 5. 08, **68** 322 ff., R. **08** 389, JW. **08** 445, DJZ. **08** 873. Von der Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts kann nicht gesprochen werden, wenn der vermeintlich nichtige Teil überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Der § 139 beruht auf der Erwägung, daß den Beteiligten, die einen einheitlichen umfassenderen Rechtserfolg zu verwirklichen bezwecken, eine nur teilweise Verwirklichung dieses Erfolges nicht gegen ihren Willen aufgedrungen werden darf. Wenn dagegen die Beteiligten eine der rechtlichen Bedeutung ihrem Willen entsprechend entbehrende Abrede mit einer solchen von rechtsgeschäftlicher Bedeutung in einheitliche Verbindung bringen, so tritt der gewollte Erfolg in vollem Umfang ein: soweit nicht ein rechtliches, sondern nur ein tatsächliches unverbindliches Verhältnis gewollt ist, dieses tatsächliche Verhältnis, soweit ein Rechtserfolg gewollt ist, dieser rechtliche Erfolg. Ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft steht hier nicht in Frage.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 130, DJZ. **08** 594, LeipzZ. **08** 546. Die Fälle, in denen eine GmbH. für nichtig erklärt werden kann, sind im § 75 GmbHG. ausschließlich geregelt, so daß § 139 BGB. keine Anwendung findet.

3. **RG.** R. **08** 294. Haben Parteien einen Kauf- und Mietvertrag hinsichtlich verschiedener Gegenstände abgeschlossen, so sind der Verkauf und die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium nicht um deswillen nichtig, weil einzelne der Gegenstände als selbständige Sachen nicht verkauft, andere als verbrauchbare Sachen nicht vermietet werden konnten, sofern nur die Beteiligten diese Rechtsgeschäfte auch abgesehen von den letzteren Gegenständen abgeschlossen haben würden.

4. **RG.** 8. 2. 08, R. **08** 190, SeuffA. **63** 257. Liegt einem Wechselbegebungsvertrag ein wucherisches Geschäft zugrunde, so ergreift die Nichtigkeit nicht nur den dem wucherischen Vorteil entsprechenden Betrag, sondern das ganze Geschäft; auch

derjenige Teilbetrag kann nicht klagend geltend gemacht werden, für den tatsächlich ein Darlehen gewährt worden ist.

§ 140. 1. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 340 ff. Ein Bürgschaftsvertrag, der vom Schuldner durch Anfechtung seiner Erklärung aus dem Grunde vernichtet ist, weil er des irrigen Glaubens war, sich durch den Vertrag als Gesamtschuldner zu verpflichten, wird als Schuldbeitritt aufrechterhalten. Dagegen kann der durch Anfechtung aus entsprechendem Grunde beseitigte Schuldbeitrittsvertrag niemals als Bürgschaft aufrechterhalten werden.

2. **RG.** R. **08** 326. § 140 bezieht sich nicht auf den Fall, wo die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts darin ihren Grund hat, daß es von einem Nichtberechtigten oder unter Überschreitung der Grenzen einer erteilten Ermächtigung vorgenommen ist.

§ 141. 1. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 491, 493. Nicht Änderung des Vertragsinhalts, sondern nur Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts, die auf mehrfache Art (z. B. Erhebung einer Widerklage auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäfts) erfolgen kann, bewirkt dessen Aufrechthaltung. Diese Bestätigung — auch im Sinne des § 144 — bedingt, daß die spätere ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung frei von der unzulässigen Einwirkung ist (529).

2. ElsLothJZ. **08** 428 (Colmar). Die Kinder können als die gesetzlichen Erben einen von ihren Eltern abgeschlossenen Vertrag (elterliche Teilung), der für die unter Pflegschaft stehende, geschäftsunfähige Mutter nicht die vormundschaftliche Genehmigung erhielt und deshalb rechtsunwirksam war, in analoger Anwendung des § 141 dadurch rechtsverbindlich erneuern, daß sie denselben nach dem Tode der Eltern in allen seinen Teilen, insbesondere auch hinsichtlich der Auflassung und Eintragungsbewilligung, bestätigen.

§ 142. I. *Schreiber, GruchotsBeitr. **52** 515 ff. Aus § 142 Abs. 2 ist zu entnehmen, daß die Anfechtung grundsätzlich dinglich wirkt. Eine besondere „Behandlung" des bösgläubigen Dritten, wie sie § 142 Abs. 2 voraussetzt, sieht das BGB. nur auf sachenrechtlichem Gebiete vor und zwar durch Versagung des Eintritts der gewollten dinglichen Wirkung. Im Gegensatze zu Abs. 1 kann daher Abs. 2 nur die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts — als Folge der Bösgläubigkeit — im Auge haben, wenn er von Nichtigkeit des „Rechtsgeschäfts" spricht. Wo — wie bei der Abtretung von Forderungen, bei Zwangsvollstreckungen — der gute Glaube beim Erwerb überhaupt nicht geschützt ist, ist dies auch gegenüber der Anfechtung nicht der Fall; die Verfügung ist in diesen Fällen — ohne unterschiedliche Behandlung des gut- und bösgläubigen Dritten — ausnahmslos nichtig. Der Zweifel an der dinglichen Wirkung der Anfechtung ist dadurch hervorgerufen worden, daß die Motive an verschiedenen Stellen (II 830; III 187) im Widerspruche mit anderen Äußerungen (I 205, 219) den Anfechtungsberechtigten — zufolge des abstrakten Charakters des dinglichen Vertrags — auf den Weg der Kondiktion verweisen.

II. **a)** **RG.** 29. 5. 08, **69** 13 ff. Wird ein dingliches, auf Eigentumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft angefochten, so ist die Rechtslage so zu beurteilen, als ob Eigentum niemals übergegangen gewesen sei. Soweit in der Zeit zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und der Anfechtung ein Dritter auf Grund der für den Erwerb in gutem Glauben geltenden Grundsätze ein dingliches Recht erworben hat, kann dieses selbstverständlich infolge der Anfechtung nicht wieder in Wegfall kommen. Dies gilt aber nicht von obligatorischen Rechten — z. B. dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte des § 369 HGB. —, bei denen das Gesetz einen Erwerb auf Grund der Gutgläubigkeit regelmäßig nicht kennt. **b)** **RG.** 3. 7. 08, SeuffA. **64** 52, R. **08** 510. Auch die lediglich einredeweise erfolgende Anfechtung eines Rechtsgeschäfts hat — die Berechtigung dieser Erklärung vorausgesetzt — die Wirkung, daß das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

§ 143. I. Abs. 3. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 723, 732 f. Bei einem einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte, das mehreren gegenüber vorgenommen werden kann, ist nur der tatsächliche Erklärungsempfänger Anfechtungsgegner, nicht derjenige, dem die Erklärung hätte abgegeben werden können, aber nicht abgegeben ist.

II. Aus der Praxis. 1. Erklärung der Anfechtung (s. JDR. **6** Ziff. II 1). **a) RG.** R. **08** 462. Die Prozeßbehauptung des Betrugs enthält nicht ohne weiteres auch die Anfechtungserklärung; letztere kann zwar formlos, muß aber unzweideutig sein. **b) RG.** R. **08** 78. Die Anfechtung eines Gesellschaftsvertrags kann in der Erklärung des einen Gesellschafters gefunden werden, daß er infolge des Ausbleibens eines gewissen Ereignisses von jeglichem Gewinn absehe und seine Einlage zurückverlange. **c) RG.** JDR. **6** Ziff. II 1 a, jetzt auch SeuffA. **63** 135.

2. OLG. Colmar, JDR. **6** Ziff. II 3, jetzt auch ElsLothJZ. **08** 454.

§ 144. 1. **RG.** 20. 5. 08, **68** 398 ff., JW. **08** 475 f. Zur Bestätigung bedarf es keiner empfangsbedürftigen, d. h. dem anderen Teile gegenüber abzugebenden Willenserklärung. Es sollen vielmehr — Prot. bei Mugdan I 731 — darunter „alle Fälle rechtlicher und tatsächlicher Verfügung des Anfechtungsberechtigten" fallen, „welche den Willen offenbaren, trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit beim Rechtsgeschäfte stehen zu bleiben". Erforderlich ist aber die Kenntnis des Anfechtungsrechts, das ist der Anfechtbarkeit (vgl. **RG. 65** 403).

2. **a) RG.** 10. 7. 08, R. **08** 534. Darin, daß der Pächter einer Fischerei, der bei Abschluß des Pachtvertrags arglistig getäuscht worden ist, nach Kenntnis der Täuschung die Ausübung der Fischerei zunächst fortsetzt, ist nicht ohne weiteres eine Bestätigung des anfechtbaren Pachtvertrags zu erblicken. **b) RG.** 20. 5. 08, **68** 398 ff., JW. **08** 475. Ist ein Käufer bei Abschluß des Kaufgeschäfts von dem Verkäufer durch unwahre Angaben über den Wert der Kaufsache arglistig getäuscht worden, so kann in der in Kenntnis des Minderwerts der Sache erfolgten Weiterveräußerung allein noch nicht eine Genehmigung des gemäß § 123 anfechtbaren Kaufgeschäfts gefunden werden. Zur Annahme einer Genehmigung ist vielmehr weiter die Feststellung erforderlich, daß der Käufer bei der Weiterveräußerung auch gewußt oder erkannt hat, daß der Verkäufer, als er ihm beim Abschlusse des Kaufgeschäfts die unrichtigen Angaben über den Wert der Sache machte, sich dieser Unrichtigkeit bewußt gewesen sei und durch die wissentlich unrichtigen Angaben den Käufer in seinen Entschließungen habe beeinflussen wollen.

3. **RG.** JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 144, jetzt auch ZBlFG. 8 687.

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Giesecke, Die sofortige Annahme eines mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrags (§ 147 Abs. 1 BGB.), EisenbE. **25** 104—106. — Sokolowski, Willenserklärungen mittels Fernsprecher und Ferndruckers Rostocker Diss. 1908.

§§ 145 ff. RG. R. **08** 389. Hat über einen Vertragsabschluß zwischen den Parteien ein Briefwechsel stattgefunden, so kann je nach den Umständen des Einzelfalls in dem Stillschweigen des einen Teiles auf das letzte Schreiben des anderen die Zustimmung zu dem in diesem Schreiben niedergelegten Vertragsinhalte gefunden werden.

§ 145. *Klein, OestCBl. **27** 120. Wer seinen Antrag unter Ausschluß der Gebundenheit gestellt hat, hat nach Eintreffen der Annahmeerklärung den Annehmenden unverzüglich zu verständigen, wenn er den Vertrag als nicht geschlossen anerkennt.

§ 147. 1. *Falkmann, Rechtsstellung des Boten 35. Eine durch Boten schriftlich überbrachte Offerte ist ein Antrag unter Abwesenden, eine mündlich durch Boten übermittelte ein Antrag unter Anwesenden.

2. Willenserklärungen mittels Telephons (s. JDR. 1 Ziff. 4, 3 Ziff. 1). Giesecke, EisenbE. 25 104 ff. „Sofort" ist mehr wie „unverzüglich", deshalb hat die Annahme unmittelbar nach dem Verhallen der Offerte zu erfolgen, widrigenfalls die Gebundenheit des Antragenden erlischt. — Wenn nach erfolgtem Antrage die telephonische Verbindung unterbrochen wird, so endet die Gebundenheit des Antragstellers. — Wenn nach noch so kurzer Zeit die Verbindung wiederhergestellt ist und der Oblat nun den Antrag annimmt, so ist, da die Annahme nicht sofort erfolgt und die Gebundenheit des Antragstellers erloschen ist, doch kein Vertrag zustande gekommen (aM. Dernburg, Bürg. R. I 388 Anm. 12 und Sokolowski 26). Eine solche Annahme gilt nach § 150 als neuer Antrag. Ob Treu und Glauben den Antragsteller verpflichten, sich auf die verspätete Annahme zu erklären, ist je nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Zu berücksichtigen wird dabei sowohl die Art der Offerte, wie die Zeit der Unterbrechung sein. — Nimmt der Antragsempfänger, wenn nach Abgabe der Offerte die telephonische Verbindung unterbrochen wird, den Antrag sofort an und sendet, da der telephonische Weg verschlossen ist, die Annahmeerklärung sofort in schriftlicher oder telegraphischer Form ab, so ist die Annahme nicht „sofort" erfolgt, denn der Sinn der Bestimmung des § 147 Abs. 1 Satz 2 ist, daß auch die Annahme mittels Fernsprechers von Person zu Person zu erfolgen habe. — Eine Anzeige von dem verspäteten Eintreffen der Annahmeerklärung gemäß § 149 ist nicht nötig, weil der Oblat weiß, daß die Annahmeerklärung zu spät eintrifft. — Eine Willenserklärung mittels Fernsprechers geht solchen Personen, die sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befinden, nicht zu, gleichgültig, ob derjenige, der die Willenserklärung abgibt, den Zustand des Empfängers erkennt oder nicht. — Hat der Erklärungsempfänger, um das Zugehen einer Willenserklärung, zu deren Entgegennahme er verpflichtet ist, zu verhindern, sich absichtlich in einen Zustand der Bewußtlosigkeit versetzt, so würde die Erklärung als ihm zugegangen anzusehen sein (vgl. Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 87).

3. Über einen Fall verspäteter Abnahme im Sinne von Abs. 2 **RG.** 4. 3. 08, SächsRpflA. **08** 267, BankA. **7** 239, DJZ. **08** 538.

§ 149. *Klein, ÖstZBl. **26** 886 ff., nimmt bei Gelegenheit der Besprechung des § 120 des Entwurfs zur Ergänzung des ÖstAGBGB. zu § 149 Stellung.

§ 150. Abs. 2. **RG.** 29. 10. 07, HoldheimsMSchr. **08** 42, BankA. **7** 187. Wenn ein Bankier Waren, die er dem Verkäufer bevorschußt hat, dem Käufer unter gleichzeitiger Übermittelung eines sog. Vinkulationsbriefs übersendet, in welchem er sich bis zur Honorierung einer über den Kaufpreis auf den Käufer gezogenen Tratte das Eigentum an der Ware vorbehält und bestimmt, daß dieselbe bis dahin „kommissionsweise" beim Käufer verbleiben soll, so erlangt er lediglich dadurch, daß der Käufer über die Ware verfügt, gegen denselben noch keinen vertragsmäßigen Anspruch auf Einlösung der Tratte, wohl aber kommt eine Haftung des Käufers auf Schadensersatz wegen Verletzung der von ihm übernommenen Verwahrungspflicht in Frage.

§ 151. 1. a) R. **08** 3 (Colmar). Wenn über die Emballage (Säcke) einer Ware nichts von vornherein ausgemacht ist, der Verkäufer aber deren Sendungen während seiner dauernden Geschäftsverbindung mit Fakturen begleitet, in denen die Rücksendung der leeren Emballage binnen 3 Monaten verlangt und angekündigt wird, er werde dieselbe nach fruchtlosem Ablaufe der Frist mit 0,48 M. das Stück fakturieren, so liegt darin zunächst eine Leihe (§ 604 Abs. 1 BGB.) der Säcke auf 3 Monate, sodann ein Anerbieten an den Käufer der Ware, dieselbe ihm, wenn er sie über diese Frist hinaus behalten wolle, zum Preise von 0,48 M. zu verkaufen. Sendet sie der Abnehmer nicht zurück, sondern verfügt er über sie, indem er sie zur Verpackung der von ihm an seine Kunden versendeten Ware verwendet, so kann darin

eine Annahme jenes Anerbietens erblickt werden. **b)** SchlHolstAnz. **08** 90 (Kiel). Eine Annahme des in einer Bestellung liegenden Kaufangebots liegt nicht darin, daß ein Fabrikant die Herstellung des bestellten Gegenstandes in seiner Fabrik in Auftrag gibt.

2. DJZ. **08** 710 (PrOVG.). Dem § 151 darf eine über das bürgerliche Recht hinausgehende Tragweite nicht beigelegt werden. Der Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken ist nicht in ihm zu finden, denn mit der für maßgebend erklärten Verkehrssitte ist allein oder doch vorwiegend nur das Gebräuchliche — die Sitte — auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes gemeint.

§ 152. **RG.** 19. 5. 08, **68** 393, JW. **08** 444. Die Bestimmung des § 152 muß auch auf die gemäß Art. 12 § 2 PrAGBGB. aufgenommenen Vertragsverhandlungen Anwendung finden, da diese gleichwertig mit den vor Notar oder Gericht geschehenen Vertragsbeurkundungen sind.

§ 154. I. *Reichel, ACivPr. **104** 1 ff. Ist Beurkundung des Vertrags verabredet, wird aber dennoch die vertragsmäßige Leistung bewirkt und angenommen, so erklären hierdurch die Parteien im Zweifel, daß sie den Vertrag als bereits gültig ansehen.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** OLG. **16** 383 (Breslau). Bei vorbehaltener Einigung über die Zahlungsweise ist ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen. **b)** **RG.** R. **08** 3. Es ist möglich, daß die Parteien auch einen einzelnen Punkt, über den eine Einigung erzielt ist, als für sich bindend gewollt haben. Alsdann ist das Abkommen hierüber verbindlich.

2. **RG.** **68** 6 ff., DJZ. **08** 363, JW. **08** 134 behandelt einen Fall von Nichtübereinstimmung des Willens infolge des Gebrauchs eines einem Telegraphenschlüssel entnommenen Phantasieworts, dem jede Partei einen anderen Sinn unterlegt.

3. **RG.** BadRpr. **08** 60 ergänzt einen lückenhaften Vertrag durch entsprechende Anwendung der in den §§ 133 und 157 enthaltenen allgemeinen Grundsätze und verneint das Vorliegen eines Dissenses. — Die Ansicht R. Leonhards, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge Teil I 168, ein Fall unschädlichen Dissenses sei auch dann anzunehmen, wenn der Annehmende, der aus Irrtum etwas anderes angenommen hat, nach Aufklärung des Mißverständnisses noch nachträglich dem wirklichen Antrage zustimmte, wird vom Standpunkte des BGB. aus gemißbilligt.

4. Abs. 2. **a)** **RG.** 3. 1. 08, BadRpr. **08** 85, GruchotsBeitr. **52** 927. Ist in einem gemäß § 154 Abs. 2 zu beurkundenden, auch schriftlich niedergelegten, aber nur von einer Partei unterzeichneten Vertrage die Genehmigung der anderen binnen 3 Tagen vorbehalten, so muß deren Vertragsunterschrift binnen 3 Tagen dem Gegner zugehen; bloße mündliche Mitteilung genügt nicht. **b)** **RG.** 4. 1. 08, R. **08** 118. Die Bestimmung bezieht sich nur auf eine Formabrede, die bezüglich eines „beabsichtigten", d. h. erst noch zu schließenden Vertrags getroffen worden ist, nicht auf eine zugleich mit, also bei erzielter Willenseinigung zustande gekommene Vereinbarung über die Beurkundung des geschlossenen Vertrags. Hier ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden, welche Bedeutung die aufzunehmende Urkunde haben soll (z. B. bloßes Beweismittel). Vgl. **RG.** 18. 11. 05, **62** 78, JDR. **5** Ziff. 2. **c)** R. **08** 616 (Hamburg). Die Klausel „ordnungsgemäßen Kontrakt vorbehalten" kann, nachdem sich die Kontrahenten brieflich geeinigt hatten, nur die Bedeutung haben, daß des Beweises halber noch ein formeller Kontrakt hergestellt werden sollte. Die Gültigkeit des Vertrags ist aber durch die Herstellung eines solchen Kontrakts nicht bedingt. **d)** Wie **RG.**, JDR. **5** Ziff. 2, SchlHolstAnz. **08** 85 (Kiel).

§ 157. Literatur: Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung. Jena 1908. (Abdruck aus JheringsJ. **54** 1—80). — Seeler, Unterzeichnung ungelesener oder unverstandener Urkunden, Glossen zur Praxis des RG. Halle a/S. 1908, 1—32.

I. 1. Danz 15 ff. Gebraucht jemand bei Abschluß eines Vertrags Worte, mit denen nach allgemeiner Sitte ein bestimmter Sinn verbunden wird, so ist es gleichgültig, ob er von dieser Bedeutung Kenntnis hat oder nicht. Er hat damit diesen Willen erklärt, und es tritt die entsprechende Rechtswirkung ein. Soll diese nicht eintreten, so muß er dies vorher erklären, sei es durch Worte oder durch ein Verhalten, welches entsprechend der Meinung der Allgemeinheit ergibt, daß er mit den gebrauchten Worten oder dem Verhalten etwas anderes habe zum Ausdrucke bringen wollen als das Verkehrsübliche, d. h. das, was die Allgemeinheit darunter versteht (16).

2. Danz 27 ff. Durch § 157 wird der Richter angewiesen, sich aus den Verkehrssitten, den Gewohnheiten seiner Volksgenossen Rechtssätze und zwar Gewohnheitsrechtssätze zu entwickeln und anzuwenden. Was die Kraft dieser Rechtssätze betrifft, so sind sie sogar stärker als die gesetzlichen Normen, denn sie drängen alle dispositiven zurück; die gesetzlichen Normen kommen für den konkreten Fall nicht in Anwendung. Auch ein aus einer Ortssitte gezogener Rechtssatz drängt die reichsgesetzliche Vorschrift in solchem Falle beiseite, was eine staatliche, landesrechtliche Vorschrift nicht vermöchte. Der Grund für diese Wirkung der Ortssitte liegt darin, daß die dispositiven auslegenden Rechtssätze des BGB. nicht zur Anwendung kommen, wenn ein anderer Wille der Parteien erklärt ist, und weil jede Auslegung, also auch die nach der Ortssitte, gerade die richtige Bedeutung der vorliegenden Willenserklärung in Worten ausspricht. Ist das geschehen, so liegt es dann so, als hätten die Parteien in Worten eine, die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift ausschließende Vereinbarung getroffen. Es wird damit der tacitus consensus in einen solchen in Worten umgewandelt. Diese Anschauung ist wichtig auch für die gesetzlichen auslegenden Vorschriften von Willenserklärungen, da auch durch diese solcher Effekt erreicht wird.

3. Seeler aaO. 3 ff. erörtert einzelne Fälle der Unterzeichnung ungelesener oder unverstandener Urkunden und gelangt zu folgendem Ergebnisse: Eine Bestimmung eines unterzeichneten Vertragsformulars ist nicht schon dann als vereinbart zu betrachten, wenn sie dem rechtsgelehrten Richter bei reiflicher Überlegung und scharfem Nachdenken „klar und unzweideutig" erscheint, sondern nur dann, wenn das ganze Formular und die fragliche Bestimmung so kurz und einfach gefaßt sind, daß anzunehmen ist, die Bestimmung werde auch dem weniger geschäftskundigen Laien bei Anwendung der im Verkehre durchführbaren Sorgfalt „klar und unzweideutig" erschienen sein (32).

II. Aus der Praxis. 1. Allgemeines. a) **RG.** 6. 3. 08, **68** 126 f., JW. **08** 269. Liegt eine rechtsgeschäftliche Erklärung vor, so ist es Aufgabe des Richters, zu ermitteln, welche Bedeutung ihr nach der Auffassung des Verkehrs unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles beizumessen ist, insbesondere wie der andere Teil sie als verständiger Geschäftsmann zu verstehen berechtigt war. **b)** **RG.** 19. 3. 08, R. **08** 583. Soweit nicht ein anderer Wille kundgegeben ist, darf angenommen werden, daß die Beteiligten die Einzelheiten eines Vertrags so geregelt wissen wollten, wie es der allgemeinen Anschauung bei einem Verkehre zwischen billig denkenden Menschen unter den besonderen Umständen des jeweiligen Falles entspricht. c) **RG.** 7. 10. 08, R. **08** 650. Ist ein zweiseitiger Vertrag auf den freien Willen des einen Kontrahenten abgestellt, so widerspricht dessen Ablehnung, von dem Vertrage Gebrauch zu machen, allein noch nicht Treu und Glauben. **d)** **RG.** 4. 11. 08, R. **08** 651. Stellen sich bei der Auslegung eines Vertrags Zweifel heraus, so muß im allgemeinen gegen den Teil entschieden werden, der durch sein Stillschweigen den Zweifel verursacht hat. e) R. **08** 190, PosMSchr. **08** 6 (Königsberg). Da jeder Vertrag Willensübereinstimmung voraussetzt, so sind die aus dem einseitigen Inter-

esse genommenen Gründe, die nur ergeben, was der eine Teil in seinem Interesse zur Vertragsbedingung zu machen sich hätte veranlaßt sehen können, nicht aber, ob, wenn dies geschehen wäre, der andere Teil sich darauf eingelassen haben würde, für die Auslegung völlig bedeutungslos. **f)** **RG.** 27. 10. 06, GruchotsBeitr. **52** 929. Die Auslegung eines Vertrags gegen die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien ist nur aus zwingenden Gründen zulässig, wenn z. B. die Auslegung der Parteien zu einem widerspruchsvollen, unvernünftigen Ergebnisse führen würde. **g)** **RG.** 24. 10. 08, JW. **08** 711. Obgleich das Gesetz die clausula rebus sic stantibus als allgemeinen Grundsatz nicht kennt, wird häufig die Auslegung des Vertrags nach § 157 dahin führen, daß eine Partei infolge veränderter Umstände an ihr Versprechen nicht mehr gebunden ist (vgl. **RG.** **50** 257 f.). Dies gilt auch namentlich in dem Falle, wenn Gläubiger, um ihrem Schuldner entgegenzukommen und den drohenden Konkurs abzuwenden, sich zu einer Stundung ihrer Forderungen entschließen. Es geschieht das in dem Vertrauen, daß sich ihre Aussichten auf Befriedigung, so wie sie zur Zeit der Stundung beschaffen sind, nicht wesentlich verschlechtern. Tritt solche Verschlechterung ein, so würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wollte der Schuldner sie an dem Stundungsversprechen festhalten. **h)** **RG.** R. **08** 582. Soweit für ein Vertragsverhältnis der Parteien gemäß § 346 HGB. die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen sind, kann es darauf, daß einer der Vertragschließenden nach Abschluß des Vertrags deren Anwendung widersprochen hat, nicht ankommen. **i)** **RG.** R. **08** 159. Wenn die Vertragschließenden schon früher in Geschäftsverbindung gestanden haben und die Klägerin in deren Verlauf wiederholt die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten empfangen hat, so bilden sie einen selbstverständlichen Vertragsbestandteil auch dann, wenn im gegebenen Falle die Vertragsbedingungen — ohne Bezugnahme auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen, jedoch auch ohne daß die Klägerin sie ausdrücklich ausgeschlossen hat — in einem telephonischen Gespräche festgestellt worden sind.

2. Konkurrenzverbot. **a)** **RG.** 22. 9. 08, R. **08** 582. Ein Konkurrenzverbot gilt nur so lange, als durch die in Frage kommende geschäftliche Tätigkeit dessen, dem es auferlegt ist, dem anderen Teile ein Vermögensnachteil erwächst. Hat dieser das Grundstück, zu dessen Gunsten das Verbot der Übernahme eines Weinrestaurants oder einer Weinhandlung vereinbart war, zwar verkauft, aber von dem Kaufpreise wegen Zahlungsunfähigkeit nichts erhalten, so hat er noch dasselbe Interesse an dem Konkurrenzverbot, als ob er Eigentümer des Grundstücks geblieben wäre. **b)** **RG.** R. **08** 693. Verpflichtet sich der Verkäufer eines Detailgeschäfts bei Vermeidung einer Vertragsstrafe, in dem Orte ein Drogen-, Chemikalien- und Parfümerie-Ladengeschäft weder zu errichten noch zu betreiben, so kann ihm dadurch nicht etwa jede Vornahme von Detailverkäufen, sondern nur der Betrieb eines solchen Geschäfts von einem Laden aus verboten sein. **c)** Eine stillschweigend zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung, daß der Verkäufer kein Konkurrenzgeschäft am Orte eröffnen dürfe, unterstellt **RG.** JW. **08** 135, DJZ. **08** 425 in einem Falle, wo der 70jährige Verkäufer, wie aus Briefen, die mit dem schriftlichen Kaufvertrag in untrennbarem Zusammenhange standen, hervorging, sich zum Verkaufe seines Geschäfts auf Anraten des Arztes entschlossen hatte und dem mehrere Jahre in dem Geschäfte betätigten Käufer die Übernahme des Geschäfts seit langem in Aussicht gestellt war, weil Verkäufer keinen Sohn besaß. — RG. nimmt an, daß beim Kaufabschlusse zwischen den Parteien Verkäufer sich für den Rest seines Lebens vom Geschäfte zurückziehen wollte und Käufer gerade mit Rücksicht auf diesen erkennbaren Willen das Geschäft übernahm. Nach Treu und Glauben bilde daher das dem Verkäufer auferlegte Verbot, ein Konkurrenzgeschäft an demselben Orte wieder zu eröffnen, einen selbstverständlichen Bestandteil des

Kaufvertrags. d) **RG.** R. **08** 534. Ein Kaufmann, der sich in einem Kartellvertrage bezüglich seiner Geschäftsführung bestimmten Beschränkungen unterworfen, sich insbesondere verpflichtet hat, seinen Kartellgenossen in bestimmtem Umfange keine Konkurrenz zu machen, hat, nachdem er sein Geschäft seinem Sohne übertragen hat, dafür einzustehen, daß die Kartellabreden auch von diesem gehalten werden, wenn nachgewiesen werden kann, daß die Geschäftsübertragung vom Vater auf den Sohn lediglich zu dem Zwecke vorgenommen worden ist, den Kartellvertrag zu umgehen (vgl. JDR. **6** Ziff. II 10). e) **RG.** R. **08** 462. Ein Rechtssatz, daß Konkurrenzklauseln grundsätzlich einschränkend auszulegen seien, besteht nicht. — Die Rechte aus einem Konkurrenzverbot erlöschen nicht ohne weiteres dadurch, daß der Berechtigte ohne Übertragung dieser Rechte das Geschäft weiterveräußert.

3. Versicherungsrecht (s. JDR. **4** Ziff. II 2, **5** Ziff. II 13, **6** Ziff. II 4). a) **RG.** R. **08** 158, JW. **08** 190. Ist bei einer Unfallversicherung in einer sog. Gliedertaxe bestimmt, daß beim Verlust oder vollständiger Lähmung einzelner Glieder im Höchstmaß ein bestimmter Invaliditätsgrad, so bei Verlust eines Beines eine Invalidität von 60 pCt. anzunehmen sei, und daß in den nicht besonders erwähnten Fällen die Beurteilung des Invaliditätsgrades davon abhänge, inwieweit eine Beeinträchtigung des Versicherten vorliege, so darf bei einem komplizierten Beinbruche, der für den Versicherten weder den vollständigen Verlust noch die vollständige Lähmung des Beines, sondern eine hinter diesen höchsten Graden von Gebrauchsunfähigkeit zurückbleibende Schädigung zur Folge hat, die Invalidität doch keinesfalls zu mehr als 60 pCt. angenommen werden. b) **RG.** R. **08** 286, JW. **08** 305. Hat eine Unfallversicherungsgesellschaft gemäß ihren Versicherungsbedingungen einem verletzten Versicherten aufgegeben, sich durch einen Vertrauensarzt der Gesellschaft untersuchen zu lassen, und kommt infolge der hierbei angewandten Röntgenbestrahlung der Versicherte zu Schaden, so hat für diesen Schaden die Versicherungsgesellschaft im vollen Umfang, also gegebenenfalls auch über den Betrag der Versicherungssumme hinaus einzustehen. Denn diese Ersatzpflicht hat ihren Grund nicht in der Versicherung als solcher, sondern in der getroffenen Anordnung und in der durch diese nach dem Sinne des Vertrags erfolgten Übernahme der vollen Garantie. c) **RG.** R. **08** 648. Beantwortet der Versicherungsnehmer eine Frage in der Form eines Urteils, so ist bei der Prüfung der subjektiven Wahrheit zunächst die Anschauung der Volkskreise des Versicherungsnehmers zugrunde zu legen. d) **RG.** 16. 6. 08, **69** 175 ff. Das Unterlassen einer in den Versicherungsbedingungen bei Meidung des Verlustes jeglichen Anspruchs vorgeschriebenen telegraphischen Anzeige kann nicht aus allgemeinen Erwägungen mit der Wirkung als entschuldigt angesehen werden, daß eine Verwirkung nicht eintritt. Nur wenn im einzelnen Falle durch besondere Umstände die Unterlassung der Anzeige ohne Verschulden des Anzeigepflichtigen unterblieben ist, ist eine Berufung auf die Verwirkungsklausel als gegen Treu und Glauben im Versicherungsverkehre verstoßend zu erachten. e) Über die Auslegung der Vertragsbestimmung einer Versicherungsgesellschaft, wonach die Entschädigungspflicht nur eintritt bei Verletzungen, „in deren nachweisbar direkter und alleiniger Folge, ohne Mitwirkung irgendwelcher bereits bestehender oder hinzutretender Krankheiten, krankhafter Zustände, Abnormitäten oder irgend anderer Umstände der Tod eintritt" **RG. 68** 67 f.

4. Bierlieferungsverträge (s. JDR. **5** Ziff. II 9, **6** Ziff. II 7). a) **RG.** R. **08** 510. Wenn eine Brauerei einem Wirte eine Wirtschaft zu einem Preise verkauft, der, wie auch dem Käufer bekannt, um mehrere 1000 M. hinter dem wahren Werte des Kaufgegenstandes zurückbleibt, und zum Ausgleiche hierfür vereinbart wird, daß der Wirt unter hoher Konventionalstrafe verpflichtet sei, 10 Jahre lang das in der Wirtschaft benötigte Bier von der Verkäuferin zu beziehen, so ist

die Annahme nicht zu beanstanden, daß bezüglich des Bierbezugs nur eine Verbindlichkeit des Käufers begründet werden sollte und nicht auch eine Verpflichtung der Verkäuferin, insbesondere nicht eine Verpflichtung dieser dahin, daß sie ausschließlich in eigener Braustätte hergestelltes Bier zu liefern habe. **b)** **RG.** R. **08** 256, JW. **08** 327. Ist in einem Bierlieferungsvertrage, durch welchen sich ein Gastwirt verpflichtet hat, das für seine Wirtschaft benötigte Bier für eine gewisse Zeit ausschließlich von einer bestimmten Brauerei zu beziehen, ein Preis für das zu liefernde Bier nicht festgesetzt, vielmehr im Sinne des Vertrags davon auszugehen, daß der ortsübliche Preis der betreffenden Brauerei maßgebend sein soll, so kann eine Verpflichtung des Wirtes, einen höheren Preis als den bisherigen, der von der Brauerei infolge ihres Beitritts zu einem Ringe mehrerer Brauereien und eines Beschlusses dieses Ringes, nicht unter dem erhöhten Preise ihr Bier abzugeben, gefordert wird, zu zahlen, und auch zu diesem Preise den Vertrag aufrechtzuerhalten, jedenfalls dann nicht anerkannt werden, wenn nicht vom Standpunkte des Brauereibetriebs im Hinblick auf die Steigerung der Produktionskosten die Erhöhung des Bierpreises objektiv sich als angemessen erweist und durch dieselbe, mit Rücksicht auf die Gestaltung der Verhältnisse anderer Wirtschaftsbetriebe, die ungeminderte Betriebs- und Konkurrenzfähigkeit des auf längere Zeit gebundenen Abnehmers nicht in Frage gestellt wird. Eine andere Annahme würde mit dem Grundsatze von Treu und Glauben im Verkehre nicht vereinbar sein (vgl. oben Ziff. II B 1a zu § 138).

5. **a)** **RG.** R. **08** 534. Zur Beurteilung von Vorgängen unter Kaufleuten, die an einem ausländischen Handelsplatz ihre Handelsniederlassungen haben, sind auch die Gebräuche und Anschauungen zu berücksichtigen, die sich dort, wenn auch ursprünglich einem fremden Rechte angehörig, doch auch unter den deutschen Kaufleuten entwickelt haben. **b)** **RG.** R. **08** 687. Wenn bei einer Geschäftsanbahnung ein Kaufmann seinem Kunden zusichert, daß er die Waren zu den billigsten Preisen liefern werde, zu denen er seiner Konkurrenz verkaufen werde, dann aber in dem Bestätigungsschreiben von einem solchen Meistbegünstigungsrechte keine Rede ist, im Gegenteile gesagt wird, daß die Verkaufspreise und Konditionen von ihm bestimmt würden, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß er nach jener Richtung eine Bindung nicht habe übernehmen wollen. **c)** **RG.** R. **08** 295. Derjenige, der einem anderen vorspiegelt, er habe Gelegenheit, Aktien zu 100 pCt. zu kaufen, während er sie für 75 pCt. gekauft hat und dadurch den anderen zum Abschluß eines auf Erwerb dieser Aktien zu 100 pCt. gerichteten Gesellschaftsvertrags veranlaßt, ist diesem zur Erstattung der Differenz zwischen dem Einlagekurs und dem Erwerbspreise verpflichtet. **d)** BadRpr. **08** 90 (Karlsruhe). Wer Faktura über eine ohne Preisvereinbarung bestellte Ware erhält und letztere behält, darf auf die Faktura nicht schweigen, wenn er den Preis nicht bewilligen will. **e)** R. **08** 225 (Hamburg). Ein Kaufmann, welcher seinen Kunden beim Einkaufe von Waren sog. Rabattmarken gibt, ist nach Aufgabe seines Geschäfts nicht ohne weiteres zur Einlösung der Rabattmarken verpflichtet. **f)** **RG.** R. **08** 189. Verpflichtet sich beim Werkvertrage der Besteller zu Akontozahlungen zu gewissen Zeitpunkten, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß eine Verpflichtung zu einer ferneren Akontozahlung auch dann besteht, wenn sich ergibt, daß durch die bereits erfolgten Akontozahlungen der andere Teil für die bisher geleisteten Arbeiten um den Betrag der fälligen Zahlung bereits überzahlt ist. **g)** **RG.** R. **08** 509. Bei der Lieferung eines Maschinenkessels darf eine Vertragsklausel dahingehend: „Betriebstörungen und höhere Gewalt, insbesondere Arbeiterausstände, Verschulden der Transportgesellschaften usw. entbinden von der Einhaltung der übernommenen Lieferfrist, ohne den Geschäftsabschluß aufzuheben", nicht ohne weiteres und ohne daß im einzelnen Falle besondere Umstände darauf hinweisen, einschränkend nur auf solche Umstände bezogen werden, die den Vertragschließenden und seinen Geschäftsbetrieb unmittelbar betreffen.

h) BankA. 7 364 (Celle). Geschäftsbedingungen, welche einen Bankier berechtigen, sich ohne vorherige Verkaufsandrohung aus einem hinterlegten Pfande bezahlt zu machen, falls der Kunde die geleistete Sicherheit nicht innerhalb einer ihm von dem Bankier gesetzten Frist verstärkt, sind für den Kunden in Ermangelung einer ausdrücklichen Einverständniserklärung desselben mit ihrem Inhalte nur dann verbindlich, wenn sie ihm bei Beginn der Geschäftsverbindung oder wenigstens vor Bestellung des Pfandes bekannt gegeben sind, anderenfalls sind für den Verkauf des Pfandes wegen zu besorgender wesentlicher Minderung seines Wertes die Bestimmungen der §§ 1219—1291 maßgebend. **i) RG.** R. **08** 390. Hat der Käufer eines Wirtschaftsgrundstücks bei den Kaufverhandlungen zum Ausdrucke gebracht, daß er nur kaufe, wenn ihm die Wirtschaftskonzession erteilt werde, und ist ihm von dem Verkäufer darauf erwidert worden, es unterliege keinem Zweifel, daß ihm die Konzession erteilt werden würde, so ist der Kaufvertrag als in der gedachten Weise b e d i n g t anzusehen.

6. G e s e l l s c h a f t s r e c h t. **a) RG.** R. **08** 359. Ein für längere Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis, nach welchem eine Exportfirma sich verpflichtet hat, dem anderen Vertragsteile zur Begründung eines Handelsunternehmens im fernen Auslande nach Bedarf Waren bis zu einem hohen Werte gegen Kredit zu liefern, gegen Gewinnbeteiligung und unter Vorbehalt des Rechtes der Einsicht der Bücher und der Bilanzen, das danach im besonderen Maße auf gegenseitigem Vertrauen und verständnisvollem Hand-in-Hand-Arbeiten beider Teile beruht, kann schon vor dem Ablaufe der Zeit, für welche es eingegangen ist, gekündigt werden, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn das gegenseitige Vertrauen geschwunden ist und die Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr vorhanden sind. **b) RG.** R. **08** 558. Wird eine Gesellschaft, die zum Zwecke der Verwertung einer Erfindung gegründet wurde, für die in verschiedenen Ländern Patent- und Gebrauchsmusterschutz erteilt war, durch Vereinbarung der Gesellschafter wieder aufgelöst und dabei bedungen, daß Patent- und Lizenzverkäufe von jedem Vertragsteile nur mit Einwilligung des anderen abgeschlossen werden dürfen, so steht keinem der Vertragsteile das Recht zu, zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft die Versteigerung der gemeinschaftlichen Rechte zu verlangen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund zur Aufhebung der Gemeinschaft vorläge.

7. **a) RG.** JW. **08** 234, ZBlFG. **9** 102. Ist in einem Hypothekenbestellungsakte bestimmt, daß im Falle unpünktlicher Zinszahlung das Kapital auf Verlangen des Gläubigers sofort ohne jede Kündigung fällig und die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, so ist, wenn eine Zinszahlung verspätet erfolgt ist, der Gläubiger nicht noch geraume Zeit später unter Bezugnahme auf jene verspätete Zinszahlung die Rückzahlung des Kapitals zu fordern berechtigt. **b) RG.** R. **08** 3. Hat ein Hypothekengläubiger für ein von einem Dritten zu gebendes Baudarlehen den Vorrang vor seiner Hypothek unter der Bedingung eingeräumt, daß die nach dem Fortschreiten der Bauarbeiten bestimmten Fälligkeitstermine innegehalten würden, so muß er den Vorrang auch für solche Zahlungen gelten lassen, die vor Vollendung der einer bestimmten Baugeldrate entsprechenden Arbeiten als T e i l zahlung zur Befriedigung einzelner Bauhandwerker für die von diesen fertiggestellten Arbeiten erscheinen.

8. **RG.** R. **08** 159. Hat ein Photograph in dem von ihm gemieteten Hause ein photographisches Atelier eingerichtet und mit Rücksicht darauf mit dem Vermieter den Mietvertrag auf Lebenszeit geschlossen, später aber das Haus selbst angekauft, jedoch unter Vorbehalt des Rückkaufsrechts für den früheren Eigentümer, so ist es Auslegungsfrage, ob im Falle der Ausübung des Rückkaufsrechts der Photograph in der bisherigen Weise im mietweisen Besitze der Wohnung und des Ateliers verbleiben soll.

9. **RG.** R. **08** 78. Hat die Eisenbahnverwaltung vertraglich einem Anlieger gegen die Abtretung von Grundstücken das Recht auf ein Anschlußgeleise zugestanden, so ist die Annahme nicht zu beanstanden, daß nach dem beiderseitigen Parteiwillen das Recht auf das Anschlußgeleise nur so lange bestehen soll, als seine Aufrechterhaltung sich mit dem öffentlichen Verkehrsinteresse verträgt.

10. SchlHolstAnz. **08** 165 (Kiel). Darin, daß ein Wegeberechtigter sich mit der Verlegung des Weges in einer bestimmten Richtung einverstanden erklärt, liegt noch nicht das Einverständnis, damit eine vermehrte Belästigung des eigenen Grundstücks dulden zu wollen.

11. **RG.** R. **08** 557. Eine dem Bauherrn allein die Berufung auf ein Schiedsgericht gestattende Vertragsbestimmung, bei der der Unternehmer auf alle Beweismittel verzichtet, zu deren Erbringen ein, wenn auch nur kleines, Zerstören des Baues nötig wird, gilt nur soweit, als eine rasche Schlichtung durch Fachleute im beiderseitigen Interesse liegt, nämlich während des Baues, nicht für Streitigkeiten über die Vergütung des Unternehmers nach dem Baue, nachdem das Interesse der Parteien ein gegensätzliches geworden war.

12. **RG.** R. **08** 687. Das Versprechen, jemand aus seiner Wechselunterschrift „materiell" nicht in Anspruch zu nehmen, umfaßt sowohl die Unterlassung der Vollstreckung, als auch die Urteilserwirkung selbst.

13. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 3 a, jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 1100.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, JheringsJ. **54** 197—302.

§§ 158 ff. **RG.** R. **08** 79. Eine, wenngleich von der Willkür des Verpflichteten abhängige Handlung, kann wirksam als Bedingung gesetzt werden. Ebenso ist eine reine Potestativbedingung, falls sie im Belieben des Berechtigten liegt, zulässig.

§ 158. I. 1. *Walsmann, JheringsJ. **54** 197 ff. Es ist unzulässig, daß jemand zur Basis von Rechtswirkungen, die sich normalerweise an eine Willenserklärung oder einen Vertrag knüpfen, zwei zeitlich getrennt aufeinander folgende Willenserklärungen unter Benutzung einer (gewöhnlichen) Bedingung macht. Dazu bedürfte es einer besonderen Anerkennung im Gesetze. Da diese fehlt, ist die Bedingung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die auf dieselben Rechtswirkungen wie die begründende Willenserklärung bzw. der Vertrag gerichtet ist, unzulässig. Andererseits steht der Bedingung des faktischen Wollens bzw. einer entsprechenden Willensäußerung ein Hindernis nicht entgegen. Aber diese Bedingung wird selten beabsichtigt sein, und es ist das praktische Bedürfnis nach Verträgen und Willenserklärungen unter solcher Bedingung äußerst gering. Für Geschäfte, die einer Formvorschrift unterliegen, ist auch die Bedingung des faktischen Wollens unzulässig, da sie mit dem Wesen und den Zwecken der Form in Widerspruch steht (vgl. 229 ff.).

2. Josef, LeipzZ. **08** 581 ff. Ist ein Versicherungsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so endigt die Wirkung des Vertrags nach § 158 Abs. 2 mit dem Eintritte der Bedingung. Folglich kann der Versicherungsnehmer, wenn er die Prämie mit Rücksicht auf den ungewissen Endpunkt der Versicherung für ein Jahr zum Voraus gezahlt hat, den gezahlten Betrag anteilig, d. h. für den Teil des Jahres, der nach Eintritt der auflösenden Bedingung fällt, zurückfordern. Der Grundsatz von der sog. „Unteilbarkeit" der Prämie steht dieser Folgerung nicht entgegen. Da die Parteien von vornherein die vorzeitige Beendigung des Versicherungsvertrags durch den Eintritt der auflösenden Bedingung und hiermit die Minderung der Prämienzahlungspflicht ins Auge gefaßt haben.

II. Aus der Praxis. a) **RG.** R. **08** 225, JW. **08** 270. Ein bedingtes obligatorisches Geschäft — Kauf eines Wirtschaftsgebäudes unter der Bedingung, daß dem Käufer die Wirtschaftskonzession erteilt werde — wird nicht ohne weiteres dadurch zu einem unbedingten Geschäfte, daß noch vor Eintritt oder vor Ausfall der Bedingung das dingliche Erfüllungsgeschäft vorgenommen wird, es sei denn, daß diese Änderung nach den Umständen des Falles als von den Vertragsteilen gewollt anzusehen ist. b) **RG.** R. **08** 256. Sind bei einer Erbauseinandersetzung die Beteiligten darüber einverstanden, daß die dabei festgestellte Forderung eines Erben von einem anderen Erben, dem das Nachlaßgut überlassen wird, übernommen wird mit der Maßgabe, daß die ganze Forderung durch einen schon damals ins Auge gefaßten Verkauf eines zum Nachlaßgute gehörigen Feldstücks getilgt werden solle, so ist damit die Wirksamkeit der ziffernmäßigen Feststellung der Forderung und der Schuldübernahme nicht aufschiebend bedingt, sondern es ist lediglich eine besondere Art bestimmt, wie der die Schuld übernehmende Erbe diese zum Erlöschen zu bringen berechtigt sein soll. Dadurch erwächst dem Schuldner das Recht, eine andere vom Gläubiger etwa verlangte Art der Schuldtilgung zu verweigern.

§ 160. Doerr, R. **08** 207. Die Vorschrift des § 160 Abs. 1, die sich zweifellos auch auf aufschiebend bedingte Forderungen bezieht, besagt: Der Schuldner, der eine aufschiebend bedingte Forderung während der Schwebezeit schuldhaft beeinträchtigt oder vereitelt, macht sich dem Gläubiger schadensersatzpflichtig. Hat aber der Gläubiger einer bedingten Forderung bereits einen derartigen Ersatzanspruch, so wird man nicht umhin können, diesen auch oder vielmehr erst recht dem Gläubiger einer unbedingten Forderung zuzuerkennen. Somit enthält § 160 den Grundsatz: Der Gläubiger kann von dem Schuldner Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner die Forderung durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt, mithin den Fundamentalsatz der Lehre von den „positiven Vertragsverletzungen".

§ 161. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 135 ff. Die bedingungswidrige Verfügung, die nicht nach den §§ 134, 135 zu beurteilen ist (vgl. oben zu § 135), ist absolut unwirksam aus drei Gründen. Die Bedingung hat keine rückwirkende Kraft weder in dem Sinne, daß der „Anfallsberechtigte" ex tunc Eigentümer wird, noch in dem Sinne, daß der „Zwischenmann" das Eigentum ex tunc an den Veräußerer verliert. Das Eigentum fällt vom Zwischenmanne direkt an den Anwärter weiter, nicht etwa erst an den Verkäufer und von diesem an den Anwärter. Nur solche kollidierenden Verfügungen, die nur entweder ganz oder gar nicht bestehen bleiben können, wie der Erlaß einer Forderung im Gegensatze zu translativen Verfügungen oder der Dereliktion, werden existente condicione völlig unwirksam (139, 205). — Näheres über das Verhältnis des Anfallsberechtigten zum Zwischenmanne findet sich 123 ff. — Was ist unter „weiterer Verfügung" im § 161 zu verstehen? Darüber, ob darunter Einbringung der Sache in den Mietraum (§ 559), Hingabe an den Unternehmer (§ 647), Verjähren-, Ersitzenlassen mit oder ohne Umgehungsabsicht fällt vgl. aO. 188 ff. u. oben zu § 135.

§ 162. *Sokolowski, Willenserklärung mittels Fernsprechers 29 ff. Wird die rechtzeitige Abgabe oder Entgegennahme einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, die innerhalb einer bestimmten Frist abzugeben ist, durch einen — wenn auch nur zufälligen — Umstand in der Person des Adressaten verhindert, so kann der Erklärende durch unverzügliche Nachholung die Frist wahren. Als Begründung dient die analoge Anwendung der Normen des Gläubigerverzugs.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Vorbemerkung: In erster Linie ist auf das bedeutsame Werk von Rosenberg über die Stellvertretung im Prozesse hinzuweisen, aus dem Auszüge in größerer Anzahl als gewöhnlich zum Abdrucke gebracht sind, um die Ergebnisse seiner Forschungen

dem Praktiker leichter zugänglich zu machen. Auch von Goldbergers Schrift zum Vertretungsrechte sind verschiedene Selbstberichte aufgenommen worden. — Was die Praxis betrifft, so sind jetzt der 1. und 5. Senat des RG. darin einig, daß Rechtsgeschäfte, welche ein Vertreter der Vorschrift des § 181 zuwider mit sich selbst im eigenen Namen oder in Vertretung eines anderen vornimmt, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind.

Literatur: Albrecht, Die Inkassovollmacht des Bureauvorstehers, JW. **08** 729—734. Flatau, Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? GruchotsBeitr. **52** 753—806. — Goldberger, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehre mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. Ein Beitrag zum Vertretungsrechte. Berlin 1908. — Neubecker, Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung. GrünhutsZ. **36** 31—96. — Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß. Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechtes nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung. Berlin 1908. — Seeler, § 174 BGB, Glossen zur Praxis des Reichsgerichts, Halle 1908, 33—44.

§§ 164 ff. I. 1. Neubecker, aaO. gibt eiu kritisches Referat über Müller-Erzbachs Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung (vgl. JDR. **4**, Ziffer 1) mit rechtsvergleichenden Ergänzungen.

2. Begriff der Stellvertretung. a) *Rosenberg 1 ff. Nur dasjenige menschliche Verhalten ist Stellvertretung, durch das die Tätigkeit eines anderen (des Vertretenen) so ersetzt wird, daß die vom objektiven Rechte mit jenem Verhalten verbundenen Wirkungen unmittelbar und ursprünglich den Vertretenen treffen. Wie das Verhalten des Vertreters zu diesem Ende beschaffen sein muß, ist verschieden zu entscheiden, je nach den Normen, die die in Betracht kommenden Handlungen regeln. Bei Erklärungshandlungen (wie bei den Willenserklärungen und bei den Prozeßhandlungen) wird entsprechend ihrer Natur erfordert, daß im Namen des Vertretenen gehandelt wird; dadurch wird die unmittelbare Beziehung zu dem Vertretenen hergestellt Die Vertretungsmacht ist für den Begriff der Stellvertretung nicht wesentlich; auch der vollmachtlose Vertreter ist Vertreter im Sinne des Rechtes, wie BGB. § 179 Abs. 1 zeigt (9 ff.). Dadurch charakterisiert sich das stellvertretende Handeln als ein inhaltlich ausgezeichnetes Handeln. Daher ist die sog. mittelbare Stellvertretung keine Vertretung in diesem Sinne (12 ff., gegen Schloßmann); und ferner ist der Gedanke der Stellvertretung da abzulehnen, wo ein Nichtberechtigter kraft eigener Verfügungsmacht mit Wirkungen für andere tätig ist, wie z. B. der Ehemann, der Nießbraucher im Falle des § 1074, der Pfandgläubiger, der die Pfandsache veräußert, die verpfändete Forderung einzieht. Denn nicht die Wirkung für andere, sondern der Inhalt (nämlich das Handeln in fremdem Namen) macht eine Handlung zu einer stellvertretenden (19 ff.). Aus diesem Begriff ergibt sich die Konstruktion der Stellvertretung (106 ff.). Die Meinung, daß der vertretene Geschäftsherr der allein Handelnde, der Vertreter nur das Ausführungsorgan seines Willens sei, widerspricht dem tatsächlichen Hergang und der gesetzlichen Vertretung (111 ff.). Die entgegengesetzte (zur Zeit herrschende) sog. Repräsentationstheorie, die in dem Vertreter den handelnden Teil erkennt, ist keine Konstruktion, sondern nur eine Beschreibung des äußeren Vorganges der Stellvertretung. Die richtige Auffassung wird nur gewonnen aus der Erkenntnis des Verhältnisses der Tätigkeit des Vertreters zu der Tätigkeit des Vertretenen, m. a. W. des Verhältnisses des stellvertretenden Handelns zu der Vollmacht. Die Vollmacht ist nicht, wie vielfach angenommen wird, das vermittelnde Element, das die Verbindung zwischen dem Vertretenen und dem Dritten herstellt und so die eigentliche Ursache unmittelbarer Wirkung wird. Vielmehr ist es die Tätigkeit des Vertreters, die dadurch, daß sie auf den Namen des Vertretenen abgestellt wird, die Verbindung mit diesem schafft; die Vollmacht nimmt nur die auf diese Weise begründete Rechtswirkung in den Rechtskreis des Vertretenen auf. Nur so versteht man, daß ein Vertreter auch ohne

Vertretungsmacht dieselben Wirkungen für den Vertretenen hervorbringen kann, sofern dessen Genehmigung nachfolgt, und nur so kann man die Gebundenheit des Dritten und die sog. rückwirkende Kraft der Genehmigung erklären. **b)** *S c h w a r z , ABürgR. **32** 103 ff. Unter Stellvertreter versteht die herrschende Auffassung jemanden, der eine Handlung vornimmt, die „an sich" dem anderen zukäme, welche dieser „eigentlich" hätte vornehmen sollen; und die Wirkung dieser Handlung wird so bestimmt, daß sie wirken soll, wie wenn der Vertretene sie selber vorgenommen hätte, die Handlung des Vertreters soll als diejenige des Vertretenen angesehen werden. Diese Begriffsbestimmung halte ich in ihren beiden Gliedern für unhaltbar. Es ist falsch, daß die Handlung des Vertreters so gilt oder gelten soll, als hätte sie der Vertreter selber vorgenommen: die Handlung des gesetzlichen Vertreters des Kindes oder des Wahnsinnigen z. B. soll eben n i c h t so gelten, oder vielmehr n i c h t gelten, als ob sie das Kind oder der Wahnsinnige selber vorgenommen hätte. Es ist aber auch falsch, daß der Vertreter, wenn er im Namen des Vertretenen Geschäfte abschließt, Handlungen vornehme, die „an sich" dem Vertretenen zukämen oder die „eigentlich" der Vertretene hätte abschließen sollen. Es ist überhaupt falsch, zu sagen, der Vertreter handle hier „anstatt" oder „an Stelle" des Vertretenen. Die Verfügungsmacht über das Vermögen des A. kommt eben durchaus nicht „an sich" oder „eigentlich" dem A. selber zu; sie kommt vielmehr laut gesetzlicher Bestimmung bald dem A. selber, bald aber einem anderen zu, den der Gesetzgeber für geeignet zur zweckmäßigen Verwaltung jenes Vermögens hält. Was der Vertreter im Sinne des Gesetzes vertreten soll, ist nicht der A., sondern das Interesse des A. Der Vertreter vertritt, richtig verstanden, niemals eine Person, sondern immer nur einen Zweck. Die Definition des Zweckvertreters aber ist folgende: Zweckvertreter ist derjenige, dem die rechtliche Macht und Pflicht zusteht, über das Vermögen (oder im weiteren Sinne: über den Rechtskreis) eines Zweckes im Interesse dieses letzteren zu verfügen.

3. S t e l l v e r t r e t e r u n d B o t e. **a)** *S o k o l o w s k i , Willenserklärung mittels Fernsprechers 36 ff. Die Gegenüberstellung des Stellvertreters als „Vertreter im Willen" und des Boten als „Vertreter in der Erklärung" findet im Gesetze keine Stütze. Man sollte vielmehr — im Anschluß an die Stadien, welche eine Willenserklärung auf dem Wege vom Erklärenden zum Adressaten durchläuft — den aktiven und passiven Stellvertreter als „Vertreter in der Abgabe (§ 164) bzw. Entgegennahme", den Boten als „Vertreter in der Übermittelung der Erklärung" (§ 120) charakterisieren. Dem Stadium des „Zugehens" oder „Empfanges", welches bei bleibenden Erklärungen noch hinzukommt, entspricht in der Lehre von den Mittelspersonen der „Vertreter im Empfange", die „Empfangsperson", d. h. diejenige Person, welche innerhalb des Herrschaftsbereichs eines anderen eine an diesen gerichtete bleibende Erklärung entgegennimmt. Gesetzliches Beispiel hierfür ist der „Ersatzzustellungsempfänger" (ZPO. §§ 181 ff.). Er ist nicht Stellvertreter wie der „Zustellungsbevollmächtigte" (ZPO. § 174). — Einen „Empfangsboten" gibt es nicht. **b)** *R o s e n b e r g 193 ff. Stellvertreter und Bote sind wesensgleich; eine Grenze zwischen ihnen zu ziehen, ist bisher nicht gelungen, ist auch nicht möglich. Maßgebend für den Begriff des stellvertretenden Abschlusses von Rechtsgeschäften kann allein die Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung sein. Diese bewirkt auch der Bote, und darum steht seine Tätigkeit auf derselben Stufe wie die des Vertreters, der, wenn er ein Rechtsgeschäft vertretungsweise eingehen soll, nichts anderes tun kann, als die rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben, denn nur daraus besteht der Tatbestand des Rechtsgeschäfts. Daher ist es auch der Bote, der das Rechtsgeschäft abschließt und zustande bringt und nicht sein Auftraggeber (219 f.). — Der Begriff des Boten ist im Gebiete des Vertragsrechts nicht zu verwenden, weil der Bote dabei auch Erklärungen entgegennimmt und er insoweit nur Vertreter sein kann; er kann, wenn überhaupt, nur bei der Abgabe von einseitigen Rechtsgeschäften praktisch werden (225). Auch

der Briefträger ist ein Vertreter des Erklärenden; allerdings vertritt er ihn nicht in der Erklärungshandlung, sondern in dem Überbringen der von dem Vertretenen vollzogenen Erklärung (226). So auch Schliemann, Regelsberger, Endemann (Handelsrecht), Zimmermann (Stellvertr. negotiorum gestio 19 ff.). — Sämtliche positiv-rechtlichen Bestimmungen, die für die Tätigkeit des Stellvertreters im BGB. (§§ 164—181) aufgestellt sind, müssen auch auf den Boten Anwendung finden (228 ff.). Und andererseits enthalten die für den Boten behaupteten Besonderheiten, daß er geschäftsunfähig sein könne, daß sein Wille für den Abschluß des Rechtsgeschäfts und für die Beurteilung seiner Folgen ohne Bedeutung sei und daß § 120 nur für Erklärungen des Boten gelte, Grundsätze, die in gleicher Weise für den Vertreter gelten (234 ff.): auch der Vertreter kann in analoger Ausdehnung des § 165 geschäftsunfähig sein; auch des Vertreters Wille ist für das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft unerheblich, soweit ihm eine Willensbestimmung dabei nicht zukam; auch § 120 ist unter Umständen auf Vertreter anwendbar (s. zu §§ 165, 166 und oben Ziff. 3 zu § 120).

4. Unterschied zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vertretungsmacht. *Rosenberg 535 ff. Zu eng ist es, die gewillkürte Vertretung auf den Fall der Vollmacht, die gesetzliche auf die Vertretung der nicht voll Geschäftsfähigen zu beschränken; andererseits geht es zu weit, als gesetzliche jede Vertretung zu bezeichnen, die nicht durch eine Willenserklärung des Vertretenen herbeigeführt ist. Es gibt Fälle, wo an den — wie auch immer entstandenen — Besitz einer Urkunde Vertretungsmacht geknüpft ist, wie z. B. an den Besitz der Quittung (§ 370), an den Besitz des Wechsels (WO. Art. 29 Abs. 2), an den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung (ZPO. § 755); auch in den Fällen der §§ 171, 172 liegt der Vertretungsmacht keine Willenserklärung zugrunde. Trotzdem wird man hier nicht von gesetzlicher Vertretung reden können; ebenso wie in den Fällen der §§ 673, 675, wo unter Umständen der Erbe des Beauftragten oder Dienstverpflichteten ohne den Willen des vertretenen Berechtigten vom Gesetze mit Vertretungsmacht ausgestattet wird. Andererseits gibt es eine gesetzliche Vertretung von Geschäftsfähigen; so bei der Pflegschaft (§ 1915) und in den Fällen der §§ 58, 172, 181 ff., 494 Abs. 2, 779 Abs. 2, 787 ZPO., §§ 6 ff. ZVG. Als gesetzliche Vertretung wird man vielmehr nicht die anzusehen haben, bei der nur die Begründung der Vertretungsmacht dem Willen des Vertretenen entzogen ist, sondern diejenige, bei der auch späterhin dem Vertretenen in keiner Weise eine Beeinflussungsmöglichkeit eingeräumt ist, weder in bezug auf die Art des stellvertretenden Handelns, noch auch in bezug auf die Beendigung der Vertretung (546 ff.). Die gewillkürte Vertretung dagegen zeichnet sich dadurch aus, daß sie dem Vertretenen überhaupt nur irgendwelche maßgebende und unmittelbar entscheidende Willensbestimmung einräumt, sei es in der Begründung oder Beendigung der Vertretungsmacht, sei es in der Auswahl des Vertreters oder in der Verfügung über Art und Umfang seiner Tätigkeit; nicht etwa dadurch, daß in ihr der Wille des Vertretenen völlig frei und ungehindert schalten könne; arg. die Fälle, wo der Umfang der Vollmacht gesetzlich und oft unabänderlich festgelegt ist (ZPO. §§ 81, 83; HGB. §§ 50, 54, 55, 56, 126, 149, 151, 493, 495, 527—531). Dann gehört die Vertretungsbefugnis der Ehefrau im Bereich ihrer Schlüsselgewalt (§ 1357) und des Notars (GBO. § 15, FGG. §§ 71, 100 Abs. 2, 129) zu den Fällen der gewillkürten Vertretung. — Danach ergibt sich als eine die zahlreichen Fälle der gesetzlichen und der gewillkürten Vertretungsmacht umfassende Definition folgende (560): Die gesetzliche und die gewillkürte Vertretungsmacht ist nichts weiter, als ein von der Person und der Tätigkeit des Vertreters unabhängiger, daher nicht subjektiv, sondern objektiv zu bestimmender Tatbestand, der dadurch charakterisiert wird, daß er die von dem Gesetze mit der Handlung des Ver-

treters verknüpfte objektive Rechtswirkung in der Person des Vertretenen als des durch den Inhalt der Vertreterhandlung Bezeichneten entstehen und für dessen, nicht des Vertreters Rechtsverhältnisse bedeutsam werden läßt. Dieser Tatbestand kann, wie gezeigt, sehr mannigfaltig sein und ist auch bei der gewillkürten Vertretung nicht beschränkt auf die Vollmacht (= Einwilligungserklärung).

5. Albrecht, Inkassovollmacht des Bureauvorstehers, JW. **08** 732 ff. Die von dem Bureauvorsteher abgegebenen Erklärungen wirken nur dann für und gegen den Anwalt, wenn sie innerhalb seiner Vertretungsmacht liegen. Die Inkassovollmacht berechtigt den Bureauvorsteher aber nicht: a) statt der Barzahlung Schecks oder Wechsel oder sonstige „Leistungen an Erfüllungsstatt" anzunehmen; b) zur Stundung der Schuld oder eines Restbetrags derselben; c) zu Nachlässen auf Kapital, Zinsen und Kosten; d) zur Abgabe und Entgegennahme von Aufrechnungserklärungen; e) zum Abschluß eines Vertrags über eine Schuldübernahme oder zur „Genehmigung" der Schuldübernahme; f) zum Abschluß eines Vertrags, der einen „Vergleich" oder ein „Schuldversprechen" bzw. „Schuldanerkenntnis" zur Folge hat; g) zur Annahme verspäteter Zahlungen, falls an den Verzug Rechtsnachteile (Verwirkungsklauseln) geknüpft sind.

6. *Rosenberg 127. Die Vollmacht ist keine Macht; sie verleiht dem Vertreter keine persönlichen Fähigkeiten. Sie ist auch kein subjektives Recht des Vertreters. Sie ist vielmehr die Zustimmungserklärung des Geschäftsherrn und zwar zu der von dem Vertreter erzeugten Rechtswirkung. Sie ist keine Zustimmung zu stellvertretendem Handeln als solchem, sondern zu dem Ergebnisse dieses Handelns. Sie bewirkt daher nicht die Anknüpfung einer subjektiven Beziehung, weder zu dem Bevollmächtigten noch zu dem dritten Geschäftsgegner. Sie ist nur objektiv auf Aneignung des Produkts der Tätigkeit des Vertreters gerichtet; nur diesem Produkt eröffnet sie den Rechtskreis des Machtgebers. Daraus erklärt sich die Einseitigkeit, die Adresse und die Perfektion der Vollmachtserklärung, ihre bewilligte Selbständigkeit gegenüber dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (insbes. 145 ff.), die Wesensgleichheit der Vollmacht und der Genehmigung, die Zulässigkeit und die juristische Natur des Vollmachtwiderrufs; danach ist dann auch die Frage nach der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Vollmachtserklärung zu beantworten (s. zu §§ 119 ff.)

7. Unterschied zwischen aktiver und passiver Vertretung. *Rosenberg 5 ff. Bei der passiven Vertretung entfaltet der Vertreter gar keine Tätigkeit; der Tatbestand der Stellvertretung und die Voraussetzungen der unmittelbaren Vertretungswirkung werden allein von dem handelnden Dritten gesetzt.

8. Unterschied zwischen Vertreter und Vertragsgehilfen. *Rosenberg 195 ff. Der Gehilfe verhilft einem anderen dazu, daß dieser selbst die zur Wirksamkeit der in Betracht kommenden Handlung erforderliche Tätigkeit vornimmt; der Vertreter dagegen setzt seinerseits den Tatbestand der Willenserklärung oder Prozeßhandlung. Daher sind z. B. der Notar, der Konzipient, der Dolmetscher Vertragsgehilfen, nicht aber der Bote, der das Rechtsgeschäft durch seine Tätigkeit unmittelbar hervorbringt.

9. *Rosenberg 544 ff. Es besteht im bürgerlichen Rechte niemals eine Pflicht, sich mit dem Vertreter einzulassen (gegen Hellwig, BuschsZ. **29** 524, Lehrb. II 411, 413); auch die Mahnung eines Vertreters zwingt nicht zur Leistung an den Vertreter, der Schuldner kann den Verzug auch durch Leistung an den Gläubiger selbst abwenden (so auch Lent, Anweisung als Vollmacht 55 f., Hellwig, Lehrb. II 459 Anm. 15; anders Oertmann, BuschsZ. **37** 302, v. Thur in der Straßburger Festschrift für Laband 71, 75).

10. *Rosenberg 632 ff. Die hergebrachte Einteilung der Vollmachten in General- und Spezial-, in Individual- und Gattungs- oder Artvollmachten ist völlig bedeutungslos. Denn es kommt bei der Beurteilung einer

Vertreterhandlung nur darauf an, daß der Vertretene zu ihr seine Zustimmung erteilt hat; und es ist gleichgültig, ob diese Zustimmung noch zu anderen Handlungen ermächtigt oder nicht. Etwas anderes ist es, wenn ein Gesetz für Vollmachten bestimmten Umfanges Sondernormen aufstellt, wie das HGB. für Prokura und Handlungsvollmacht, die ZPO. für Prozeßvollmacht und Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen (638).

11. *Rosenberg, 538 Note 1. Die sog. gesetzliche Vertretung der juristischen Personen und der ihnen gleichgestellten Personenverbände und selbständigen Vermögensmassen ist keine Vertretung im Sinne des § 164; vielmehr liegt Organschaft vor.

12. *Klein, SeuffBl. **08** 173 f., gibt ein Schema der möglichen Fälle von Vollmacht bei Vermögenszuwendungen.

13. Über Stellvertretung im Besitzerwerbe s. unten zu § 854.

II. Aus der Praxis. a) **RG.** R. **08** 462. Ist für eine mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Stiftung eine kollegiale Vertretung angeordnet und zwar in dem Sinne, daß die kollegiale Beschlußfassung auch einen für das wirksame Handeln nach außen wesentlichen Bestandteil darstellt, so ist ein lediglich von dem Vorsitzenden der Stiftung für diese eingegangenes Rechtsgeschäft für die Stiftung unverbindlich; hierbei ist es unerheblich, ob der andere Teil den Vorsitzenden gutgläubig für vertretungsberechtigt gehalten hat. b) **RG.** R. **08** 534. Hat ein Unternehmer bei Herstellung eines Werkes eine einem Dritten patentierte Erfindung mit Erlaubnis des Patentinhabers verwendet, aber ohne dem Besteller mitzuteilen, daß der Patentinhaber eine Lizenzgebühr beanspruche, so wird eine vertragliche oder quasivertragliche Verpflichtung des Bestellers dem Patentinhaber gegenüber zur Zahlung jener Lizenzgebühr nicht begründet. c) **RG.** R. **08** 509. Wenn die Ehefrau eines Kaufmanns für diesen als Vertreterin im Willen handelnd Wechselakzepte ausstellt, so wird dieser bei nachträglicher Genehmigung aus den Akzepten wechselrechtlich verpflichtet. Ob die Genehmigung vorher oder nachher erteilt ist, macht keinen Unterschied (§§ 177, 180, 184). d) BreslauAK. **08** 18 ff. (LG. Glatz). Die von dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen erteilte Vollmacht erlischt in der Regel nicht mit dem Eintritte der Großjährigkeit des Vertretenen, es sei denn, daß sich aus dem Wesen der elterlichen Gewalt für den einzelnen Fall etwas Besonderes ergibt. e) Über die Wirkung einer Generalvollmacht mit Ausdehnung für die Zeit nach dem Tode vgl. LG. Braunsberg, PosMSchr. **08** 25.

§ 164. I. 1. *Rosenberg 3 f. Das Erfordernis des Handelns im fremden Namen bedeutet bei Verträgen, daß durch eine gegenseitige Vereinbarung der Vertragschließenden bestimmt werde, die Wirkungen des Vertrags sollten nicht den Vertreter, sondern den Vertretenen angehen. Daher bedarf es für diese Vereinbarung der Vertragsform. Und ferner müssen die Umstände, aus denen nach Abs. 1 Satz 2 die Vertretungsabsicht folgt, dem Vertragsgegner erkennbar sein und auch von ihm erkannt werden; sonst liegt Dissens vor (525 Note 1).

2. *Rosenberg 571 ff. Das Perfektionsmoment der Vollmacht ist ihr Zugang bei dem Adressaten; unerheblich ist die Kenntnisnahme des Bevollmächtigten oder des Dritten (gegen Mitteis, Stellvertretung 187, Zimmermann, Stellvertretende negotiorum gestio 89, Bekker, JheringsJ. **49** 9, Endemann, Lehrbuch 406).

3. *Rosenberg 525 f. Die Frage, ob Stellvertretung oder eine andere Geschäftsart, z. B. ein Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegt, läßt sich nur im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung der Absichten der Parteien und der Zwecke und Ziele der verschiedenen in Betracht kommenden Geschäftsarten entscheiden.

4. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 127. Die Vollmacht zu einer Verfügung ist keine Verfügungsbefugnis. Letztere ist Befugnis, im eigenen Namen zu verfügen.

II. **RG.** R. **08** 390. Im kaufmännischen und gewerblichen Verkehre kann ein Vertrag mit dem Geschäftsinhaber auch dann perfekt werden, wenn der abschließende — mit genügender Vertretungsmacht versehene — Vertreter des Geschäftsinhabers von dem anderen Vertragschließenden irrtümlich für den Geschäftsinhaber selbst gehalten worden ist.

III. Abs. 2. 1. *Rosenberg 532 f. Abs. 2 berücksichtigt nur die Begründung von Rechts- und Schuldverhältnissen durch Stellvertreter; er paßt nicht auf die zahlreichen Handlungen und Erklärungen, die auf die Ausübung bereits bestehender Rechte, auf die Weiterbildung und Fortentwickelung bereits begründeter Rechtsverhältnisse abzielen. Solche Handlungen sind völlig unwirksam, wenn sie nicht erkennbar im Namen des Berechtigten vorgenommen werden; denn in der Person des Vertreters können sie keine Wirkung haben.

2. **RG.** R. **08** 4, JW. **08** 29. Schließt ein Ehemann für das von seiner Ehefrau betriebene Baugeschäft einen Bauvertrag ab, ohne daß der Gegenseite, dem Besteller, bekannt ist, daß nicht der Ehemann, sondern die Ehefrau die Geschäftsinhaberin ist, so ist die rechtliche Beurteilung möglich, daß der Wille des Bestellers darauf gerichtet gewesen ist, die Ausführung des Bauwerkes dem betreffenden Geschäftsbetriebe zu übertragen; es kommt dann durch Willensübereinstimmung ein Vertrag zustande, durch welchen der Geschäftsinhaber, die Ehefrau, und nicht derjenige, welcher für sie verhandelt hat, der Ehemann, berechtigt und verpflichtet wird. Dies gilt auch dann, wenn der Ehemann von dem Besteller irrtümlich für den Geschäftsinhaber gehalten worden ist. Entscheidend ist die Willenseinigung, daß der Inhaber eines bestimmten Geschäftsbetriebs berechtigt und verpflichtet werden soll. Die Person, durch welche diese Einigung herbeigeführt wird, tritt demgegenüber der Regel nach zurück. In solchem Falle ist für die Anwendbarkeit des § 164 Abs. 2 BGB., der im Interesse der Verkehrssicherheit in dem von ihm vorgesehenen Falle die Berufung auf einen Willensmangel ausschließt, kein Raum, da hier ein solcher Willensmangel überhaupt nicht vorliegt (vgl. auch **RG. 67** 148).

§ 165. 1. *Rosenberg 252 ff. § 165 findet darin seine Rechtfertigung, daß die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit nur den Schutz der Minderjährigen und Entmündigten in ihren eigenen Angelegenheiten bezwecken (Mot. I 227). Daraus folgt, daß jemand beim Handeln für andere nicht die Eigenschaft zu haben braucht, die die selbstschöpferische Gestaltung seiner eigenen Lebensverhältnisse erfordert. Wenn dies im § 165 anerkannt ist, wenn auch nur für beschränkt Geschäftsfähige, so hindert nichts, zwingt vielmehr die Konsequenz dazu, § 165 entsprechend auszudehnen und auch Geschäftsunfähige in den Grenzen ihrer natürlichen Willensfähigkeit als Vertreter zuzulassen. Diese analoge Ausdehnung steht in Übereinstimmung mit dem Wesen der Vollmacht, durch die der Machtgeber bestimmt, inwieweit er von den Folgen der Vertreterhandlung betroffen sein will. Für die Anwendung der Normen über die Geschäftsfähigkeit kommt daher nur der Machtgeber, nicht der Vertreter in Frage. Über die Zweckmäßigkeit, ja Notwendigkeit dieser Meinung belehrt das Urteil des OLG. Celle vom 6. Dezember 1901, SeuffA. **57** Nr. 29, wo der geschäftsunfähige Vertreter zum „Boten" gepreßt wird, obgleich dafür nicht der mindeste Anhalt vorlag, weil man nur so zu einer befriedigenden Entscheidung kommen konnte.

2. a) *Rosenberg 681. Da man nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes einen beschränkt Geschäftsfähigen zum Vertreter bestellen kann, so verlangt die Konsequenz, daß die ihm erteilte Vollmacht wirksam sein muß, auch ohne daß sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht (ebenso Rehbein,

BGB. I 265). Ebenso muß auch die einem völlig Geschäftsunfähigen erteilte Vollmacht wirksam sein. b) *Rosenberg 682 ff. Von der Fähigkeit, bevollmächtigt zu werden, ist wohl zu sondern die Fähigkeit des Vertreters zu stellvertretendem Handeln. c) *Rosenberg 698 f. Auch eine juristische Person und eine offene Handelsgesellschaft kann bevollmächtigt werden.

§ 166. I. 1. *Rosenberg 236 ff. Aus der Gegenüberstellung der im Abs. 1 und 2 des § 166 gegebenen Entscheidung zweier typischer Fälle ist zu folgern, es sollte — entsprechend dem Zweckgedanken, der den persönlichen Zuständen Einfluß auf Bestand und Gestaltung des Rechtsgeschäfts einräumt — im § 166 der Rechtssatz zum Ausdrucke gebracht werden, daß nicht nur die Person des Vertreters oder des Vertretenen maßgebend sei, sondern daß Wissen und Willen bald des einen, bald des anderen, bald beider zu beachten sind, je nachdem und insoweit der eine oder der andere oder beide den Geschäftsinhalt maßgeblich und ursächlich bestimmt haben und kraft des Verhältnisses, indem sie zueinander stehen, bestimmen sollten, so daß also auch u. U. ein Willensmangel und entsprechend die Kenntnis des Vertreters keine Beachtung verdienen, wie z. B. in dem Falle, wenn der Vertreter den ihm erteilten Auftrag mißversteht, infolge eines neuen Mißverständnisses aber den Willen des Machtgebers trifft; und andererseits ein Willensfehler des Machtgebers die Anfechtung begründen muß, auch wenn der Vertreter, der nur den Willen seines Herren ausführte, seinen Willen frei von Mängeln gebildet hat.

2. Nichtigkeit der Vollmacht. *Rosenberg 143, 747 ff. Entsprechend den Grundsätzen über die Anfechtbarkeit der Vollmacht (s. oben zu §§ 119 ff.) ist auch die Frage, wann die Vollmacht nichtig ist und welchen Einfluß die Nichtigkeit der Bevollmächtigung auf die Vertreterhandlung hat, in zweifelhaften Fällen von der Vertreterhandlung aus zu entscheiden. Daher ist eine zur Ausführung eines wucherischen Geschäfts erteilte Vollmacht wirksam und ebenso eine unwiderrufliche Vollmacht, auch wenn das die Unwiderruflichkeit begründende Rechtsverhältnis wegen unsittlicher Freiheitsbeschränkung nichtig ist und daher den Widerruf der Vollmacht nicht hindert.

II. Aus der Praxis. 1. **RG. 68** 374 ff., JW. **08** 499 ff. Im § 166 Abs. 1 ist eine allgemeine Regel für alle Fälle der Vertretung aufgestellt, insbesondere auch für den Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht (vgl. Planck [3] 283, 284 Anm. 5, Staudinger I 465 unter 4, 498 Fußnote). Findet aber die Regel im Abs. 1 des § 166 auch auf die Vertretung ohne Vertretungsmacht Anwendung, so muß auch die im Abs. 2 des § 166 gegebene Ausnahmebestimmung entsprechend zur Anwendung gebracht werden. Hierbei nimmt die nachträglich erfolgende Genehmigung diejenige Stelle ein, welche im Falle des § 166 Abs. 2 die mit bestimmten und befolgten Weisungen verbundene Vollmacht hat. Daher ist, wie im Falle des § 166 Abs. 2 für die eigene Kenntnis des Vollmachtgebers der Zeitpunkt der Weisung der maßgebende, im Falle der Genehmigung des ohne Vertretungsmacht Vertretenen für dessen Kenntnis der Zeitpunkt der Genehmigung entscheidend. Hiernach hat, wenn eine zugunsten eines Gläubigers erfolgte, für diesen durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag angenommene Hypothekenbestellung gemäß § 30 Ziff. 2 KO. angefochten wird, der Gläubiger zu beweisen, daß ihm im Zeitpunkte der Genehmigung jener Geschäftsführung weder bekannt gewesen ist, daß der Gemeinschuldner schon vor der Eintragung der Hypothek seine Zahlungen eingestellt hatte, noch auch bekannt gewesen ist, daß der Gemeinschuldner zur Zeit der Eintragung die im § 30 Ziff. 2 KO. bezeichnete Begünstigungsabsicht hatte.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 933, R. **08** 510 f. Wenn ein mit Handlungsvollmacht ausgestatteter Geschäftsführer hinter dem Rücken seines Prinzipals für eigene Rechnung ein Geschäft eröffnet und für dieses Geschäft aus dem Geschäfte seines Prinzipals Waren in der Weise entnimmt, daß er einen Dritten (Strohmann) mit dessen

Wissen und Willen als Käufer der Waren in den Geschäftsbüchern seines Prinzipals erscheinen läßt, so ist der letztere berechtigt, den Dritten mit der Kaufklage für die tatsächlich gelieferten Waren in Anspruch zu nehmen.

3. **RG.** JW. **08** 655, DJZ. **08** 1342. Die Ungültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Vertrags, sei es wegen eines Willensfehlers oder Formmangels, hat gegenüber dem gutgläubigen Dritten, der auf Grund formell ordnungsmäßig erscheinender Vollmacht mit dem Bevollmächtigten kontrahiert hat, die Nichtigkeit der Vollmacht nicht zur Folge.

4. **RG.** R. **08** 445. Im Falle einer Kollektivvertretung genügt der Verstoß gegen Treu und Glauben in der Person eines Vertreters, um die vertretene Person für die daraus entspringenden Rechtsfolgen verbindlich zu machen.

§ 167. I. 1. Gegen Schloßmann verficht *Rosenberg 145 ff. eingehend die begriffliche Verschiedenheit von Auftrag und Vollmacht. Denn es gibt vielfach Vollmachten, ohne daß eine Pflicht zu stellvertretendem Handeln besteht. Und auch da, wo Vollmacht in Verbindung mit einem Vertretungsverhältnis erteilt wird, kommen für die Vollmacht und ihr Grundverhältnis nach Begründung und Beendigung, nach Inhalt und Wirksamkeit ganz verschiedene Normen zur Anwendung. Die von der Art der Wirksamkeit des Grundverhältnisses abweichenden Wirkungen der Vollmacht lassen sich nur erklären, wenn man die Vollmacht als eine selbständige Willenserklärung ansieht.

2. *Goldberger aaO. 22 ff. Auch wenn die dem Dritten gegenüber abgegebene Erklärung ihrer Form nach den gegenwärtigen Willen zur Schaffung einer Vollmacht ausdrückt, ist sie als bloße Vollmachtsmitteilung nach § 171 und nicht als Vollmachtserteilung aufzufassen, falls eine Vollmachtsbegründung mittels einer an den Bevollmächtigten gerichteten Erklärung bereits stattgefunden hatte. Nur bei dieser Auffassung ist es möglich, dem bösgläubigen Dritten die Berufung auf die ihm gegenüber seitens des Vertretenen abgegebene Erklärung zu verwehren, wenn der Dritte Beschränkungen der Vollmacht kannte oder kennen mußte, welche der Vollmachtgeber ihr bei seiner Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten hinzugefügt, deren Erwähnung er jedoch bei der Erklärung ihm gegenüber vergessen hatte.

3. *Rosenberg 605 ff. Die Bevollmächtigung ist ein empfangsbedürftiges Rechtsverhältnis (anders Dernburg I [3] § 163 IV); sie ist daher erst mit ihrem Zugang an den Adressaten vollendet (608). Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, auch wenn sie Bestandteil eines Vertrags geworden ist; das folgt aus ihrem Wesen als Zustimmung (abw. v. Seeler, ABürgR. **28** 9 ff.). Sie bedarf nicht der Annahme, kann daher auch nicht abgelehnt werden (anders Bekker, IheringsJ. **49** 22, Romeick, WürttJ. **12** 147, Isay, Geschäftsführung 221, Zitelmann, Rechtsgeschäfte II 93 f., Rümelin, ACivPr. **93** 294, Schloßmann, Stellvertretung II 427 ff.) und kann auch nicht später durch Erklärung des Vertreters vernichtet werden (612).

4. *Rosenberg, 606. a) Die Vollmacht kann auch unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erklärt werden, selbst wenn die Handlung, zu der sie ermächtigt, keine Bedingung oder Zeitbestimmung zuläßt. b) Sind an den Vertreter und an den Dritten widersprechende Bevollmächtigungserklärungen ergangen, so hat jede von ihnen selbständige Kraft; es kommt nur darauf an, daß die von oder gegenüber dem Vertreter vorgenommene Handlung durch eine der mehrere Erklärungen gedeckt ist (585 ff.).

5. Über Untervollmacht (Substitution) s. *Rosenberg 838 ff. Der Substitut handelt als bevollmächtigter Vertreter des Machtgebers (nicht des Bevollmächtigten). Das schließt nicht aus, daß der der Substitution zugrunde liegende Anstellungsvertrag nur mit dem Bevollmächtigten besteht und den Machtgeber nicht bindet.

II. Aus der Praxis. **RG.** 31. 1. 08, R. **08** 177. Eine Vollmacht, insbesondere eine Handlungsvollmacht, kann auch stillschweigend erteilt werden; sie ist dann anzunehmen, wenn sich jemand Dritten gegenüber als Bevollmächtigter eines anderen geriert und dieser es in einer Weise geschehen läßt, die im redlichen Rechtsverkehre nur als Erteilung einer entsprechenden Vollmacht aufgefaßt werden kann. Der Inhalt einer solchen stillschweigenden Vollmacht richtet sich nach dem Verhalten des sich als Bevollmächtigten Gerierenden und des Vollmachtgebers Dritten, namentlich dem Vertragsgegner, gegenüber.

§ 168. I. 1. *Flatau, GruchotsBeitr. **52** 753 ff. Trotz der im § 166 Abs. 2 BGB. gegebenen Legaldefinition bezeichnet der Begriff „Vollmacht" nicht nur die die Rechtslage des Vertreters gegenüber dem Dritten kennzeichnende „Vertretungsmacht", sondern auch die die Befugnisse des Vertreters gegenüber dem vertretenen Geschäftsherrn zusammenfassende „Vertretungsbefugnis". Die „Vertretungsmacht" ist das Korrelat des in dem Dritten oder allgemein in der Öffentlichkeit erzeugten Vertrauens auf die Rechtmäßigkeit der Vertreterhandlung und entsteht und endigt mit jenem Vertrauen, endigt aber auch dann, wenn das Vertrauen infolge von Fahrlässigkeit nicht mehr schutzwürdig ist. Die „Vertretungsbefugnis" ist die spezifische Wirkung des vom Geschäftsherrn vorgenommenen Bevollmächtigungsgeschäfts und als spezifisches Willensprodukt nach Umfang und Dauer von diesem Willen abhängig, welcher auf jede Weise, vor allem auch aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis erforscht werden kann. Dieses Grundverhältnis ist also nicht die causa der Bevollmächtigung, sondern lediglich Interpretationsmittel, dieses aber auch nur für die Vertretungsbefugnis und die aus ihr reflektierende unselbständige, nicht aber für die selbständige, allein von der bona fides des Dritten abhängige Vertretungsmacht (vgl. **RG.** DJZ. **08** 1342 f.).

2. *Rosenberg 753 ff. (759 ff.). Über die Frage, ob die Vollmacht „abstrakt" oder „kausal" sei, richtiger, ob das Entstehen und der Untergang des Grundverhältnisses auch entscheidend ist für das Entstehen und den Bestand der damit verbundenen Vollmacht, gibt § 168 keinen Aufschluß. Denn § 168 gibt nicht die Vorschrift, daß das Erlöschen des Grundverhältnisses auch das Erlöschen der damit verbundenen Vollmacht zur Folge habe. Er ordnet nur an, daß das zugrunde liegende Rechtsverhältnis über die Beendigung der Vollmacht zu bestimmen habe, daß also die Frage nach dem Untergange der Vollmacht zunächst nach den Normen zu entscheiden sei, die das Grundverhältnis selbst dafür aufstelle (anders die herrschende Meinung; ebenso Rehbein, BGB. I 273, Enneccerus, Bürg. R. I § 173). Die aber nicht zu leugnende vielfache Abhängigkeit zwischen Vollmacht und Grundverhältnis ist daher anders zu begründen. Sie beruht auf dem durch Auslegung zu gewinnenden Willen des Machtgebers. Hierfür weist uns § 139 BGB. den Weg. Danach besteht eine Abhängigkeit der Vollmacht von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nur, wenn beide in einem einheitlichen Tatbestande vereinigt sind oder wenn bei verschiedenen Tatbeständen die Einheitlichkeit durch den Erklärenden in geeigneter Weise hergestellt ist. Regelmäßig setzt daher diese Einheitlichkeit voraus, daß die Vollmacht demjenigen erklärt ist, der in dem Grundverhältnisse der andere Teil ist. Die Wirkung einer derartigen Verbindung der Vollmacht mit dem Grundverhältnisse (769 ff.) zeigt sich darin, daß die Vollmacht nur entsteht, wenn das Grundverhältnis wirksam entstanden ist und daß die Vollmacht ohne Wirkung ist, wenn das Grundverhältnis nicht zustande gekommen oder nichtig ist. Die infolge einer Anfechtung eingetretene Nichtigkeit des Grundverhältnisses beseitigt die Vollmacht allerdings — entsprechend den Grundsätzen über die Anfechtbarkeit der Vollmacht, s. zu §§ 119 ff. — nur für die Zukunft. Der Machtgeber, auf dessen Willen diese Normen beruhen, kann etwas anderes bestimmen (770 ff.); er hat es namentlich dann getan, wenn er die Vollmacht erteilte in Kenntnis der Umstände, welche die Nichtigkeit

des Grundverhältnisses herbeiführen, z. B. in Kenntnis eines Verstoßes gegen die guten Sitten, oder wenn er einen Minderjährigen zu seinem Vertreter verpflichtete ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters; denn die stellvertretende Tätigkeit des Minderjährigen hat dann seinem Willen entsprochen und kann wegen der Nichtigkeit des Grundverhältnisses nicht von ihm abgelehnt werden.

3. *Rosenberg, Stellvertretung. a) Die Vollmacht erlischt nicht durch den Verlust der Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsfähigkeit des Vertreters (862 f.). b) Die Vollmacht erlischt durch den Tod des Bevollmächtigten; eine Rechtsnachfolge in die Vollmacht findet nicht statt. In den Fällen der §§ 673, 675 liegt eine selbständige, durch den Tod des Bevollmächtigten bedingte Bevollmächtigung des Erben vor (863 ff.). c) Die Vollmacht erlischt nicht durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Machtgebers (arg. § 130 Abs. 2) oder durch einen Wechsel in seiner gesetzlichen Vertretung, auch nicht durch die Konkurseröffnung über sein Vermögen. Nur insoweit diese Umstände das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis vernichten (z. B. KO. § 23) und der Bestand des Grundverhältnisses entscheidend ist für den Bestand der Vollmacht, erlischt auch insoweit die Vollmacht (866 ff.). d) Die Vollmacht erlischt durch Zweckerledigung, d. h. wenn das Geschäft, zu dem sie ermächtigt, vollständig abgewickelt ist (884 f.).

4. *Rosenberg 886 ff. Der Widerruf ist die Rücknahme der in der Vollmachtserklärung liegenden Einwilligung. Der Widerruf kann nur von dem Machtgeber oder von einem Vertreter in seinem Namen erklärt werden; der Bevollmächtigte selbst kann die ihm erteilte Vollmacht nicht widerrufen; er kann nur unter Umständen das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch Kündigung beenden und so indirekt die Vollmacht erlöschen lassen, sofern der Untergang des Grundverhältnisses den Untergang der Vollmacht nach sich zieht (890 ff.).

5. *Rosenberg 757 ff. (759). Ein Rechtsverhältnis liegt nur dann einer Vollmacht „zugrunde", wenn nicht die Vollmacht, sondern die vorzunehmenden Vertreterhandlungen durch den Bestand dieses Rechtsverhältnisses veranlaßt werden, wenn also die Vertreterhandlungen und die für sie erteilte Vollmacht der Erreichung des dem Grundverhältnis innewohnenden Zweckes dienen.

6. Über die Unwiderruflichkeit *Rosenberg 908 ff. Die Unwiderruflichkeit kann nur durch Vertrag (d. i. das Grundverhältnis) begründet werden; die Vollmacht als einseitige Erklärung kann den bindenden Verzicht auf den Widerruf nicht aufnehmen. Die Vereinbarung macht den trotzdem erfolgten Widerruf wirkungslos (arg. § 176 Abs. 3). Dies aber bei einer Vereinbarung mit dem Bevollmächtigten nur dann, wenn entweder das Gesetz mit Rücksicht auf die Natur des Grundverhältnisses einen Widerruf nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet (z. B. § 715) oder wenn im Gewande der Vollmacht eine Verfügung zugunsten des Bevollmächtigten getroffen wird und die Vereinbarung sofort bindend sein soll und zulässig ist oder wenn sonst die Unwiderruflichkeit gerade durch die Zwecke des Grundgeschäfts geboten ist (912); und bei einer Vereinbarung mit dem Dritten nur dann, wenn gemäß den Zwecken des Grundgeschäfts das Interesse des Dritten nur durch den Fortbestand gerade dieser Vollmacht befriedigt werden kann (914).

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 454. Der Auftraggeber kann die Inkassoabtretung nicht einseitig widerrufen, wenn der Beauftragte bereits den Auftrag zur Einklagung der abgetretenen Forderung erteilt hat und er die Gefahr der Einklagung zu tragen, also im Verlustfalle die Kosten vertraglich auf sich zu behalten hat.

2. **RG.** 29. 9. 08, **69** 232, JW. **08** 655, R. **08** 583. Hat jemand zum Abschluß eines Vertrags über die Gründung einer GmbH. Vollmacht erteilt, und hat dann der Bevollmächtigte für ihn, obschon die Vollmacht inzwischen widerrufen wurde, den

Gesellschaftsvertrag abgeschlossen, so kann der Vollmachtgeber, auch wenn einzelne Mitgesellschafter von dem Widerrufe beim Vertragsschlusse Kenntnis hatten, sich der Gesellschaft gegenüber nicht auf den Widerruf berufen, da seine Teilnahme an der Gesellschaft nicht einem Gesellschafter gegenüber bestehen, einem anderen gegenüber nicht bestehen kann, vielmehr ein nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältnis vorliegt.

3. BreslauAK. **08** 18 ff. (LG. Glatz). Für die Frage, ob die von dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen erteilte Vollmacht mit dem Eintritte der Großjährigkeit des Vertretenen erlischt, ist nicht § 168 entscheidend (vgl. näheres oben Ziffer IId zu §§ 164 ff.); denn unter dem Rechtsverhältnisse, von dem § 168 spricht, kann nur das den Rechtsgrund für die abstrakte Vollmacht bildende, zwischen Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten bestehende Rechtsverhältnis verstanden werden, nicht aber jede bei dem Vollmachtgeber und Vollmachtempfänger hervortretende Rechtslage oder ein Rechtsverhältnis des Vollmachtgebers oder Bevollmächtigten zu einem Dritten, wie etwa das elterliche Gewaltverhältnis des Vollmachtgebers zu seinem Kinde.

§§ 170 ff. *Goldberger aaO. 5. Die vom Gesetze befolgte legislativtechnische Methode, um gutgläubige Dritte im Vertretungsverkehr auf radikale Weise zu schützen, besteht darin, daß es den Nichtvertretungsberechtigten, mit welchem der gutgläubige Dritte sich einließ, mit Vertretungsmacht ausstattet, während im allgemeinen jede Vertretungsmacht ein Vertretungsrecht zur Voraussetzung hat (1 ff.). Gegenüber Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 117 ff. (vgl. auch oben Ziff. I 6 zu §§ 164 ff.) wird an dem wissenschaftlichen Werte des Begriffs „Vertretungsmacht" festgehalten, der zwar den Vertretungsvorgang nicht juristisch erklärt, jedoch eine anschauliche und handliche Formel bietet und dessen begriffliche Bedeutung mit seiner terminologischen zusammenfällt. Wenn das vermeintliche Vertretungsrecht als ein auf rechtsgeschäftlicher Verleihung beruhendes erscheint, kann man mit v. Seeler, ABürgR. **28** 1 ff., von „Scheinvollmacht" sprechen (10). Die Fälle der Scheinvollmacht bedürfen einer scharfen Abgrenzung gegenüber denjenigen einer stillschweigenden Bevollmächtigung, mit welchen sie häufig vermengt werden. In ersteren liegt nur der Anschein einer Vollmacht vor, und es ist nicht angängig, die wirkliche Existenz einer solchen gewaltsam zu fingieren; in letzteren ist eine Vollmacht durch konkludente Willenserklärung tatsächlich begründet worden (10 ff.). — Das in den §§ 170 ff. enthaltene Prinzip läßt sich dahin formulieren, daß nur derjenige Dritte geschützt wird, dessen Vertrauen in die Vollmacht des Vertreters auf einer authentischen Erklärung des Vertretenen selbst beruht (14). Bei dem Schutze des Vertrauens auf die Fortdauer einer Vollmacht treten als Voraussetzungen desselben zu der die Vollmacht verlautbarenden Erklärung des Vertretenen noch gewisse andere auf ihn zurückzuführende, den Irrtum des Dritten begünstigende Umstände hinzu (15/16). Es liegt sonach ein Anwendungsfall des von Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte 114 f., 79 ff., 95 ff., aufgewiesenen allgemeineren Rechtsgedankens vor, daß derjenige, der durch sein Vertrauen auf einen trügerischen äußeren Tatbestand zu einer rechtsgeschäftlichen Handlung bewogen wurde, auf Kosten dessen geschützt wird, der jenen Tatbestand ins Leben rief (78/79). Die Anerkennung dieses Grundsatzes rechtfertigt es, einen Schutz des gutgläubigen Dritten auch in den Fällen eintreten zu lassen, welche zwar nicht unmittelbar unter die §§ 170 ff. BGB. subsumierbar sind, in denen aber gleichfalls der Glaube des Dritten an den Bestand einer Vollmacht auf einem die Existenz einer solchen wahrscheinlich machenden äußeren Tatbestande beruht und letzterer mit Zutun des Vertretenen zustande gekommen ist (75 ff.). Dieser vom Vertretenen gesetzte äußere Tatbestand kann, wie bereits bemerkt, auch ein zusammengesetzter sein (76, 81). Nicht erforderlich ist, daß der

Irrtum des gutgläubigen Dritten durch den Vertretenen schuldhaft hervorgerufen wurde; es gilt insofern das Veranlassungs- nicht das Verschuldungsprinzip (16/17). Es genügt ferner zur Begründung des Schutzes des gutgläubigen Dritten, daß objektiv eine Verlautbarung der Vollmacht durch den Vertretenen vorlag, mag der gutgläubige Dritte auch von dieser keine Kenntnis gehabt haben (18 f., 47, 49).

§ 170. 1. *Goldberger aaO. 24 ff. Der gutgläubige Dritte wird bei Nichtentstehung der durch Erklärung ihm gegenüber begründeten Vollmacht nur in dem einen Falle geschützt, daß sie infolge ihrer kausalen oder, wie es richtiger heißen sollte, akzessorischen Natur nicht zur Entstehung gelangt ist, nicht aber auch in sonstigen Fällen der Nichtentstehung (28). Bei erloschener Vollmacht wird der gutgläubige Dritte auch dann geschützt, wenn sie infolge Todes oder Geschäftsfähigkeitsverlustes oder Konkurses des Machtgebers erloschen ist (32 ff.). Die Erlöschungsanzeige beendigt den Schutz des Dritten auch dann, wenn er schuldlos von ihr keine Kenntnis erlangte, sofern sie nur nach § 130 BGB. als ihm zugegangen gelten muß (37). Die Unterlassung der Erlöschungsanzeige kann wegen Willensmängel angefochten werden (38).

2. *Rosenberg 892 f. Die Anzeige des Erlöschens kann nur von dem Machtgeber oder seinem Vertreter, nicht von dem Bevollmächtigten erfolgen.

§§ 171 ff. 1. *Goldberger aaO. 64 ff. Für die in den §§ 171 ff. geregelten Verlautbarungsakte einer Vollmacht bestehen die Gültigkeitserfordernisse der Geschäftsfähigkeit und der Abwesenheit von Willensmängeln. Für eine Anfechtung ist erforderlich, daß sie sich sowohl gegen die Vollmachtserklärung als auch gegen die Verlautbarung richtet; doch rechtfertigt es sich, die Vollmachtsanfechtung als in einer Anfechtung der Verlautbarung gegenüber dem Dritten mitenthalten anzusehen (72). Eine Anfechtung der Verlautbarung wegen Irrtums kann niemals deswegen erfolgen, weil der Vollmachtgeber bei der Verlautbarung Vollmachtsbeschränkungen unerwähnt ließ, welche er der Vollmacht bei ihrer Erteilung gegenüber dem Bevollmächtigten hinzugesetzt hatte (71 Anm. 15). Bei erloschener Vollmacht wird der gutgläubige Dritte auch dann geschützt, wenn sie infolge Todes oder Geschäftsfähigkeitsverlustes oder Konkurses des Vollmachtgebers erloschen ist (42, 57).

2. Hindert die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von der Nichterteilung oder einem anderen Inhalte der als erteilt kundgegebenen Vollmacht die Entstehung der Vertretungsmacht dem bösgläubigen Dritten gegenüber? *Rosenberg 586 Note 1 bejaht diese Frage in beschränkter analoger Anwendung des dem § 173 zugrunde liegenden Prinzips für den Fall, wenn der Dritte außerdem weiß oder wissen muß, daß die Kundgabe und ihre Wirkung nicht oder nicht mehr dem Willen des Machtgebers entspricht, daß also das Bestehen einer Vertretungsmacht nicht vom Vertretenen gewollt ist (so neuerdings auch Windscheid-Kipp, Pand. [2] I 364 f.; vgl. ferner dazu Rosenberg 766 Note 3).

§ 171. 1. *Goldberger 39 ff. über die Frage, wann eine dem Dritten gegenüber abgegebene Vollmachtserklärung in Wirklichkeit eine Vollmachtsmitteilung nach § 171 bildet (s. oben § 167 Ziff. I 2). Jede Vollmachtskundgebung stellt sich zugleich als eine eventuell für den Fall neu vorgenommene selbständige Bevollmächtigung dar, daß der kundgetane Bevollmächtigungsakt nicht gültig oder überhaupt nicht stattgefunden hatte; es kann sich in diesem Falle auch der bösgläubige Dritte auf sie berufen. Die besondere Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten muß einen geschäftsmäßigen Charakter tragen (43). Überbringer der besonderen Mitteilung kann niemals der Vertreter selbst sein (44 f.). Von dem durch § 171 Abs. 2 aufgestellten Erfordernisse der Übereinstimmung der Gegenkundgebung mit der vorangegangenen Kundgebung kann in bestimmten

Grenzen abgegangen werden (50 f.). — Von dem Grundsatze, daß die öffentliche Bekanntmachung des Erlöschens einer öffentlich kundgetanen Vollmacht eine radikale Beendigung des Schutzes des gutgläubigen Dritten herbeiführt, besteht eine scheinbare Ausnahme darin, daß der von der Vollmachtserteilung besonders benachrichtigte Dritte sich auf seine schuldlose Unkenntnis der öffentlichen Bekanntmachung des Erlöschens berufen kann (52). — Bezüglich der Beendigung des Schutzes trotz schuldloser Unkenntnis des Dritten von dem ihm zugegangenen Widerruf einer besonderen Vollmachtsmitteilung sowie bezüglich der Zulässigkeit der Anfechtung des unterlassenen Widerrufs der Vollmachtskundgebung gelten die gleichen Sätze, wie sie oben Ziff. 1 zu § 170 angeführt sind (50/51, 38 Anm. 42).

2. Albrecht, Inkassovollmacht des Bureauvorstehers, JW. **08** 729. Da § 171 erfordert, daß die öffentliche Bekanntmachung zum Inhalte habe, daß der Kundgeber einen anderen bevollmächtigt habe, genügt das im Bureau eines Anwalts angebrachte Plakat: „Zahlungen beliebe man gefl. nur an den Bureauvorsteher zu leisten“. Anders ist das in kaufmännischen Betrieben übliche Plakat „Zahlungen gefl. an der Kasse“ zu beurteilen; hier fehlt es an der Bezeichnung einer bestimmten Person, welche zur Entgegennahme der Zahlung bevollmächtigt sein soll.

3. *Rosenberg 581 Note 2. Die „besondere Mitteilung“ wird durch den Vertreter selbst nicht erfolgen können.

§ 172. *Goldberger 53 ff. Unter „Vollmachtsurkunde“ im Sinne dieses Paragraphen ist lediglich eine Urkunde zu verstehen, welche dazu bestimmt ist, von dem Vertreter bei der Vornahme von Geschäften dritten Personen vorgezeigt zu werden, nicht dagegen jedwede schriftliche Bevollmächtigung des Vertreters, welche bloß dazu dienen sollte, diesen selbst von dem Bevollmächtigungswillen des Vollmachtgebers in Kenntnis zu setzen. Ferner kann als „Vollmachtsurkunde“ nur die Originalurkunde oder bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eine Ausfertigung gelten; eine Abschrift, selbst eine beglaubigte, genügt nicht (55). Die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an einen bereits ernannten Bevollmächtigten stellt sich zugleich als eine eventuell für den Fall neu vorgenommene selbständige Bevollmächtigung dar, daß der ursprüngliche Bevollmächtigungsakt ungültig war; hierauf kann sich jeder, auch der bösgläubige, Dritte berufen (56). Die Frage, ob zur Begründung des Schutzes des gutgläubigen Dritten eine jedesmalige Vorlegung der Vollmachtsurkunde erforderlich ist, auch wenn diese bereits früher von dem Vertreter vorgezeigt worden war, ist im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 172 zu bejahen (59). — Die Unterlassung der rechtzeitigen Einleitung des Verfahrens zur Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde kann von dem Vollmachtgeber wegen Willensmängel angefochten werden; doch werden von der Anfechtung nur diejenigen Geschäfte betroffen, die von dem Vertreter nach dem Zeitpunkte vorgenommen worden sind, in welchem bei rechtzeitiger Stellung des Antrags auf Kraftloserklärung diese normalerweise bewirkt gewesen wäre (38 Anm. 42).

§ 173. *Goldberger 88 ff. Das zum Ausschlusse des guten Glaubens des Dritten genügende „Kennenmüssen“ legt diesem eine Erkundigungspflicht nicht auf. Der Begriff des „Kennenmüssen“ ist vielmehr unter Heranziehung des § 370 BGB. dahin auszulegen, daß dem Dritten bekannte Umstände der Annahme einer Vollmacht des Vertreters entgegengestanden haben müssen.

§ 174. 1. Seeler, § 174 aaO. 35 ff. erörtert die Frage, ob in der Zurückweisung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich darauf hingewiesen werden muß, daß sie wegen Mangels des Nachweises der Vollmacht erfolge oder ob es genüge, wenn sich aus der Erklärung in Verbindung mit den begleitenden Umständen und aus der ganzen Sachlage in einer für den Vertreter erkennbaren Weise ergibt, daß die Zurückweisung aus diesem Grunde erfolgte (vgl. DJZ. **01** 216, JDR. **1** Ziff. 1). Seeler beantwortet die Frage im zweiten Sinne. Die konsequente Durchführung der gegen-

teiligen Auffassung würde die schwersten Folgen für unser Rechtsleben zur Folge haben. Man könne keinesfalls von dem Erklärenden verlangen, daß er seine Worte in genauer Anlehnung an den Wortlaut des einschlägigen Gesetzesparagraphen fasse (41).

2. Satz 2. *Rosenberg 582. Die Mitteilung der Bevollmächtigung durch den Vertreter schließt die Zurückweisung nicht aus.

§ 176. *Goldberger 64. Die Kraftloserklärung ist weder dazu bestimmt noch geeignet, die Vollmacht zum Erlöschen zu bringen; sie dient vielmehr lediglich dazu, ein bereits eingetretenes Erlöschen auch gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam zu machen. Bezüglich der Anfechtung der unterlassenen rechtzeitigen Einleitung des Kraftloserklärungsverfahrens s. oben zu § 172.

§ 177. *Rosenberg 133 ff., 620 ff. Die Genehmigung ist der Vollmacht als der vorherigen Zustimmungserklärung wesensgleich und untersteht grundsätzlich (Ausnahme § 180) denselben Normen wie die Vollmacht.

§ 179. 1. Behrend, DJZ. **08** 642, führt aus, daß der falsus procurator für die Prozeßkosten hafte, welche dem Gegenkontrahenten durch einen vergeblichen Prozeß gegen den angeblich Vertretenen erwachsen (gegen Dernburg, Lehrbuch § 169 Anm. 7).

2. **RG.** SächsRpflA. **08** 530. Ein Ehemann, der für sich und gleichzeitig für seine Ehefrau, ohne aber deren Vollmacht zu besitzen, eine Verpflichtung eingegangen ist, kann, wenn von ihm Erfüllung auch hinsichtlich der für seine Ehefrau übernommenen Verpflichtung verlangt wird, sich nicht darauf berufen, daß ohne die Annahme einer rechtlichen Bindung seiner Ehefrau der Vertrag nicht abgeschlossen wäre, der Vertrag also nichtig sei, denn durch die gemäß Abs. 1 des § 179 erfolgte Wahl des Anspruchs auf Erfüllung wird die Rechtswirksamkeit des in Frage stehenden Geschäfts herbeigeführt und die Anwendbarkeit des § 139 ausgeschlossen.

3. Über das sog. Vertrauensinteresse vgl. Rabel oben Ziff. 1 zu § 122.

§ 181. I. 1. *Peiser, PosMSchr. **08** 3 ff. Kontrahiert der Vormund mit sich selbst, so wird die aus § 181 folgende Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nicht dadurch beseitigt, daß das Vormundschaftsgericht den Erbvergleich namens der Minderjährigen nach § 1822 BGB. genehmigt hat, denn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat nur die Bedeutung, daß sie die Vertretungsmacht des Vormundes ergänzt, fehlt es aber an einer Vertretungsmacht des Vormundes, so muß auch die lediglich ergänzende Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirkungslos bleiben. ➠ Für die Frage, ob der Grundbuchrichter im Falle der Verletzung des § 181 trotz vorliegender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Erbvergleiche die Berücksichtigung versagen muß, ist die Differenz in der Rechtsprechung über § 181 ohne Bedeutung (vgl. **RG. 51** 422, **61** 139, OLG. **4** 133, andererseits **RG. 56** 104), denn die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hat ihrem Wesen nach nicht die Bestimmung, die fehlende Erklärung eines Pflegers zu ersetzen, sie darf nur eine an sich gültige Erklärung durch Nachprüfung ergänzen. ⬅ AM. OLG. **7** 332 (Colmar) mit der nicht überzeugenden Begründung, daß das Grundbuchamt sich mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht in Widerspruch setzen dürfe. Ebenso wie Colmar anscheinend auch KG., OLG. **12** 262 Anm. 1, unter Bezugnahme auf eine Entscheidung, welche die Vertretung auf Grund einer Vollmacht betrifft (vgl. auch zu §§ 1642, 1795, 1822, 2174, 2180 BGB.).

2. Wenz, LeipzZ. **08** 368 ff. Für die Zulässigkeit des Vertragsschlusses eines Gesellschafters bei der Gründung einer GmbH. mit sich selbst als Vertreter eines anderen Gesellschafters wird es genügen müssen, daß aus den Umständen klar hervorgeht, daß das Selbstkontrahieren gestattet sein soll. Regelmäßig wird dies zutreffen, wenn dem Mitgründer von einem oder allen spezielle Vollmacht zur Unterzeichnung und zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrags erteilt ist. Nur wenn der Nachweis geführt würde, daß der Vollmachtgeber die Absicht des Vollmachtnehmers, sich

bei der Vertragserrichtung selbst als Gesellschafter zu beteiligen, nicht gekannt habe, wird auch die Ausstellung der Spezialvollmacht allein zum Selbstkontrahieren nicht genügen. — Aus einer Generalvollmacht wird in der Regel nicht zu folgern sein, daß die Mitbeteiligung des Bevollmächtigten bei der Gesellschaftserrichtung als dem Vollmachtgeber bekannt vorausgesetzt werden durfte, weshalb hier andere Umstände hinzutreten müssen, um ein Selbstkontrahieren des Bevollmächtigten als gestattet anzusehen. — In noch höherem Maße gilt dies von der Handlungsvollmacht. — Wenn mehrere der Gründer von einem Gründer mit Vollmacht versehen sind, so ist die Befugnis des § 181 dann als erteilt zu erachten, wenn die sämtlichen bei der Gesellschaftserrichtung mitwirkenden Gründer von dem einen Mitgründer Vollmacht haben.

3. Sohm, ElsLothJZ. **08** 216 ff. wendet sich gegen die Ansicht des **RG.**, JDR. **6** Ziff. II 3 zu § 181 u. Ziff. 1 zu § 1795, daß der für mehrere Mündel bestellte Vormund nicht die volle Vertretungsmacht für diese habe und deshalb zum Abschlusse von Rechtsgeschäften für die einzelnen mit sich als Vertreter der anderen nicht befugt sei. In der vom Vormundschaftsgericht erfolgten Bestellung eines Vormundes liege gleichzeitig die vom Gesetze nirgendwo sonst verbotene Ermächtigung, für alle Mündel und unter ihnen eine Gemeinschaftsauseinandersetzung vorzunehmen.

4. Eckert, BayRpflZ. **08** 180. Das Selbstkontrahieren kann einem Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend gestattet werden. Immerhin müssen aber, wenn eine stillschweigende Erlaubnis angenommen werden soll, die Tatsachen so liegen, daß sie keine andere Deutung zulassen als die Erlaubnis des Vertragsschlusses mit sich selber.

5. *Schwarz, ABürgR. **32** 21. Erklärung der Erscheinung, daß A. als Vertreter des einen Vermögens mit sich selber als Vertreter des anderen Vermögens Verträge abschließen oder sich selber gegenüber einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (Kündigung usw.) vornehmen oder gegen sich selber klagen kann: In Wirklichkeit verfügt er mit diesen seinen Handlungen zugunsten der einen und zu Lasten der anderen Interessensphäre. Der Verfügende ist freilich, obgleich er „plures personas sustinet", doch nur ein Mensch. Daher ist auch der „Vertrag", den in solchen Fällen der A. „mit sich selber" abschließt, in Wirklichkeit gar kein Vertrag, sondern ein einseitiger juristischer Akt; nur seine rechtlichen Wirkungen sind dieselben, wie die eines Vertrags.

6. Marcus, ZBlFG. **9** 172 ff. Wenn die Aufhebung einer Erbengemeinschaft dadurch erfolgt, daß alle Miterben bis auf einen diesem ihre Anteile am Nachlasse verkaufen und übertragen, so ist es nicht notwendig, daß jeder der hierbei beteiligten minderjährigen Miterben durch einen besonderen Vormund oder Pfleger vertreten werde; dagegen sind zum Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrags besondere Pfleger notwendig.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 20. 3. 08, **68** 172 ff., JW. **08** 311, DJZ. **08** 594, RheinNotZ. **08** 271. Da die Gestattung des Selbstkontrahierens eines Vertreters auch stillschweigend erfolgen kann, wird die Wirksamkeit eines von einem Vertreter in dieser Eigenschaft mit sich im eigenen Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts in der Regel in solchen Fällen nicht in Frage gestellt sein, in denen das Selbstkontrahieren des Vertreters als dem sich aus der Vollmacht oder den sonstigen Umständen des Falles ergebenden Vertragswillen der Beteiligten entsprechend oder, sofern es sich um eine gesetzliche Vertretung handelt, im Sinne der für das Vertretungsverhältnis maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen liegend zu erachten ist. Auch bei Berücksichtigung der letzteren Gesichtspunkte kann der Abschluß von Darlehnsverträgen zwischen einem Gesellschafter, in dessen Hand sämtliche Geschäftsanteile vereinigt sind, als Vertreter der Gesellschaft und demselben im eigenen Namen nicht als ihm „gestattet" im Sinne des § 181 angesehen werden.

2. **RG.** V. 26. 2. 08, **68** 37 ff., JW. **08** 271 f. und I. 11. 7. 08, JW. **08** 545, HoldheimsMSchr. **08** 305, LeipzZ. **08** 782, hält daran fest, daß Rechtsgeschäfte, welche ein Vertreter der Vorschrift des § 181 zuwider mit sich selbst im eigenen Namen oder in Vertretung eines anderen vornimmt, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind. Ebenso **RG.** V. 6. 11. 07, JDR. **6** Ziff. II 2, jetzt auch **67** 51 ff., SeuffA. **64** 90 ff. — Für Zulässigkeit der Genehmigung des nicht erlaubten Selbstkontrahierens Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 708 Note 1.

3. **RG.** 9. 11. 07, JDR. **6** Ziff. II 3, jetzt auch **67** 61, ElsLothJZ. **08** 137, Els.-LothNotZ. **08** 67 ff., DJZ. **08** 193, SeuffA. **63** 177 ff., RJA. **9** 115, BayRpflZ. **08** 16, SchlHolstAnz. **08** 254, ZBlFG. **8** 721, ElsLothJZ. **08** 216.

4. BayObLG., BayRpflZ. **08** 292, SeuffBl. **08** 802, BayNotZ. **08** 54, BayOb. LG. **9** 126. Weist die Witwe ihren minderjährigen Kindern das Vatergut dadurch aus, daß sie jedem Kinde gegen Mitwirkung bei der Übertragung der einzelnen Nachlaßsachen oder gegen die Übertragung seines Erbteils im ganzen je eine Geldsumme als persönliche Forderung zusichert, so können sämtliche Kinder hierbei durch einen einzigen gemeinsamen Pfleger vertreten sein, weil ein Vertrag unter den Kindern über die Teilung der Gegenleistung nicht vorliegt, diese Gegenleistung vielmehr von vornherein jedem Kinde nur allein zusteht (vgl. auch BayObLG. 27. 7. 08, Bay. NotZ. **08** 86).

5. **RG.** 31. 1. 08, R. **08** 284. Der Bankier kann als Vertreter seines Kunden für diesen mit sich selbst das Rechtsgeschäft der Übertragung des Eigentums an den gekauften Papieren in der Weise vornehmen, daß er die gekauften Stücke mit einem Papierstreifen, der den Namen des Käufers trägt, umschließt und sie dann in den Kundentresor legt (vgl. **RG. 52** 131, JDR. **1** Ziff. 4 b zu § 930 und **RG. 63** 16, JDR. **5** Ziff. II 2 zu § 181).

6. R. **08** 488 (BayObLG.). Die Erklärung, daß das Recht des Gläubigers erloschen ist und die Bewilligung der entsprechenden Eintragung im Grundbuche nach § 894 (Umschreibung auf den Eigentümer oder Löschung) stellt ausschließlich die Erfüllung einer Verbindlichkeit dar.

7. R. **08** 359 (BayObLG.). Ein Vertrag, worin Vollmacht samt Auftrag dahin erteilt und angenommen wird, daß der Beauftragte gewisse Grundstücke des Auftraggebers an sich selbst verkaufen und auflassen solle, ist wirksam, aber von einem wirklichen Kaufvertrag auch dann grundsätzlich verschieden, wenn die Kaufbedingungen darin genau vorgeschrieben sind und ein Verkauf an einen Dritten ausgeschlossen ist.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. 1. **RG.** R. **08** 118. Der namens einer Kirchengemeinde durch ein Mitglied des Kirchenvorstandes geschlossene Vertrag wird wirksam, sobald der Kirchenvorstand unter Mitwirkung jenes Mitglieds den Vertrag genehmigt. Einer weiteren Erklärung bedarf es nicht.

2. HessRspr. **9** 51 (Darmstadt). Die Genehmigung einer durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht schriftlich mit dem Namen des Vertretenen erfolgten Bürgschaftserklärung bedarf nicht der Schriftform.

3. Darüber, daß dem § 182 genügt ist, wenn die Genehmigung vor dem Notar erklärt ist, der die Auflassung aufgenommen hat, vgl. LG. Mainz, HessRspr. **9** 45.

§ 184. I. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 188. Den Verfügungen sind kraft Analogie auch die sog. gesetzlichen Verfügungen, wie Hingabe der Sache an den Unternehmer (§ 647) oder Einbringung in den Mietraum (§ 559), gleichzustellen, ebenso wie in §§ 353 und 499.

II. 1. **RG.** 7. 1. 08, R. **08** 118. Die Genehmigung eines Vertrags kann auch stillschweigend, durch schlüssige, dem Vertragsgegner gegenüber vorgenommene

Handlungen erfolgen, insbesondere dadurch, daß der Genehmigende in Kenntnis des wesentlichen Inhalts des Vertrags bei dessen Vollzuge dem Vertragsgegner gegenüber in einer Weise mitgewirkt hat, daß dieser daraus die Genehmigung seinerseits entnehmen konnte. Dabei ist es nicht erforderlich, daß der Genehmigende die Vertragsurkunde kannte; es genügt, wenn ihm auf irgendwelche Weise der wesentliche Inhalt des Vertrags bekannt geworden war. Auch wenn der Genehmigende keine Kenntnis von dem ganzen Inhalte des Vertrags hatte, ist eine stillschweigende Genehmigung des Vertrags in seiner Gesamtheit zugunsten des Vertragsgegners dann anzunehmen, wenn die Nichtkenntnis des Genehmigenden darauf zurückzuführen ist, daß er, im Widerspruche mit den im Handelsverkehre herrschenden Gewohnheiten und Gebräuchen, und mit den Grundsätzen von Treu und Glauben, es unterlassen hat, sich eine derartige Kenntnis zu verschaffen, wie sie der Vertragsgegner als bei ihm vorhanden voraussetzen durfte.

2. Abs. 2. **RG.** 14. 10. 08, **69** 263 ff., JW. **08** 709. Unter den „Verfügungen" des Abs. 2 sind nur solche Rechtsakte zu verstehen, die entweder von dem Genehmigenden selbst oder mit seinem im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter nach Gesetzesvorschrift ersetzten Willen in der Zwischenzeit vorgenommen sind, und wodurch zugunsten eines Dritten an dem Gegenstande des der Genehmigung bedürfenden Rechtsgeschäfts unmittelbar eine Rechtsänderung, wie beispielsweise eine Belastung, eine Übertragung auf einen anderen, herbeigeführt worden ist. Eine solche Verfügung ist die in der Zwischenzeit erfolgte Eintragung des Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs nicht.

§ 185. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot, wendet sich 182 Note 2 gegen Sohms Einengung des Verfügungsbegriffs. Insbesondere gilt der Rechtssatz des § 185 nicht nur, wie Sohm behauptet, für Verfügungen in seinem, sondern auch für solche im herrschenden Sinne, z. B. für die Dereliktion und für Verfügungen über Kann (Gestaltungs)rechte. Beispiele: Ein Grundstück wird an einen Geisteskranken aufgelassen, dieser derelinquiert es nach seiner Gesundung gemäß § 928. Der Eigentümer genehmigt die Dereliktion. Alsdann trifft § 185 Abs. 2 zu. — Jemand hält sich für den Erben und verzichtet auf ein zur Erbschaft gehöriges Vorkaufsrecht, ohne daß der Tatbestand des § 2366 vorliegt. In Wahrheit lebt der Vorkaufsberechtigte noch. Wenn dieser nun den Verzicht dem Pseudoerben gegenüber genehmigt, so greift gewiß wieder § 185 Abs. 2 ein.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 193. 1. Josef, GruchotsBeitr. **52** 274. Da die Anzeige, die dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer obliegt, eine Leistung im Sinne des § 193 ist, so tritt, wenn die Anzeige innerhalb einer Frist zu bewirken ist, deren letzter Tag auf einen Sonn- oder Feiertag fällt, an die Stelle dieses der nächstfolgende Werktag.

2. BreslauAK. **08** 3 (AG. Gotha). Die Bestimmung des § 193 ist dahin auszulegen, daß der auf den Feiertag nächstfolgende Werktag als Erfüllungstag anzusehen ist, er wird dem Feiertage substituiert, er tritt an die Stelle des Feiertags. Ebenso Staudinger, BGB. I 521, Staub, HGB. II 1130 Anm. zu §§ 358, 359 HGB.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Francke, Zur zweijährigen Verjährung des BGB., ABürgR. **32** 369—374. — Last, Anspruchkonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. Breslau 1908. — Zeiler, Anspruchsverjährung und Schuldanerkenntnis, AZivPr. **103** 461—470.

§ 194. 1. *Last. Von den Elementen des Anspruchsbegriffs ist die Leistung für die Anspruchskonkurrenz maßgebend — Leistung = Leistungsgegenstand (Objekt, Resultat der Leistung) + Leistungsinhalt (dare, facere, praestare). Anspruchskon-

kurrenz ist der durch Leistungsidentität bedingte Zusammenhang mehrerer Ansprüche. Die Leistungsidentität wird durch drei Kriterien bestimmt. a) Privatdisposition, wenn sie die Leistung in mehreren Ansprüchen identisch erklärt (constitutum, debitum legatum, dos relegata). In Ermangelung dieses Kriteriums sind die Ansprüche, deren Leistung eine Spezies betrifft, von den Ansprüchen, deren Leistung eine Gattungssache betrifft, zu sondern. b) Ansprüche, deren Leistung den gleichen Inhalt bezüglich derselben Spezies haben, sind auf identische Leistung gerichtet. c) In Ansprüchen, deren Leistung eine Gattungssache betrifft, ist die Leistung identisch, wenn sie in allen fraglichen Ansprüchen einen und denselben juristischen Zweck verfolgt. Juristischer Zweck des vermögensrechtlichen Anspruchs ist manchmal der wirtschaftliche Erfolg, dem der Anspruch dient, in der Regel aber eine Vorstufe dieses Erfolges, nämlich die Gewährung der Mittel zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges, beides jedoch nur insofern, als der wirtschaftliche Erfolg oder dessen Vorstufe ein Element des Anspruchbegriffs bildet.

2. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt handelt 485—488 über Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen (vgl. auch zu § 765).

§ 195. 1. Lippmann, DJZ. **08** 871. Der Anspruch auf Erstattung der vom Gegner verauslagten Prozeßkosten, der nicht durch Beschluß festgesetzt ist, unterliegt regelmäßig der dreißigjährigen Verjährungsfrist; er verjährt jedoch früher, wenn der Hauptanspruch einer kürzeren Verjährungsfrist unterworfen ist.

2. Über Verjährung des Gebührenanspruchs des Armenanwalts aus § 124 ZPO. vgl. unten § 196 Ziff. III.

§ 196. I. 1. Gegen Hölder und Stölzel, JDR. **6** Ziff. I, verteidigt Francke, ABürgR. **32** 369 ff., die Ansicht des **RG. 62** 178 ff., daß der Berechnung der kurzen Verjährung der Ansprüche des § 196 die Zeit des Vertragsschlusses zugrunde zu legen sei.

2. *Reichel, ACivPr. **104** 9. Die condictio indebiti verjährt auch angesichts von Geschäften der im § 196 bezeichneten Art regulär in 30 Jahren (§ 195).

II. 1. Ziff. 1. Forderungen der Bauunternehmer (s. JDR. **5** u. **6** Ziff. II 1). Der VI. Senat (JW. **08** 235) hält 17. 2. 08 an seiner früheren (s. JDR. **6** Ziff. II 1 a) Ansicht fest, daß die Forderungen der Unternehmer von Bauausführungen aus einem Bauentreprisevertrage der kurzen Verjährung unterliegen. Ebenso IV. 6. 4. 08, JW. **08** 328 und VII. 3. 11. 08, JW. **08** 739. Vgl. jedoch die abweichende Entscheidung des VII. Senats JDR. **6** Ziff. II 1 b, jetzt auch **66** 48 ff.

2. NaumburgAK. **08** 12 (LG. Braunschweig). Der Anspruch auf Rückgabe oder auf Bezahlung von Fässern, die zunächst leihweise mitgeliefert waren, verjährt in vier Jahren.

3. SeuffA. **63** 260 (Hamburg). Der Entschädigungsanspruch wegen vertragswidrig entzogener Arbeit unterliegt gleichfalls der kurzen Verjährung (vgl. auch **RG. 61** 390 ff.).

4. PosMSchr. **08** 94 (Königsberg). Die kaufmännische actio mandati contraria verjährt in zwei Jahren.

5. **RG.**, JDR. **6** Ziff. II 1 d, jetzt auch **RG. 66** 4 und SeuffA. **63** 138.

III. Ziff. 15. a) Orthal, R. **08** 372 ff. Macht ein Rechtsanwalt seine Gebührenansprüche auf Grund des ihm von seiner Partei abgetretenen Kostenerstattungsanspruchs gegenüber der Gegenpartei geltend, so unterliegt dieser Anspruch der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 195, denn § 196 Ziff. 15 findet nicht Anwendung. Der dem Armenanwalt gemäß § 124 ZPO. zustehende Anspruch gegenüber dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner unterliegt jedoch der zweijährigen Verjährungsfrist des § 196 Ziff. 15 BGB., da es sich hierbei nicht um einen kraft Gesetzes auf den Armenanwalt übertragenen Kostenerstattungsanspruch der armen

Partei handelt (so Gaupp-Stein Anm. I zu § 124), der Rechtsanwalt vielmehr „seine Gebühren" von der kostenpflichtigen Gegenpartei beitreibt. **b)** BadRpr. **08** 166 (Karlsruhe) geht jedoch davon aus, daß der Armenanwalt nach § 124 ZPO. nicht unmittelbar seine Gebührenforderung, sondern den Erstattungsanspruch der Armenpartei zugunsten seiner Gebührenforderung geltend mache. Mithin unterliege das Recht, das der Armenanwalt durch die beantragte Kostenfestsetzung gegenüber dem Gegner der Armenpartei verfolge, nicht der kurzen Verjährung des § 196 Ziff. 15, sondern der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung, da auch der Erstattungsanspruch der Armenpartei an ihren kostenpflichtigen Gegner erst in 30 Jahren verjähre.

§ 197. *Senckpiehl, Sonderheft der EisenbE. **25** 111 ff. Der Anspruch auf Zahlung des Lagergeldes ist ein Anspruch auf eine regelmäßig wiederkehrende Leistung im Sinne des § 197 BGB. und verjährt daher in vier Jahren (ebenso R. **08** 329). Nach Lehmann-Ring Note 2 zu § 423 HGB. würden dagegen die Ansprüche des Lagerhalters in zwei oder vier Jahren verjähren, je nachdem ob der Einlagerer den Lagervertrag in seinem Gewerbebetrieb abschloß oder nicht. Staub (8) Anm. 2 zu § 423 HGB., Makower Anm. 1 zu § 423 HGB., Düringer-Hachenburg III 521 vertreten jedoch die Ansicht, daß auf die Ansprüche des Lagerhalters die regelmäßige dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195 Anwendung finde.

§ 202. Orthal, R. **08** 372. Der armen Partei sind die Gebühren des ihr beigegebenen Rechtsanwalts so lange gestundet, als sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhalts diese Gebühren nicht berichtigen kann (§ 125 ZPO.). Hier tritt also die Fälligkeit des Gebührenanspruchs erst mit dem Wegfalle des Stundungsgrundes ein; bis dahin bleibt die Verjährung gemäß § 202 gehemmt.

§ 203. Höhere Gewalt (s. JDR. **4**). R. **08** 652 (Hamburg). Als höhere Gewalt erscheint auch eine Erkrankung, die so schwer ist, daß sie dem Betroffenen die ordnungsgemäße Erledigung seiner Angelegenheiten, insbesondere die Prozeßführung, unmöglich macht.

§ 204. **RG.** JW. **08** 192. Ist einmal die Einrede der Verjährung erhoben, so hat der Richter auf Grund des ihm vorgetragenen Sachverhalts selbständig zu prüfen, ob die Erfordernisse der Verjährung vorliegen, ob insbesondere die Verjährung nicht nach § 204 gehemmt ist.

§§ 208, 209. **RG.** 17. 2. 08, JW. **08** 235, R. **08** 191. Durch die Eintragung einer Vormerkung wird die Verjährung nicht gehindert oder unterbrochen, da die §§ 208, 209 eine solche Unterbrechung nicht kennen.

§ 208. Unterbrechung durch Anerkenntnis (s. JDR. **3** u. **4**, **5** Ziff. II 1). 1. **a)** **RG.** 19. 12. 07, SeuffBl. **08** 897, JW. **08** 79, EisenbE. **24** 376. Ein Anerkenntnis, das sich nur auf einen Teil des Anspruchs erstreckt, unterbricht die Verjährung nur für diesen Teil des Anspruchs. Zur Unterbrechung der Verjährung genügt ein Anerkenntnis, das sich lediglich auf das Bestehen des Anspruchs als solchen richtet. Ob über die Höhe des Anspruchs noch Streit besteht, ist hier unerheblich (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. II 1 a). **b)** **RG.** 24. 2. 08, R. **08** 225, DJZ. **08** 537. Eine Anerkennung im Sinne des § 208 ist darin zu finden, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt, er wolle ihm zur Abfindung für seine — ziffermäßig feststehende — Forderung einen bestimmten Teilbetrag bezahlen. **c)** **RG.** R. **08** 46. Hat bei Vergleichsverhandlungen eine Partei sich auf den Standpunkt gestellt, daß eine gegen sie geltend gemachte Forderung ganz oder teilweise begründet sei, so ist ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis daraus nicht zu entnehmen, da jene Erklärung nur für den nicht eingetretenen Fall des Zustandekommens des Vergleichs Rechtswirkung haben sollte. **d)** KGBl. **08** 96 (KG.). Eine

Anerkennung der Schuld „in anderer Weise" im Sinne des § 208 liegt vor, wenn jemand die Erledigung seiner Wechselschuld angesichts der ihm vorgelegten Wechsel und Proteste für den folgenden Tag in Aussicht stellt.

2. SeuffA. **63** 386 (Braunschweig) behandelt die Frage, inwieweit durch Abschlagszahlungen auf mehrere Kaufgeldforderungen die Verjährung unterbrochen wird. Werden z. B. die Zahlungen jedesmal auf den Rechnungen über die gesamte rückständige Schuld quittiert, so ist in der jedesmaligen Abschlagszahlung eine Anerkennung der gesamten ausweislich der Rechnung rückständig gebliebenen Forderungen zu erblicken.

§ 209. I. *v. Amelunxen, DNotV. **05** 303 f. Ein landesgesetzlicher Festsetzungsbeschluß über notarielle Kosten und Gebühren bewirkt keine Unterbrechung der Verjährung. Er steht der Klage auch dann nicht gleich, wenn er vollstreckbar ist, denn er entscheidet nicht über die Leistungspflicht.

II. 1. KGBl. **08** 56 (KG.). Auch ein von einem örtlich unzuständigen Gericht erlassener Zahlungsbefehl unterbricht die Verjährung (bereits JDR. **6** Ziff. II zu § 212).

2. Abs. 2 Nr. 3. RheinA. **105** I 88 (Cöln). Die Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse zwecks Unterbrechung der Verjährung nach Abs. 2 Nr. 3, in Wirklichkeit eine Eventualaufrechnung, ist ausdrücklich zu erklären.

3. Abs. 2 Nr. 5. **RG.** 26. 9. 08, R. **08** 584. Bei der Klage auf Feststellung der Miteigentumsverhältnisse an einem Grundstücke, die erhoben wird zu dem Zwecke, demnächst gemäß § 14 GBO. eine Berichtigung des Grundbuchs und dann eine Zwangseintragung auf den Anteil eines der Miteigentümer beantragen zu können, handelt es sich nicht um einen Vollstreckungsantrag im Sinne des § 209 Nr. 5, sondern nur um eine die Vollstreckung vorbereitende Handlung.

4. **RG.**, JDR. **6** Ziff. 1 a, jetzt auch SeuffA. **63** 140, EisenbE. **24** 344.

§ 212. 1. **RG.** 13. 12. 07, PrVerwBl. **29** 626. Die im § 212 aufgestellte Regel über die Unterbrechung der Verjährung durch eine beim zuständigen Gericht erhobene Klage darf auf Ausschlußfristen nicht übertragen werden. Vgl. hierzu Hellwig, DJZ. **03** 285, JDR. **2** u. **4**.

2. Über Unterbrechung durch von einem örtlich unzuständigen Gericht erlassenen Zahlungsbefehl vgl. oben Ziff. II 1 zu § 209.

§ 214. Abs. 2. **RG.** JW. **08** 740. Die Rücknahme der Anmeldung im Konkurs auf Grund eines besonders gearteten Abkommens läßt die Unterbrechung der Verjährung nicht erlöschen.

§ 218. 1. **a)** Lippmann, DJZ. **08** 189 f. Die Vorschrift des § 218 Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf selbständige wiederkehrende Leistungen, sondern auch auf die von einem Hauptanspruch abhängigen wiederkehrenden Nebenleistungen, wie Zinsen, ohne Rücksicht darauf, ob diese gesetzlich oder vertragsmäßig bestimmt sind (ebenso Staudinger § 218 Note 4). **b)** **RG.** 26. 9. 08, ZBlFG. **9** 317. Verzugszinsen unterliegen als regelmäßig wiederkehrende Leistungen der kurzen Verjährung des § 218 Abs. 2.

2. **RG.** 15. 4. 07, JDR. **6** jetzt auch EisenbE. **24** 240.

§ 222. I. 1. Döring, Natürliche Verbindlichkeiten im BGB. (Berlin 1908) 9 ff., führt aus, daß die verjährte Schuld weder mit dem Eintritte noch mit der Geltendmachung der Verjährung eine natürliche Verbindlichkeit werde; sie sei juristisch — wenn auch nicht wirtschaftlich — als vollkommene Obligation anzusehen, da dem Anspruche, dessen Bestehen von der Verjährung an sich nicht betroffen werde, absolut nicht „das publizistische Recht gegen den Staat auf Rechtsschutz" fehle.

2. Genügt formloses vertragsmäßiges Anerkenntnis? (s. JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1, **6** Ziff. III). **a)** *Zeiler, ACivPr. **103** 461 ff. Unter dem vertragsmäßigen Anerkenntnisse kann nur ein Anerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. verstanden werden. Die bloße Anerkennung im Sinne

des § 208 ist gegenüber einem verjährten Anspruche nur von Bedeutung, wenn sie in Kenntnis der Verjährung erfolgt; sie enthält dann einen — formlos gültigen — Verzicht auf die Verjährungseinrede. **b)** Schultheiß, DJZ. **08** 807. Anerkenntnis im Sinne des § 222 Abs. 2 Satz 2 ist das nach § 781 BGB. und natürlich auch nach § 350 HGB. wirksame Anerkenntnis (aM. Rehbein I 333, Dernburg I § 182 [7], Staudinger [2] Anm. 6 b). Aus § 222 folgt aber nicht, daß das in Kenntnis der Verjährung formlos erteilte Anerkenntnis nicht als Verzicht auf die Einrede der Verjährung gültig sein könnte. Die Möglichkeit des Verzichts auf die Einrede muß mit Planck Anm. 1 zu § 222 aus dem Begriffe der Einrede hergeleitet werden. Der vertragsmäßige Verzicht bewirkt unmittelbar den Wegfall des die Einrede bildenden Rechtes, des auf die Verjährung gegründeten Leistungsverweigerungsrechts; er begründet nicht nur die abstrakte Verpflichtung, die Erfüllung wegen der Verjährung nicht zu verweigern; eine Verpflichtung, die Erfüllung schlechthin nicht zu verweigern und damit eine Anerkennung des Schuldverhältnisses würde in dem bloßen Verzicht auf die Verjährungseinrede überhaupt nicht enthalten sein. Weil aber der Verzicht bewußtes Aufgeben von Rechten ist (Regelsberger, JheringsJ. **41** 335, JDR. **1** Ziff. 3), so muß der Gläubiger, der sich zum Ausschlusse der Verjährungseinrede auf ein formloses Anerkenntnis beruft, damit dies als Verzicht wirken kann, im Streitfalle beweisen, daß der Schuldner es in Kenntnis der Verjährung abgegeben hat.

II. Aus der Praxis. Replik der Arglist (s. JDR. **5** Ziff. II 2, **6** Ziff. II a). **a)** **RG.**, JDR. **6** Ziff. II b, jetzt auch SeuffA. **63** 220, SeuffBl. **08** 536 ff., R. **08** 46. **b)** Auch **RG.** 8. 11. 07 betont, daß der Einwand der Arglist nur durchschlägt, wenn zwischen dem arglistigen Verhalten und dem Unterlassen der Unterbrechung der Verjährung ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

§ 223. **RG.** JW. **08** 235. Die Bestimmung des § 223, wonach die Verjährung der persönlichen Forderung durch die dingliche Sicherung nicht beeinflußt wird, umgekehrt aber auch die Verfolgung des dinglichen Rechtes nicht berührt, gilt nicht für die ein dingliches Recht nur vorbereitenden Vormerkungen, vielmehr erzeugt die Verjährung der persönlichen Forderung den Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung (§ 886).

§ 224. NaumburgAK. **08** 12 ff. (LG. Braunschweig). § 224 bezieht sich auch auf den Fall, daß der Hauptanspruch selbst zwar nicht verjährt, wohl aber durch Zahlung getilgt ist.

§ 225. *Tacken, Ausgleichungsanspruch 6. Unzulässig ist ein im voraus erklärter Verzicht auf die Einrede der Verjährung, jedoch ist ausnahmsweise ein solcher Verzicht des Bürgen auf die Einrede, daß die Hauptschuld verjährt sei, zulässig.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

§ 226. 1. **RG.** 26. 5. 08, **68** 424, JW. **08** 477 f. Für die Frage, ob eine Rechtsausübung gemäß § 226 unzulässig ist, kommt es nicht auf die Absicht des Berechtigten an; entscheidend ist vielmehr der Zweck seines Handelns, wie er sich bei objektiver Betrachtung der gesamten Umstände des Falles darstellt, wobei allerdings auch die inneren Beweggründe des Handelnden von Bedeutung sein können. Zu fragen ist, ob nach der gegebenen Sachlage der Gebrauch, der von der subjektiven Berechtigung gemacht wird, keine andere Bestimmung haben kann, als die Schädigung eines anderen. Dieser Fall ist nicht gegeben, wenn eine in Gütertrennung lebende Ehefrau gegen eine Zwangsvollstreckung Widerspruch erhebt, welche auf Grund eines lediglich gegen ihren Ehemann erwirkten Urteils in ihr gehörige Vermögensstücke betrieben wird, auch wenn sie für die Schuld nach § 1480 mit den Pfandstücken haftet.

2. **RG.** 16. 10. 08, R. **08** 689. Wenn ein Gewerbetreibender ein Warenzeichen,

von dem er weiß, daß es auch von einem anderen — ohne Eintragung — geführt wird, für sich durch Eintragung schützen läßt und nunmehr von seinem Untersagungsrechte Gebrauch macht, so kann darin noch nicht ohne weiteres der Tatbestand des § 226 oder des § 826 gefunden werden.

§ 230. **RG.** (Straff.) 5. 3. 08, SeuffBl. **08** 626 f. Auch eine vorübergehende Freiheitsbeschränkung, sei es durch Einsperrung, sei es durch Gewalt und psychischen Zwang, scheidet nicht grundsätzlich aus dem Kreise der nach § 230 berechtigten Mittel aus.

Anhang zum sechsten Abschnitt. Unterlassungsklage.

Vorbemerkung: Hinsichtlich der „Unterlassungsklage" ist zunächst über Eltzbacher und Lehmann der Anhang im JDR. 5 zu vergleichen. Aus dem Berichtsjahre liegt ein Referat über die Schrift von Stephan, Die Unterlassungsklage (München 1908), vor.

*Stephan 31 ff. Die Unterlassung besteht lediglich in der Nichtherbeiführung eines äußeren Erfolges. Dieses rein passive Verhalten kann, muß aber nicht mit einem entsprechenden, auf das Unterlassen gerichteten Willensentschlusse verbunden sein. Äußere Wirkungen physiologischer Art, welche auf diesen das Unterlassen herbeiführenden Willensentschluß zurückzuführen sind, werden nur in den seltensten Fällen nachweisbar sein. Hiernach kann ein auf ein Unterlassen gerichteter Anspruch auf folgende Arten befriedigt werden: a) Der Unterlassungspflichtige unterläßt, aber erst nach einem Kampfe, den er im Innern mit entgegenstehenden Willensreizen auszufechten hat; äußerlich treten die vorerwähnten physiologischen Veränderungen auf. b) Der Unterlassungspflichtige unterläßt freiwillig, also ohne daß sich sein Wille mit dem der Unterlassungsnorm kreuzt. Ein äußeres Merkmal der Unterlassung tritt nicht ein. c) Der Unterlassungspflichtige unterläßt unbewußt, d. h. indem er die ihm obliegende Pflicht entweder gar nicht kennt (z. B. bei den zahlreichen Unterlassungspflichten aus absoluten Rechten) oder sie zwar kennt, aber aus irgendeinem Grunde nicht an sie denkt. d) Der Unterlassungspflichtige unterläßt wider seinen Willen, weil er seinen Plan, das verbotene Tun vorzunehmen, nur deshalb nicht verwirklichen kann, weil ihm die Zuwiderhandlung objektiv unmöglich ist. Da die Erfüllung einer Rechtspflicht nach bürgerlichem Rechte stets einen animus solutionis auf seiten des Schuldners erfordert, ein Erfüllungswille aber gerade bei der Unterlassungspflicht nur in den seltensten Fällen vorliegt, ergibt sich, daß die Unterlassungspflicht einer Erfüllung im Sinne des BGB. nicht zugänglich ist. Nur in den oben zu a und b genannten Fällen erlischt sie durch Erfüllung im Sinne des BGB., in den Fällen c und d wird sie lediglich durch Zweckerreichung beendet (33 ff., 45 f.). — Die Unterlassung kann sowohl als einmalige, vorübergehende auftreten — dies namentlich dann, wenn sie nur für einen bestimmten Zeitpunkt geschuldet wird (z. B. das Nichtmitbieten bei einer Versteigerung) —, wie auch als eine aus mehreren Einzelleistungen zusammengesetzte, aber einheitlich aufgefaßte Dauerleistung. Bei einer solchen ist nur der einzelne, mit der Zeit fortwährend wechselnde Teilanspruch auf Unterlassung fällig, während im übrigen der Unterlassungsanspruch auf eine Reihe von künftigen Unterlassungen gerichtet ist, welche ihrerseits wieder als Einheit aufgefaßt werden müssen (64 ff.). — Das Dulden ist nur eine besondere Art der Unterlassung, es ist die Aufgabe jedes Widerspruchs und Widerstandes gegen unerwünschte Handlungen, zu deren Vornahme ein anderer kraft gesetzlicher oder vertraglicher Ermächtigung befugt ist. Der Unterschied zwischen dem Dulden und den anderen Formen des Unterlassens besteht also darin, daß bei ersterem erst eine Handlung des Berechtigten vorausgegangen sein muß, die dem Duldungspflichtigen einen Anreiz zu dem untersagten Widerstande bietet, während die anderen Unterlassungspflichten von der Vornahme einer solchen Handlung unabhängig sein können (78 f.).

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

a) *Rosenthal, Zum Stande der Beweislastfrage, JW. **08** 257 ff. Es ist mit Leonhard anzunehmen, daß die Beweislast von der konkreten Prozeßlage unabhängig ist, und zwar, daß der Kläger alle zur Entstehung des Anspruchs notwendigen Tatsachen beweisen muß, der Beklagte die nachträgliche Aufhebung. Die Beweislast liegt also lediglich auf materiellem Gebiet. Alle Fragen der Wahrscheinlichkeit und Billigkeit gehören in das Gebiet der Beweisführung (Beweiswürdigung). Auch die Frage der Angemessenheit des Kaufpreises ist als eine Frage der Beweiswürdigung anzusehen, so daß also bei normaler Sachlage dem Verkäufer, der mangels Vereinbarung eines bestimmten Preises den angemessenen Preis einklagt, der Eid anzuvertrauen ist, daß ein bestimmter Kaufpreis nicht vereinbart sei, bzw. ist nach Sachlage ohne Eid zu erkennen auf Grund des Erfahrungssatzes, daß der typische Käufer zum angemessenen Preise kaufen will.

b) Hierzu *Stölzel, JW. **08** 393 ff. Mißverständlich wird in JW. **08** 257 ff. ausgeführt, F. Leonhards Schrift über die Beweislast stehe nur theoretisch auf dem Standpunkte der sog. Leugnungstheorie, praktisch rede sie der Einredetheorie das Wort. Zum Belege werden drei einfache charakteristische Fälle erörtert, in denen Leonhard die Leugnungstheorie anwendet, auch wird darauf hingewiesen, daß **RG.** 11. Januar 1904 unvereinbar ist mit der seit 1880 vom RG. ausgegangenen Rechtsprechung (BuschsZ. **35** 1 ff.). ➠ Durch Stölzel, JW. **08** 393, nicht widerlegt, gibt Rosenthal darin Danz, JW. **08** 631, recht, daß der in dem betreffenden Geschäfte kundenübliche Preis als der „angemessene" anzusehen ist. ⟵

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung: Aus dem Materiale der Vorgruppe zu §§ 241 ff. ist der Aufsatz von Danz (Ziff. 1 a zu §§ 241 ff.) zu beachten, der, ausgehend vom römischen Rechte, namentlich das Verhältnis der Verkehrssitte zum ungesetzten und gesetzten Rechte behandelt. Müller-Erzbach (Ziff. 1 b zu §§ 241 ff.) vertritt den schon früher von ihm verteidigten Grundsatz der „Rechtsfindung auf realer Grundlage" oder „Interessenjurisprudenz". Zwei Arbeiten von Klein behandeln die Anzeigepflicht im Schuldrecht und die Vorbereitungshandlungen zur Leistung (s. zu §§ 241 ff.). Die Unterlassungsklage ist Gegenstand einer Arbeit von Stephan (s. zu §§ 249, 278 u. Anhang zum 6. Abschnitte des 1. Buches). Brecht stellt unter Verwerfung des herrschenden „Systems der Unmöglichkeitslehre" ein eigenes System der Vertragshaftung auf (vgl. zu §§ 275 ff.). Die Probleme des Vinkulationsgeschäfts sind weiter Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten (**RG.** Breit, Königе; vgl. zu §§ 243, 267, 273, 398). Die Stellungnahme des RG. zur Frage der Schadensersatzpflicht bei anfechtbaren Verträgen wird von Matthiessen lebhaft angegriffen, von Modestus Lipsiensis verteidigt (s. zu § 249). Aus dem sonst großenteils kasuistischen Materiale zu § 254 ist die Arbeit von Krückmann über den Umfang der Gefährdungsaufrechnung, deren Inhalt allerdings über den Rahmen des Paragraphen hinausgeht, sowie das Erkenntnis **RG. 67** 120 ff. über das „mitwirkende Verschulden" bei objektiver Haftung des Beschädigten, hervorzuheben. Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung ist von Sternberg zu § 268 behandelt. Zu § 278 liegen außer den Einzelfällen aus der Judikatur mehrere literarische Arbeiten aus dem Gebiete des allgemeinen bürgerlichen und des Versicherungsrechts vor. Das Verhältnis der Vorschriften über den Verzug zu der Vertretungspflicht aus § 276 ist Gegenstand einer interessanten Entscheidung des **RG.** (68 192 ff.) und eines im Ergebnis übereinstimmenden Aufsatzes von Förtsch (s. zu § 276).

Literatur: Brecht, System der Vertragshaftung, JheringsJ. **53** 213—302. — Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung, JheringsJ. **54** 1—80. — Fuchs, Anspruch auf Unterlassung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens, JW. **08** 700—701. — Führich, Rechtssubjekt und Kirchenrecht, I. Teil. — Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte. (Berlin 1908.) — Derselbe, Ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Bedeutung der Vorbereitungshandlungen zur Leistung. SeuffBl. **08** 309—322. — Müller-Erzbach, Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, JheringsJ. **53** 331—372. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, ABürgR. **32** 12 ff. (81—104). — Stephan, Die Unterlassungsklage. (München 1908.)

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Zu §§ 241 ff. 1. Auslegung (s. JDR. **6** zu §§ 241 ff., **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). **a)** Danz aaO. (vgl. § 157 Ziff. I 1, 2) erörtert, ausgehend vom römischen Rechte, Entstehung und Kraft des Gewohnheitsrechts sowie Fragen der Gesetzesauslegung: Die Gewohnheitsrechtssätze sind an Kraft und Wirkung den staatlichen Rechtssätzen völlig gleichgestellt. Sie beruhen auf dem gleichmäßigen, lange Zeit fortgesetzten Handeln der Menschen; aber erst dadurch, daß der Richter aus den Gewohnheiten seines Volkes Rechtssätze herausschält und aufstellt, kommen sie zur Entstehung (1—7). Diese Herausbildung der Gewohnheitsrechtssätze geschah bei den Römern auf Grund der Worte „ex fide bona“ in der Formel. Der judex erkundete die Gewohnheiten des Lebens bei dem vorliegenden Rechtsgeschäft und bildete daraus seinen Rechtssatz, nach dem er entschied. Gerade so verfährt der Richter heute z. B. bei den Käufen des täglichen Lebens, bei denen über einen Preis nicht gesprochen ist; er bemißt den Preis nach der Verkehrssitte, indem er den in dem betreffenden Geschäfte kundenüblichen Preis einsetzt (8). Der Richter kann aus der Gewohnheit den anzuwendenden Rechtssatz als ergänzenden oder als auslegenden entwickeln (10). Die Römer entwickelten einen auslegenden Rechtssatz daraus, indem sie in dem bestimmten Verhalten eine bestimmte Willenserklärung erblicken (11 ff.). Für unerheblich wurde es erachtet, und ist es auch heute zu erachten, ob die Parteien mit ihrem Verhalten auch wirklich den unterstellten Willen erklären wollten, und ob sie auch nur Kenntnis davon hatten, daß ihr Verhalten von der Verkehrssitte so ausgelegt wird (12 ff.). Der Richter muß beim Vorliegen von Willenserklärungen einen auslegenden Rechtssatz haben und eventuell ihn sich aus der Verkehrssitte bilden (22). Auch bei der Gesetzgebung werden, soweit nicht nur die vom Richter aus der Verkehrssitte entwickelten Rechtssätze formuliert werden, zunächst nach der Verkehrssitte geforscht und dann die ihr entsprechenden Rechtssätze aufgestellt (23). Die Gewohnheitsrechtssätze sind stärker als die gesetzlichen Normen, denn sie drängen alle dispositiven Normen zurück. Selbst ein aus der Ortssitte gezogener Rechtssatz drängt die reichsgesetzliche Vorschrift in solchem Falle beiseite (27). Nach einer längeren Polemik gegen die Willenstheorie (30—43) erörtert Verf. die Kraft der vom Richter für die Auslegung von Willenserklärungen gebildeten Rechtssätze, die Weiterentwickelung des objektiven Rechtes zu bewirken. Auch zwingende, im Gesetze fixierte Normen unterliegen der Auslegung nach der Verkehrssitte (44). Für die Auslegung der gesetzlichen Regeln gelten die §§ 133, 157 BGB. (48). Die Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift gerade auf den konkreten Fall Anwendung findet oder nicht, ist nach dem Zwecke dieser Vorschrift zu entscheiden (50—54). Dies ist besonders bei Formvorschriften zu beachten (§ 313, Testamentsformen [s. unten zu § 313 zu I Ziff. 2]) (54—66). Die „freie Rechtsfindung“ und die „Interessenabwägung“ werden abgelehnt (66—71). Schließlich widmet Verf. der „mystischen“ Person des „Gesetzgebers“ eine Betrachtung (72) und warnt davor, aus Bildern, die der Veranschaulichung von Rechtsvorgängen dienen, Schlüsse zu ziehen (75). **b)** Müller-Erzbach aaO. wendet sich zunächst gegen die aprioristische, wie überhaupt jede philosophierende Richtung der

Rechtswissenschaft sowie gegen die auftretende formalistische Neigung, als deren Erzeugnisse er die Begriffsjurisprudenz und die Konstruiermethode kennzeichnet (331 ff.). Verf. bekennt sich sodann in Übereinstimmung mit seiner Schrift über die „mittelbare Stellvertretung" (s. JDR. **4** zu §§ 164 ff.) und seinem Aufsatz in der DJZ. **06** 1235 ff. zu der zuerst durch Stampe (s. JDR. **4** Ziff. 1 a, b) bestimmter begründeten Interessenjurisprudenz oder realistischen Richtung (335 ff.). Er faßt seinen Standpunkt folgendermaßen zusammen: Das private Recht, das hier nur in Frage komme, enthalte seinem ganz überwiegenden Inhalte nach nichts anderes als Entscheidungen besonders häufig auftretender, also typischer Interessenkonflikte. Der Richter müsse demgemäß, wenn er das bestehende Recht anwenden wolle, sich davon überzeugen, ob wirklich der zur Entscheidung stehende Konfliktsfall derselbe sei, wie der im Gesetze geschlichtete. Niemals dürfe er versuchen, seinen Fall rein äußerlich gewissen Wendungen und Begriffen des Gesetzes zu subsumieren. Der Rechtswissenschaft falle die Aufgabe zu, darzulegen, welchen Interessen jedes einzelne Rechtsinstitut diene und worauf es demgemäß bei seiner Ausgestaltung ankommen müsse; sie habe ferner zu untersuchen, ob die vom positiven Rechte getroffenen Entscheidungen in der Tat den besten Ausgleich der widerstreitenden Interessen darstellen (336 f.). Diese Interessenjurisprudenz habe mit einem Bestreben, den Richter vom Gesetze zu befreien, nichts zu tun, sie bedinge vielmehr nur eine veränderte Auslegung des Gesetzes (339 ff.). Verf. erläutert sodann im Anschluß an seine Schrift über die Stellvertretung die von ihm angenommene Weiterentwickelung des geltenden Rechtes im Sinne des Interessenrechts. Der Widerspruch zwischen dem ideellen Rechte der Interessenlage und den geltenden Rechtsprinzipien führe nämlich häufig dazu, daß ein Rechtsprinzip, das unrationell sei, sich im Leben nicht behaupten könne und in den einzelnen Rechtssätzen ein abweichendes, den Bedürfnissen des Lebens entsprechendes Recht zunächst als Vertragsrecht, als Usance, als Gewohnheitsrecht sich durchsetze. Verf. führt dies an Beispielen aus (346 ff.) und wendet sich dann insbesondere zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung (349 ff.). **c)** *Brecht, JheringsJ. **53** 218, 301. Das Gesetz zieht uns nur Grenzen durch seine positiven Normen. An das System, das die Gesetzgeber zugrunde gelegt haben, sind wir nicht gebunden. Finden wir ein tieferes, so dürfen (=müssen) wir es mit seinen Obersätzen als geltendes Recht verwenden, vorausgesetzt, daß sich die einzelnen Normen des Gesetzes darin inhaltlich wiederfinden. Wie wichtig es ist, daß ein überlebtes System verlassen wird und wieviel Verwirrung aus dem Gegenteile folgt, zeigt der heutige Stand der Lehre von der Vertragshaftung. Von der richtigen Erkenntnis des systematischen Zusammenhanges hängt insbes. die Entscheidung ab, ob im Einzelfall eine Gesetzesnorm analog oder e contrario anzuwenden ist (dargelegt an Beispielen 253 f., 262 f., 280; ferner **51** 104). — Über Auslegung der einzelnen Normen **53** 276: Das Gesetz „objektiv auslegen" heißt, seinen Worten die (nach dem jeweiligen Stande der Erkenntnis) vernünftigsten Erwägungen zugrunde zu legen. **d)** Schneider, R. **08** 158 f., erörtert die Frage der richterlichen Ergänzung einer Willenserklärung (§§ 157, 242) mit Rücksicht auf einen Fall, in dem nach einem vor langen Jahren geschlossenen Pachtvertrage der Pächter beim Abzuge für die Bestellung eine „landesübliche" Vergütung von 4 M. pro Morgen erhalten sollte, während inzwischen bei den veränderten Verhältnissen eine Landesüblichkeit nicht mehr und noch nicht wieder bestand und auch nach den früheren Verhältnissen die 4 M. hinter dem üblichen Satze zurückblieben. — Dagegen Francke das. 238 f.

2. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand (s. JDR. **5** Ziff. 2 ff., **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 4). **a)** Schwarz aaO. 81 ff. Für die Begriffsbestimmung der auf eine Vermögensleistung gerichteten Verpflichtung ergibt sich negativ: Diese Verpflichtung besteht nicht darin, daß dem Inhaber des

Vermögens (Kind, Geisteskranker!) eine Leistung „befohlen" wird. Ein Leistungsbefehl ist vielmehr nur an den V e r w a l t e r des Vermögens gerichtet. Positiv ergibt sich: Der Inhalt der Verpflichtung zu einer Vermögensleistung besteht nur darin, daß das Vermögen des Schuldners im Nichtleistungsfalle „haftet". Die obligatio personae unterscheidet sich von der obligatio rei heute nur dadurch, daß bei dieser die einzelne Sache, bei jener das ganze Vermögen „haftet". **b)** *F ü h r i c h , Rechtssubjekt und Kirchenrecht (I. Teil) 185 ff. Das Wesen des Schuldverhältnisses und somit auch des Forderungsrechts besteht in der Bestimmung einer Person entweder in bezug auf ihre Arbeitskraft (beim Dienstvertrag u. dgl.) oder in bezug auf ihre rechtliche Macht (bei Verpflichtung zu Zahlung, Übergabe usw.) für, d. h. zum Nutzen des Berechtigten. **c)** *B r e c h t , System der Vertragshaftung, JheringsJ. **53** 213 ff. Zu unterscheiden sind a) der ä u ß e r e Anspruch (die Wünsche des Gläubigers, um deren Befriedigung der Schuldner bemüht sein soll) und b) der i n n e r e Anspruch (was der Gläubiger vom Schuldner zwecks Befriedigung seiner Wünsche verlangen kann). § 241 hat nur den äußeren Anspruch im Auge (228/9). — Entsprechend sind zu unterscheiden: die äußere Erfüllung (durch Bewirkung der Leistung) und die innere Erfüllung (unter Umständen ohne Bewirkung der Leistung) (220, 231[3]). **d)** *K l e i n , Ein Beitrag zur Lehre von der rechtlichen Bedeutung der „Vorbereitungshandlungen" zur Leistung, SeuffBl. **08** 309—322. a) Abgrenzung zwischen „Leistung" und „Vorbereitungshandlungen zur Leistung". Leistung = geschuldetes Endergebnis. Vorbereitungshandlung = diejenige Handlung, welche der Schuldner vornehmen muß, um die Leistung herbeizuführen. b) Bedeutung dieser Abgrenzung für die Auslegung des § 271 BGB. (vgl. zu § 271!). c) Der Gläubiger hat kein besonderes Recht auf die „schuldnerischen Vorbereitungshandlungen zur Leistung" (314—317). d) Hat der Schuldner ein Recht auf Vergütung für seine Vorbereitungstätigkeit, wenn es nicht zur Leistung kommt? (317—322). Grundsätzlich nein! — Anders nur, wenn der G l ä u b i g e r es verschuldet hat, daß die schuldnerische Vorbereitungstätigkeit nicht zum Ziele führt. **e)** *K l e i n , Anzeigepflicht im Schuldrecht. I. Das BGB. legt in einer Reihe von Fällen eine Anzeigepflicht auf. Inhalt der Anzeigepflicht 63 ff., insbes. 70 ff. (besondere Mitteilung 71; Glaubhaftmachung der Anzeige 71—76). — Begründung: ex lege oder kraft Vereinbarung 76/77. — Die möglichen Inhaltsänderungen 77—80. — Die Erlöschensfälle 80—86. (Schadensersatzverpflichtung in den durch BGB. §§ 374 Abs. 2, 384 Abs. 2, 545 Abs. 2, 1220 Abs. 2 geregelten Anzeigepflichtfällen ausgeschlossen bereits bei Absendung der Anzeige.) — Rechtsfolgen der Anzeigepflichtverletzung 86 ff., 127; a) Schadensersatz-Verpflichtung; b) der anzeigende Umstand bzw. die anzuzuzeigende Veränderung werden zum Nachteile des Anzeigepflichtigen als nicht vorhanden bzw. geschehen behandelt; c) a + b. II. Die positiven Anzeigepflichtnormen 94 ff. Exegese von § 823 Abs. 2 BGB., § 139 StGB., Erörterungen zu § 545 BGB. III. Ausbau der Regelung. Ausdehnung möglich 102. Abgrenzungen 103—106. — Kasuistik: Ausdehnung der Anzeigepflichtregelung: a) bei bestehender Sonderverbindung (109—121), vgl. auch schon JDR. **6** zu §§ 362 ff. Ziff. 1 und § 279; b) wenn keine Sonderverbindung über die einzelne Anzeigeverpflichtung hinaus zwischen dem Anzeigepflichtigen und Gläubiger besteht (121—130). IV. Inwieweit besteht ein Anspruch des Anzeigepflichtigen auf Erstattung der Anzeigekosten? (131/2).

§ 241. 1. A n s p r u c h a u f U n t e r l a s s u n g (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2 sowie zu § 242 Ziff. 1 d, 2 Ziff. 5—7). a) F u c h s , JW. **08** 700 f. Hat der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses ein Recht auf eine positive Leistung, so erschöpft sich sein rechtlich geschützter und klagbarer Anspruch auf die Forderung dieser Leistung; ein klagbarer Anspruch auf Unterlassung steht ihm nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zu (arg.: Fassung des § 241 BGB., §§ 60, 112 HGB., sowie die Konsequenzen für das Recht des Arbeitsvertrags). **b)** Anders **RG. 67** 3 ff. Die Interessen des Be-

rechtigten sind auch beim Fehlen des Unterlassungsanspruchs dadurch gewahrt, daß ihm für den Fall einer schuldhaften Verletzung der positiven Leistungspflicht der Anspruch auf Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens gegeben ist.

2. **RG. 67** 336, JW. **08** 209 Ziff. 30, LeipzZ. **08** 230 Ziff. 34, R. **08** II Ziff. 2088. Aus der Ausantworung zollpflichtiger Güter an die Zollbehörde im Zollschuppen der Eisenbahn zum Zwecke zollamtlicher Behandlung wird ein privatrechtliches, quasikontraktliches Rechtsverhältnis geschaffen, welches die Zollbehörde verpflichtet, das Gut nach der Zollabfertigung in unversehrtem Zustand auszufolgen. — Die für den Postzollverkehr aufgestellten Grundsätze (**RG. 48** 255) finden Anwendung.

§ 242. 1. Begriff. Anwendungsgebiet. Allgemeines (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1, 2, s. a. unten Ziff. 3). **a**) Danz, DJZ. **08** 27. Die Rechtssätze, welche der Richter gemäß §§ 157, 242 BGB. aus der „Verkehrssitte" entnimmt, sind wahre Gewohnheitsrechtssätze; denn sie setzen voraus eine längere Zeit andauernde Übung der Menschen; sie sind, weil im BGB. ihre Anwendung ausdrücklich vorgeschrieben, vom Gesetze sanktionierte Gewohnheitsrechtssätze. **b**) Danz s. zu §§ 241 ff. Ziff. 1 a.

2. Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung (s. JDR. **6** Ziff. 2, **4** Ziff. 3 c, zu § 162 Ziff. 2, **3** Ziff. 2 d γ u. zu § 130 Ziff. IV b). *H. Müller, aaO. 114/16 (vgl. § 130 Ziff. I 1). Der Begriff des Zugehens erfordert, daß die Erklärung als dem Empfänger zugänglich gemacht anzusehen ist. Das Vorhandensein dieses vom Gesetze für die Wirksamkeit der Erklärung erforderten tatsächlichen Zustandes kann nicht fingiert werden, auch nicht, wenn der Empfänger absichtlich oder sonst schuldhaft verhindert, daß ihm die Erklärung rechtzeitig, z. B. innerhalb einer von ihm selbst gesetzten Frist, zugeht. In solchen Fällen muß der Erklärende, um die Erklärung noch wirksam zu machen, sie unverzüglich nachholen, indem er sie dem Destinatär auf anderem Wege mündlich oder schriftlich, nötigenfalls nach § 132 BGB. zugehen läßt. Bei absichtlich verzögerter Abholung von Postsendungen ist daher erst mit der wirklich erfolgten Abholung die Erklärung zugegangen (vgl. Bem. 1 und 2 zu § 130), aber als eine noch rechtzeitig erfolgte. Dieser Zeitpunkt, nicht der sich bei einer Fiktion des Zugehens ergebende, ist daher maßgebend, z. B. für die Frage, ob und wann ein Vertrag zustande gekommen ist.

3. Aus der Rechtsprechung (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 3 d, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 3). **a**) Allgemeines. α. **RG. 69** 127, JW. **08** 521 Ziff. 2. Ist bei einem Handelskauf eine im Handelsverkehr allgemein übliche Klausel aufgenommen, so muß auch derjenige Vertragschließende, der mit dem gewählten Ausdrücke nicht vertraut war, sich dem unterwerfen, was nach der Verkehrssitte allgemein gilt. β. **RG.** JW. **08** 324 Ziff. 4. Jeder Vertrag und die aus ihm hervorgehenden Verpflichtungen sind nicht nach abstraktem Maßstabe, sondern unter Berücksichtigung seiner Eigenart und der besonderen Verhältnisse der Vertragschließenden nach der aus den Umständen des Falles zu entnehmenden Parteiabsicht und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen (Gesellschaft zwecks Spielens in einer Lotterie). γ. PosMSchr. **08** 34 (Königsberg). Bei Vereinbarung einer im Handelsverkehr üblichen Geschäftsklausel müssen die Parteien sich ihr nach Maßgabe ihrer wirklichen, im Verkehr entwickelten und anerkannten Bedeutung ohne Rücksicht auf einen etwaigen Irrtum über diese Bedeutung unterwerfen (Arbitrageklausel). **b**) Exceptio doli gegenüber Formvorschriften. α. **RG.** SeuffBl. **08** 581, SeuffA. **63** 349. Zwar muß auch nach dem Rechte des BGB. gelten, daß die exceptio doli generalis nicht dazu mißbraucht werden darf, die Formvorschriften der Gesetze als etwas wider Treu und Glauben Gehendes zu beseitigen. Deshalb kann in dem bloßen Hinweis auf die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form niemals eine Arglist gefunden werden. Jedoch steht einer Partei die Einrede der Arglist

entgegen, wenn sie selbst die alleinige Schuld trägt, daß die Form nicht beobachtet ist, und wenn sie aus diesem Verschulden nunmehr für sich einen Vorteil herleiten will. In einem solchen Falle muß die Partei nach §§ 826, 249 das Schuldverhältnis so gegen sich gelten lassen, wie es sich gestaltet hätte, wenn sie dem an sie gestellten Verlangen nach formgerechtem Abschlusse nachgekommen wäre. β. **RG.** R. **08** II Ziff. 475. Die Berufung auf die aus mangelnder Form sich ergebende Ungültigkeit eines Vertrags verstößt nicht gegen Treu und Glauben. γ. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 154, LeipzZ. **08** 300 Ziff. 18, R. **08** II Ziff. 1685. Der IV. Abschnitt des BörsG. schafft in bezug auf den Börsenterminhandel prohibitive Bestimmungen, denen gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagen muß. δ. **RG.** JW. **08** 467 Ziff. 39, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 33. Bei Börsentermingeschäften kann demjenigen, der sich gegenüber dem fordernden Teile auf die Vorschrift des § 66 Abs. 1 BörsG. (aF.) beruft, nicht deshalb der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden. Im Rechtssinne stellt sich die Berufung auf die Unwirksamkeit eines Börsentermingeschäfts ebensowenig als Arglist dar, wie die Berufung auf die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form oder auf sonstige Nichtigkeitsgründe. **c)** Exceptio doli gegenüber der Verjährungseinrede (s. insbes. IDR. **6** Ziff. 3 b, **5** Ziff. 2 a, **4** Ziff. 3 b, **3** Ziff. 2 c). α. **RG.** SeuffA. **63** 220, LeipzZ. **08** 59 Ziff. 1, SeuffBl. **08** 536. Der Ehemann der Klägerin, welcher Teilhaber der beklagten offenen Handelsgesellschaft ist, soll der Klägerin versprochen haben, daß sie durch das Liegenlassen des Klagewechsels nichts riskieren und in Ansehung der Zahlung später daran kommen werde. Hatte der Ehemann dabei das Bewußtsein, daß dadurch eine Unterbrechung der Verjährung verhindert wird, so handelt die beklagte Gesellschaft arglistig, wenn sie sich durch Erhebung der Verjährungseinrede mit jenen Versprechungen in Widerspruch setzt. β. **RG. 67** 282. Replik der Arglist gegen die Verjährungseinrede wegen Verzögerung der Verhandlungen über den Anspruch durch den beklagten Fiskus und dritte Behörden nach Lage des Falles nicht begründet. **d)** Einzelfälle. **RG.** BayRpflZ. **08** 246. Die Gesellschaftsverträge, die auf besonderem Vertrauen zu beruhen pflegen, müssen grundsätzlich in erhöhtem Maße von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht werden. Unter den Gesellschaftern muß in Gesellschaftsangelegenheiten Offenheit und Ehrlichkeit die Richtschnur bilden. Bei einem Gesellschaftsverhältnisse, das auf der Grundlage gleichen Gewinns und Verlustes beruht, verbietet es die Vertragstreue, daß ein Gesellschafter unter Verheimlichung vor dem anderen sich einen besonderen Vorteil, einen „Schnitt" verschafft. — **RG.** R. **08** II Ziff. 461. Hat jemand in Erwartung einer ihm von dritter Seite zu leistenden Zahlung einem anderen zu demselben Zeitpunkt eine Zahlung zugesagt, so ist dieser die Zahlung zu fordern berechtigt, auch wenn er weiß, daß die Voraussetzung des Versprechenden nicht eingetroffen ist. — **RG.** LeipzZ. **08** 463 Ziff. 11. Hat der Versicherer in Kenntnis eines Grundes zur Auflösung des Vertrags eine Prämie angenommen, so würde er arglistig handeln, falls er später gegenüber dem Anspruche des Versicherten auf die Gegenleistung diesen Auflösungsgrund vorschützen wollte. — **RG.** LeipzZ. **08** 463 Ziff. 11. Der Versicherte braucht den vertragsmäßigen Ausschluß der Verzinslichkeit der Versicherungssumme bis zur Auszahlung nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn der Versicherer sich seiner Zahlungspflicht arglistig entzieht. — **RG.** LeipzZ. **08** 708 Ziff. 5. Die Versicherungsgesellschaft darf sich nach Treu und Glauben auf die mit der Verwirkung des Versicherungsanspruchs bedrohte Nichtbeobachtung einer Vorschrift nicht berufen, wenn deren Innehaltung im gegebenen Falle gänzlich bedeutungslos gewesen sein würde (Unterlassung telegraphischer Anzeige). Vgl. **RG.** DIZ. **08** 875. — **RG.** BayRpflZ. **08** 379. Die Versicherungsgesellschaft ist nicht verpflichtet, den Pfandgläubiger des Versicherungsanspruchs von der Nichtzahlung einer fälligen Prämie seitens des Pfandschuldners zu benachrichtigen. (Weiteres

über Versicherungsrecht s. o. § 157 Ziff. II 3.) — SeuffBl. 08 251 (München), SächsRpflA. 08 536 (Dresden). Hat beim Verkauf einer hypothekarisch gesicherten Forderung der Veräußerer die Haftung für Güte und Einbringlichkeit der Forderung übernommen, so ist der Erwerber nicht verpflichtet, den Veräußerer voneiner seitens eines Dritten betriebenen Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks zu benachrichtigen. — R. 08 II Ziff. 1337 (Hamburg). Ein Kaufmann, welcher seinen Kunden beim Einkaufe sog. Rabattmarken gibt, ist nach Aufgabe seines Geschäfts nicht ohne weiteres zur Einlösung der Marken verpflichtet. — R. 08 II Ziff. 2119 (Hamburg). Hat sich jemand vertragsmäßig einen Begräbnisplatz auf einem Friedhofe gesichert, so kann auch Beisetzung seiner Aschenreste verlangt werden. — **RG.** LeipzZ. 08 61 Ziff. 20. Ist in einem Mietvertrage bestimmt, daß der Mieter das Hotelinventar nach Taxe käuflich übernimmt, der Vermieter es bei Beendigung des Vertrags nach einer alsdann aufzunehmenden Taxe wieder zu übernehmen hat, so hat der Vermieter auch die inzwischen für Abgänge angeschafften Ersatzstücke und die zur Ergänzung und Erweiterung gemachten Anschaffungen nach deren Werte und Taxe zu übernehmen, soweit die Anschaffung zur ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich war. — **RG.** HoldheimsMSchr. 08 128, ElsLothJZ. 08 443. Der Käufer, der eine nach den Umständen des Falles als übermäßig zu bezeichnende Frist verstreichen läßt, ohne die Lieferung zu verlangen, handelt illoyal und ist daher nicht zu hören, wenn er nach so langer Zeit auf einen Abschluß zurückkommt, von dem der andere Teil annehmen mußte, daß er durch stillschweigende Übereinkunft seine Erledigung gefunden habe. — HansGZ. 08 Hptbl. 116 (Hamburg), R. 08 II Ziff. 698. Bei der Klausel „Abruf per 1906" ist nach den Umständen des Falles zu prüfen, wie lange nach Ablauf der Abrufsfrist mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben noch Lieferung gefordert werden kann. — **RG.** LeipzZ. 08 62 Ziff. 22, DJZ. 08 138, HoldheimsMSchr. 08 86. Es läßt sich keine allgemeine Regel dahin aufstellen, daß bei Kartellverträgen die beteiligten Industriellen nicht nur für ihre Person an die Kartellverpflichtung gebunden, sondern verpflichtet wären, bei Veräußerung ihrer Betriebsstätten dafür zu sorgen, daß die Kartellabreden auch von dem Erwerber eingehalten werden. Dafür sind die in Betracht kommenden Vereinbarungen zu verschiedenartig. — **RG.** 68 294, JW. 08 435 Ziff. 13, LeipzZ. 08 537 Ziff. 15. Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Kaufleute, die vereinbart haben, innerhalb bestimmter Bezirke einander keine Konkurrenz zu machen, ihren Geschäftsnachfolgern vertragsmäßig die gleiche Pflicht auferlegen müßten, läßt sich nicht aufstellen. Es verhält sich in dieser Beziehung ebenso wie bei den Kartellverträgen. Nur unter besonderen Verhältnissen kann eine Pflicht zur Bindung des Sondernachfolgers anerkannt werden. — **RG.** JW. 08 544 Ziff. 2, LeipzZ. 08 782 Ziff. 1 [785]. Der Regel nach involviert zwar das gegenseitige Versprechen von Gewerbetreibenden, einander keine Konkurrenz zu machen, nicht ohne weiteres die Pflicht zur vertragsmäßigen Bindung eines etwaigen Geschäftsnachfolgers. Ist aber die Übertragung des Geschäfts lediglich zum Zwecke der Umgehung des Kartellvertrags vorgenommen, so wird die an sich gegebene Einrede durch die Replik der Arglist entkräftet. — (Über Konkurrenzverbot s. a. § 138 Ziff. 4, § 157 Ziff. II 2). **RG.** JW. 08 325 Ziff. 6, LeipzZ. 08 455 Ziff. 4, R. 08 II Ziff. 1492. Der Ausgang des Berufungsgerichts bei seiner Auslegung des Bierlieferungsvertrags, eine Preiserhöhung müsse, um den auf Jahre zum Bierbezuge verpflichteten Abnehmer zu binden und nicht als Verletzung der dem Bierbezugsberechtigten obliegenden Vertragspflicht zu erscheinen, zwei Anforderungen erfüllen — sie müsse einmal vom Standpunkte des Brauereibetriebs im Hinblick auf die Erhöhung der Produktionskosten usw. angemessen sein, sie müsse aber ferner die ungeminderte Erhaltung der Betriebs- und Konkurrenzfähigkeit des Bezugsverpflichteten berücksichtigen und in den beteiligten Verkehrskreisen allgemein anerkannt oder allgemein durchführbar sein —, entspricht den Anforderungen, die von

Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gerade an solche Verträge gestellt werden. (Übereinstimmend **RG.** JW. **08** 327 Ziff. 7, OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **08** 299). (Über Bierlieferungsvertrag s. a. § 138B Ziff. 1.)

§ 243. Literatur: Breit, Das Wesen des Vinkulationsgeschäfts, Holdheims MSchr. **08** 61—71. — Klein, Umwandlung einer Gattungsschuld in eine Speziesschuld durch Vertrag (vertragliche Konzentration), SeuffBl. **08** 575, 576.

1. *Klein aaO. führt gegen Fischer, JheringsJ. **51** 170, 186/7, aus, daß es sich bei der vertraglichen Konzentration um einen Fall der vertraglichen Schuldinhaltsänderung handelt, und daß nach Abschluß dieses Schuldabänderungsvertrags ein jus variandi ausgeschlossen ist.

2. Breit aaO. berichtet über sein Werk „Das Vinkulationsgeschäft" (s. JDR. **6** § 243 Ziff. 2 a, § 398 Ziff. 4), indem er die Ergebnisse seiner Untersuchung gegenüber der Flechtheimschen Theorie der Doppelanweisung (s. JDR. **6** § 243 Ziff. 2 b, § 783 Ziff. 8) aufrechterhält und zu **RG.** GruchotsBeitr. **52** 861 (unten § 267 Ziff. 2.a) Stellung nimmt. Insbesondere hält Breit daran fest, daß die dem Importeur zugerollte Ware spezialisiert ist. Es ist Konzentration des Gattungsschuldverhältnisses eingetreten, der Importeur hat einen Anspruch auf Lieferung gerade der ihm zugerollten Ware (65).

3. **RG.** JW. **08** 740 Ziff. 8. Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat das zur Leistung seinerseits Erforderliche nur dann getan, wenn die von ihm ausgewählte und gelieferte Sache den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht; nur unter dieser Voraussetzung beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die individuell bestimmte Sache. (Vom Käufer zu vertretender Brand der als Erfüllung angebotenen Maschinen, welche nach Behauptung des Käufers mit Mängeln behaftet waren und der zugesicherten Eigenschaften entbehrten.)

4. OLG. **17** 374 (Königsberg). Hat der Gläubiger keinerlei Interesse daran, daß gerade die ausgesonderte Ware geliefert werde, so kann er sich auf die Konzentrationswirkung nicht berufen.

§ 245. SchlHolstAnz. **08** 177 (Kiel). Bedeutung der Abmachung, daß ein Darlehen „in vollwichtigen Reichs- und specie-Thalern" gezahlt und in solchen zu verzinsen sei.

§ 247. 1. **RG.** **66** 409 ff. (411) s. bereits JDR. **6** zu § 247.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 1498. Die Vorschrift findet keine Anwendung, soweit bei einem Darlehen die Zinsen, welche der Schuldner für den bereits getilgten Teil des Kapitals bis zur völligen Tilgung zu zahlen hat, zur Tilgung der Restschuld verwendet werden und daher nicht als Verzinsung der letzteren angesehen werden können.

§ 248. *Fischer, Bilanzwerte 155 u. 222 ff. Es ist ein wirtschaftlicher Fehler, die Zinseszinsen im Prinzipe zu verbieten und nur als Ausnahme zuzulassen. Zweckentsprechend wären die Zinseszinsen auf Grund des jetzt nur für Zinsen anwendbaren § 138 Abs. 2 BGB. zu regeln gewesen.

§ 249. Literatur: Matthiessen, Zur Rechtsprechung des RG. über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, JW. **08** 60—64. — Stephan, Die Unterlassungsklage.

1. Begriff, Inhalt, Art und Wesen des Schadensersatzes (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2 und 3, **2** Ziff. 2). **a)** Grundsätze (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 2 a, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2). α. **RG.** JW. **08** 238 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 1143. Die bloße, für eine ferne Zeit bestehende Möglichkeit der Schädigung bedeutet keinen auch nur mit irgendwelcher Bestimmtheit zu erwartenden Vermögensschaden; ein Leistungsanspruch ist deshalb nicht gegeben. β. **RG.** R. **08** II Ziff. 265. Die Nichterfüllung eines Vertrags durch den Schuldner erzeugt regelmäßig nur einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers oder seiner Rechtsnachfolger, nicht dritter, durch die Vertragsverletzung nur mittelbar geschädigter Personen (Ausnahmen z. B. §§ 618 BGB., 62 HGB.). γ. **RG.** LeipzZ. **08** 447

Ziff. 19, R. **08** II Ziff. 1506, HoldheimsMSchr. **08** 126. Es ist anerkannt Rechtens, daß derjenige, welcher in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung kontrahiert, seinen Gegenkontrahenten für einen schadenstiftenden Vertragsbruch oder aus einem Garantieversprechen nicht nur dann haftbar machen kann, wenn der Schaden ihm selbst erwächst, sondern auch, wenn er in der Person seines Geschäftsherrn entsteht (**RG. 58** 42, **62** 331). δ. **RG. 69** 306, JW. **08** 712 Ziff. 6. Der Schadensersatzpflichtige hat kein Recht darauf, daß der Beschädigte seinen Beruf nicht wechsele. Eine Berufsänderung würde nur dann nicht in Betracht kommen, wenn festzustellen wäre, daß sie ohne die Schadenszufügung nicht erfolgt sein würde, sei es, weil der Beschädigte den Berufswechsel eigens zu dem Zwecke vornähme, um einen höheren Schadensersatz zu erzielen, sei es aus einem anderen Grunde. ε. **RG.** R. **08** II Ziff. 464. Für die Bemessung des Schadens ist der Zeitpunkt der Klagerhebung ohne Bedeutung. ξ. **RG.** JW. **08** 35 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 258. Verlangt der Käufer eines Grundstücks, weil der Verkäufer nach dem Kaufabschluß, aber vor der Eintragung das Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet habe, Rückerstattung desjenigen Teiles des Kaufpreises, um den sich der Wert des Grundstücks durch die Belastung gemindert habe, so ist ein Schadensersatzanspruch, nicht ein Minderungsanspruch erhoben. **b)** Anfechtbare Verträge (s. JDR. **6** Ziff. 1 a und zu § 463 Ziff. 2 a, **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 3 d). α. Matthiessen, JW. **08** 60—64 und R. **08** 670, 671, bekämpft die Entsch. **RG. 66** 335 ff. (s. JDR. **6** Ziff. 1 a β) und zu § 463 Ziff. 2 a), in welcher in analoger Anwendung des § 463 Satz 2 ausgesprochen ist, daß ein Verkäufer, der dem Käufer das Vorhandensein einer wertsteigernden Eigenschaft zwar nicht vertragsmäßig zusichert, aber arglistig vorspiegelt, dem Käufer auf das Erfüllungsinteresse haftet. Verf. führt aus, daß aus der Entstehungsgeschichte des § 463 Satz 2 nichts für die Auffassung des RG. folge. Er verneint ferner, daß die Voraussetzungen einer analogen Anwendung jener Vorschrift vorlägen. Eine Lücke im Gesetze sei nicht vorhanden, da einerseits die Vorschriften über Anfechtung (§ 123 BGB.) anwendbar seien, andererseits dem Käufer gegen den Verkäufer der Anspruch auf Schadensersatz sowohl nach § 826 wie nach § 823 Abs. 2 i. Verb. mit § 263 StGB. zustehe, vorausgesetzt, daß der Käufer durch den Verkäufer bewußt geschädigt sei. Ein Bedürfnis, hierüber hinaus Ansprüche zu gewähren, bestehe nicht. Vor allem aber fehle es an der für eine analoge Anwendung erforderlichen Gleichheit des Rechtsgrundes. Denn die Haftung aus § 463 Satz 2 gründe sich auf den Vertrag, während die arglistige Vorspiegelung — im Gegensatze zu der vertragsmäßigen Zusicherung — nur bei Gelegenheit der Vertragsverhandlungen erfolgt sei und vertragsmäßige Ansprüche nicht gewähre. — Hiergegen Modestus Lipsiensis, R. **08** 500—504 und 739—740. β. SchlHolst Anz. **08** 49 (Kiel), R. **08** II Ziff. 2784. Der durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschlusse veranlaßte Käufer kann nicht verlangen, daß er so gestellt werde, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre (gegen **RG. 59** 155). γ. OLG. **17** 376 (Naumburg). Der betrogene Käufer kann Schadensersatz durch Rückgewähr des Kaufpreises gegen Rückempfang der Kaufsache verlangen. δ. **RG.** SeuffA. **63** 2 s. bereits JDR. **5** Ziff. 2 b γ. **c)** Unterlassungsklage (s. JDR. **6** Ziff. 1 b). *Stephan, Die Unterlassungsklage 154 ff., 159. (S. o. S. 93 hinter § 230.) Ist der Schaden durch Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht entstanden und ist die weitere Unterlassung geeignet, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, so nimmt die Schadensersatzklage die Form der Unterlassungsklage an (aM. Eltzbacher, Die Unterlassungsklage 215 ff.). Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn es sich um Verbreitung unwahrer kreditschädigender Behauptungen (§ 824 BGB.), um Erhaltung eines schädigenden Bordellbetriebs oder um fortgesetzte, gegen das Wettbewerbsgesetz verstoßende, öffentliche Anpreisungen handelt. In solchen Fällen ist die

Unterlassungsklage nicht schon auf Grund eines bloß objektiv rechtswidrigen Verhaltens zulässig (so bei §§ 12, 862, 1004 BGB.), sondern erfordert wie jede Schadensersatzklage ein Verschulden des Beklagten. Die Besorgnis weiterer Rechtsverletzungen ist ebenso Klagevoraussetzung wie bei der Unterlassungsklage aus absoluten Rechten.

2. Vom Kausalzusammenhange (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3). **a)** Allgemeine Gesichtspunkte. α. *Brecht, IheringsJ. **53** 251 f., **54** 85 f., 91. Der Verletzende haftet grundsätzlich nicht für solche Folgen, die erst durch eine eigene freie Handlung des Verletzten vermittelt sind; er haftet für diese Folgen nur dann, wenn die von ihm begangene Verletzung den Verletzten zu seiner Handlung (nicht nur veranlaßt, sondern darüber hinaus) genötigt hat. Es genügt Wahrung berechtigter Interessen. — Die Kausalitätslehre, insbes. dieser Teil, gilt gleicherweise für deliktische und vertragliche Verletzungen; für letztere ist er sehr wichtig (s. zu §§ 326, 553). Der Verf. nennt die Folgen einer Verletzung, für die der Verletzende nach der Kausalitätslehre haftet, mit einem Mantelwort „kulpa-kausale" Folgen. β. **RG.** JW. **08** 526 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 3022. Auch nach dem Rechte des BGB. ist davon auszugehen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen einem bestimmten, zu vertretenden Ereignis und einem schädlichen Erfolg im Rechtssinne zunächst voraussetzt, daß ein ursächlicher Zusammenhang im natürlichen Sinne zwischen beiden vorliege, d. h. daß der Schaden ohne das Ereignis nicht eingetreten wäre, daß aber hierzu noch die Erfüllung eines weiteren Erfordernisses treten muß, daß es sich nicht um rein zufällige Folgen handeln darf, die für die Entstehung des Schadens an sich ganz ohne Bedeutung geblieben wären, auch wenn sie im gegebenen Falle infolge einer Verkettung der Umstände durch das ursprüngliche schadenbringende Ereignis ermöglicht worden sind. Dieses Erfordernis läßt sich aber in einer die beiderseitigen Interessen gleichmäßig berücksichtigenden Weise nur dahin feststellen, daß der nur mittelbar eingetretene Erfolg nicht in einem so entfernten Zusammenhange mit dem ursprünglichen Erfordernisse stehen darf, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann (Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Wirkungen des Prozesses auf den Zustand des Verletzten). γ. **RG. 68** 352 ff., JW. **08** 434 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 2296. Ist ein Schadensersatz in Form von Rentenzahlungen zu leisten, so kommt es auf das Kausalitätsverhältnis für jeden einzelnen Zeitabschnitt an, so daß, wenn nach dem vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden ursächlichen Vorgang unabhängig von diesem ein neuer Umstand eintritt, der denselben Schaden ganz oder teilweise ohnehin ebenfalls verursacht haben würde, insoweit jene Ersatzpflicht wegfällt. Eine Ausnahme können nur solche Fälle bilden, wo die spätere Schadensursache wieder von einem Dritten zu vertreten ist und dieser dann insoweit keinen Schaden zu ersetzen hat, als der Schaden schon früher verursacht worden war: hier wirkt die frühere Ursache eben insoweit noch fort, als dem Beschädigten infolge ihrer der Schadensersatz von seiten des Dritten entgeht, den er sonst zu fordern gehabt haben würde. δ. **RG. 69** 57 ff., JW. **08** 299 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 1505. Ein dem Kläger durch einen Fahrstuhlunfall entstandener Schaden, zu dem zuerst der Beklagte durch unsachgemäße Herstellung der Anlage, demnächst der Kläger durch Ingebrauchnahme gegen polizeiliches Verbot eine Bedingung setzte, ist nicht vom Kläger allein, sondern von beiden Parteien verursacht. Daß die beiden Ursachen sich zeitlich folgten, kann den ursächlichen Zusammenhang zwischen der zuerst gesetzten Ursache und dem Unfalle nicht beseitigen, und zwar um so weniger, als nach der Absicht des Lieferanten die Fahrstuhleinrichtung, so wie sie von ihm hergestellt war, hat in Benutzung genommen werden sollen. ε. **RG.** R. **08** II Ziff. 1547. Nur diejenige Bedingung gilt als kausal, die nach der Regel des Lebens und nach der Erfahrung der Wissenschaft von vornherein geeignet war, sei es für sich, sei es in Verbindung mit anderen Bedingungen, den eingetretenen Erfolg zu fördern

oder herbeizuführen. Hierfür genügt eine Verletzung, welche geeignet ist, latent bestehende Krankheitsdispositionen (Tuberkelbazillen) auszulösen. ζ. **RG.** JW. **08** 40 Ziff. 15, R. **08** II Ziff. 70. Für die Annahme, daß die Einwirkung eines Tieres auf ein anderes Tier für dessen Verhalten kausal gewesen sei, reicht es nicht aus, wenn das eine Tier dem anderen nur einen Anreiz zu dem schadenbringenden willkürlichen Tun gegeben hat. Nur wenn die Einwirkung des einen auf die Instinkte des anderen Tieres kräftig genug ist, um nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, je nach der Natur der in Betracht kommenden Tiergattung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein bestimmtes Verhalten des letzteren auszulösen, ist der schädigende Erfolg auch durch das zuerst tätig gewordene Tier hervorgerufen worden. η. **RG.** JW. **08** 41 Ziff. 16, DJZ. **08** 251, ZVersWes. **08** 67, R. **08** II Ziff. 311. Die Klägerin, eine nervenschwache Dame, ist aus Anlaß des Bellens eines harmlosen Hundes zu Boden gestürzt. Kausalzusammenhang verneint. Wäre der Hund bissig gewesen, so könnte eine Verletzung durch das Tier auch ohne körperliche Berührung angenommen werden; der ursächliche Zusammenhang ist gegeben, wo das Verhalten eines Tieres den Menschen in ernste Gefahr bringt und dieser durch die Art und Weise, wie er der Gefahr zu begegnen sucht, zu Schaden kommt (GruchotsBeitr. **51** 197 ff., [JDR. **6** zu § 833 Ziff. 4c β] JW. **07** 307 Ziff. 8, [JDR. **6** zu § 833 Ziff. 4b]. Wenn, wie hier, eine wirkliche Gefahr nicht bestand, so ist der Schreck und das Hinfallen der Klägerin nach rein theoretischer Auffassung vielleicht in ursächlicher Verbindung mit dem Tun des Hundes. Aber es mußten in der Person der Klägerin vermöge ihrer Nervenschwäche ungewöhnliche Voraussetzungen bestehen, die erst den Schaden ermöglichten. Jene ursächliche Verbindung bleibt daher für die Rechtsanwendung außer Betracht, weil sie außerhalb der vom Gesetze gewollten Regelung liegt. ϑ. R. **08** II Ziff. 1794 (Stuttgart). Wenn jemand durch eine Handlung verletzt wird, infolge davon eine Anlage zu weiterer Verunglückung zurückbleibt und dann der Verletzte infolge der Anlage und seines dieser Anlage nicht genügend Rechnung tragenden Verhaltens sich einen weiteren Unfall zuzieht, so ist die erste Handlung für den weiteren Unfall im Rechtssinne nicht kausal. ι. HansGZ. **08** Beibl. 8 (Hamburg). Der Fall einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch ein neues selbständiges Ereignis, für das der zum Schadensersatze Verpflichtete nicht verantwortlich ist, liegt nicht vor, wenn der entstandene Schaden auch durch einen späteren Zufall entstanden wäre. **b)** Besondere Fälle. α. **RG.** JW. **08** 526 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 3022. Bei dem auf eine körperliche Verletzung gegründeten Anspruche kann die durch die Weigerung des Schadensersatzpflichtigen gegebene Zwangslage, den Anspruch erst im Rechtswege zu verfolgen, den Erfolg haben, die schädliche Wirkung des ursprünglichen, den Schadensersatzanspruch erzeugenden Umstandes zu vergrößern. Im Streitfalle wird daher die Verschlimmerung, welche das bei dem Unfall erworbene Nervenleiden der Klägerin durch die Aufregungen des Prozesses erleidet, als Folge der unerlaubten Handlung des Beklagten angesehen. β. **RG.** JW. **08** 405 Ziff. 5. Kausalzusammenhang zwischen Unfall und den Wirkungen des wegen der Unfallsansprüche geführten Rechtsstreits auf den Zustand des Verletzten vom OLG. einwandfrei festgestellt. γ. **RG.** R. **08** II Ziff. 3797. Hat derjenige, welcher sich an einen Verkaufsantrag hinsichtlich eines Grundstücks auf bestimmte Zeit gebunden hat, sich bei Abschluß dieses Vorvertrags einer arglistigen Täuschung über die Beschaffenheit des Baugrundes schuldig gemacht, hat dann aber der Gegner, nachdem er die Unrichtigkeit der Angaben erfahren hatte, den Kauf abgeschlossen, so kann der Käufer nicht Schadensersatz wegen der ihm durch die nötig gewordene Tieferfundierung erwachsenen Mehrkosten verlangen. δ. **RG. 66** 408 f., LeipzZ. **08** 238 Ziff. 5. Tod in der Narkose als Folge des Unfalls, wenn die Versicherungsgesellschaft nach ihren Bedingungen nur für den Fall haften will, daß der Unfall die unmittelbare und alleinige Ursache des Todes gewesen ist. ε. **RG.** LeipzZ. **08** 702 Ziff. 40. Das Verhalten des beklagten

Gerichtsvollziehers ist für den geltend gemachten Schaden kausal, sofern der Beklagte eine ungültige Erstpfändung angelegt hatte, so daß auch die Anschlußpfändung des Klägers hinfällig wurde. Daß auch den Gerichtsvollzieher M., der die Anschlußpfändung vornahm, der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft (weil ihm das Fehlen der Pfändungszeichen entging), ohne welche der Schaden nicht eingetreten wäre, entlastet den Beklagten nicht dem Kläger gegenüber; der ursächliche Zusammenhang wird nicht durch das Hinzutreten eines Verschuldens des M. beseitigt. ξ. **RG.** JW. **08** 405 Ziff. 6. Das Dulden von Scheibenschießen seitens eines Gastwirts ist ursächlich für die Verletzung, die einer der Schützen einem Dritten zufügt. η. **RG.** R. **08** II Ziff. 1144. Hat der Konkursverwalter die Erfüllung eines von dem Gemeinschuldner als Unternehmer eingegangenen Werkvertrags abgelehnt, und hat darauf der Besteller die Ausführung zu gleichen Bedingungen einem Dritten übertragen, so ist das Ursächlichkeitsverhältnis der Nichterfüllung durch den Konkursverwalter zu einem Schaden, den der Besteller infolge Nichtausführung des Werkes durch den Dritten erleidet, nicht unterbrochen.

3. Einzelne Anwendungsfälle aus der Praxis (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, 9). a) **RG.** R. **08** II Ziff. 463. Die Kosten der zur Schadensbeseitigung erforderlichen baulichen Änderungen können nicht ohne weiteres zuungunsten des Schädigers maßgebend sein, wenn der Geschädigte die Änderungen nicht vorzunehmen gedenkt. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2128. Ist der Verkäufer nach Abschluß eines Lieferungsvertrags zu dessen Ausführung nur durch eine auf arglistiger Täuschung durch den Käufer beruhende Auskunft bestimmt worden, so kann er — sofern die Einrede aus § 321 nicht eingreift — einen Schadensersatzanspruch nicht auf die Behauptung gründen, daß er ohne die falsche Auskunft den Vertrag nicht ausgeführt, also eine Vertragsverletzung begangen haben würde. Anders, wenn er dartut, daß, wenn er auf Grund einer ungünstigen Auskunft die Erfüllung geweigert hätte, sein Vertragsgegner auf Erfüllung nicht bestanden haben würde.

4. Oehlert, SeuffBl. **08** 740—743. Bei Entschädigungsansprüchen gegen einen Prozeßbevollmächtigten wegen Versäumung eines Rechtsmittels ist, wenn es zweifelhaft ist, ob das Rechtsmittel Erfolg gehabt haben würde, der Prozeßbevollmächtigte für vollhaftbar zu erklären, sofern er nicht beweist, daß die Entscheidung in den höheren Instanzen keine Änderung erfahren haben würde.

§ 251. 1. Entschädigung in Kapital oder Rente? a) **RG.** **68** 431, JW. **08** 473 Ziff. 1, R. **08** II Ziff. 2541. Fall vertraglicher Schadensersatzpflicht wegen Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit: Bei Anwendung der Vorschrift im § 251 ist der Richter nicht unter allen Umständen verpflichtet, dem Berechtigten eine Kapitalabfindung zuzusprechen. Der Ersatzpflichtige hat den Gläubiger „in Geld" zu entschädigen; der Richter ist daher berechtigt, ohne an die für die Fälle des § 843 aufgestellte Voraussetzung gebunden zu sein, nach freiem Ermessen auf eine Kapitalabfindung zu erkennen; er ist dazu aber nicht verpflichtet, vielmehr zur Wahl der Geldrente als Entschädigungsform jedenfalls dann berechtigt, wenn er nach Beurteilung aller Umstände des Falles zu der Überzeugung gelangt, daß eine Geldrente genügt oder gerade zum Ersatze des Schadens geeignet ist. **b)** Schneider, BayRpflZ. **08** 29—34 (31). Der Streit, ob Rente oder Kapital zu zahlen ist, soll im Verfahren über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO.) entschieden werden (JW. **06** 686 Ziff. 7). **c)** Kausalitätsverhältnis bei Schadensersatz in Form von Rentenzahlungen s. § 249 Ziff. 2 a γ).

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 1341. Ergibt sich infolge einer Veränderung des Straßenniveaus für ein anliegendes Miethaus eine Verringerung des Nutzungswerts, aber mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Neubebauung eine Erhöhung des Verkaufswerts, so handelt es sich weder um einen für einen bestimmten Zeitabschnitt be-

stehenden, noch um einen dauernden Schaden, der durch Kapitalisierung des für einen einzelnen Zeitabschnitt sich ergebenden Einnahmeausfalls zu ermitteln wäre; vielmehr ist der Schaden unter Berücksichtigung der Gesamtwirkung der Straßenveränderung nach freiem richterlichen Ermessen festzusetzen.

§ 252. 1. **RG. 68** 165, JW. **08** 298 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 1499. Es ist nicht erfordert, daß der Eintritt des Gewinns als zweifellos gelten müsse; eine nicht bloß entfernte, bei verständiger Würdigung sich ergebende Möglichkeit genügt. Bei dieser Prüfung ist das Gericht nach § 287 ZPO. nicht an das Vorbringen der Partei gebunden; es hat sich vielmehr unabhängig von einer Darlegungspflicht des angeblich Geschädigten oder einer diesen treffenden Beweispflicht ein Urteil darüber zu bilden, ob ein Gewinn entgangen sei (s. auch JDR. **6** lit. a, b, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1).

2. **RG.** SeuffA. **63** 261 s. bereits JDR. **6** lit. b.

3. a) **RG.** JW. **08** 140 Ziff. 10 (EisenbE. **25** 34). Bei Bemessung einer Rente auf Grund des § 843 ist auch die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse, soweit sie sich zur Zeit der Urteilsfällung übersehen läßt, zu berücksichtigen, so insbesondere der Einfluß, den nach der Lebenserfahrung und bei normalem Verlaufe der Dinge das zunehmende Lebensalter auf die Erwerbsfähigkeit auszuüben pflegt. b) **RG.** JW. **08** 140 Ziff. 11, EisenbE. **24** 387. Läßt sich die Einwirkung des fortschreitenden Alters zurzeit nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit beurteilen, so ist die Zuerkennung einer zeitlich unbegrenzten Rente unbedenklich, wenn die Möglichkeit dieser Einwirkung im Betrage der Rente berücksichtigt ist (s. auch JDR. **4** Ziff. 2).

4. S. zu § 326 Ziff. 9. (Schadensersatzanspruch).

§ 253. **RG.** SeuffA. **63** 53. Kein Vermögensschaden des Eigentümers einer durch Gerüche entwerteten Wohnung für die Zeit, in welcher er die Wohnung selbst benutzt hat.

§ 254. Literatur: Dronke, Eigenes Verschulden, EisenbE. **25**, Sonderheft (1908). — Grünebaum, Mitwirkendes Verschulden der Hilfspersonen des Beschädigten, R. **08** 97—103. — Hinze, Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichen Verschulden (§§ 254 und 278 BGB.), JW. **08** 230 bis 232. — Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung, JheringsJ. **54** 107 bis 138. — Schierlinger, Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB., SeuffBl. **08** 261—266. — Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, ABürgR. **32** 35, 36. — Winter, Haftet der Beschädigte für schuldhaftes, zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verschulden seiner Angestellten? SeuffBl. **08** 352—354.

1. Allgemeines. Begriff. Anwendungsgebiet (s. auch JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). a) Schwarz, ABürgR. **32** 35, 36. Gesetz und Praxis sprechen in zahlreichen Fällen, wie z. B. im § 254, davon, daß jemand etwas „schuldhaft" getan oder unterlassen habe, ohne daß eine andere Person aufzuweisen ist, der gegenüber er zu dem Gegenteile seines Verhaltens verpflichtet gewesen wäre. Diese Fälle beruhen nicht auf dem Gedanken des „Verschuldens gegen sich selbst" oder der „sittlichen Pflicht", sondern darauf: Der Vermögensvertreter ist zugunsten des Vermögenszwecks zur ordentlichen Vermögensverwaltung verpflichtet. b) Dronke aaO. Nach kurzer historischer Einleitung wird, ausgehend von dem Satze, daß jedes Verschulden notwendig die Übertretung eines Pflichtgebots enthalte, untersucht, worin das Verschulden im Rechtssinn im Falle des § 254 BGB. bestehe (35). Dem Schadensgläubiger liegen Rechtspflichten gegenüber seinem Schuldner ob (§§ 254 Abs. 2, 226 BGB., 811, 850 ZPO.) (35—38). Eigenes Verschulden trifft denjenigen Schadensgläubiger, der vorsätzlich oder fahrlässig Rechte seines Schuldners verletzt (38). Der Umfang der Gläubigerpflichten und das Maß der zu fordernden Sorgfalt werden von dem Schuldgrunde des Schuldverhältnisses ganz wesentlich beeinflußt (39, 40); von Bedeutung kann auch sein, ob der Gläubiger eine vertragliche oder gesetzliche (z. B. durch Polizeiverordnung begründete) Pflicht verletzt hat. Diese Konstruktion des eigenen Verschuldens er-

leichtert ein scharfes Auseinanderhalten der Begriffe Verschulden und Verursachung (40). Eigenes Verschulden liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger ein Tier hält, das bei der Entstehung des Schadens mitwirkt, ebenso in allen anderen Fällen der Schadenshaftung ohne Verschulden (41). **c)** Krückmann aaO. Gefährdungsaufrechnung gegenüber der Tierhalterhaftung greift Platz, wenn der Beschädigte sich dem fremden Tiere, sich selbst gefährdend, aussetzt, ohne daß Verschulden vorliegt (Aufsteigen auf fremden Wagen, Zusammenbringen des eigenen Pferdes mit fremden Pferden). Diese Gefährdungsaufrechnung kommt in zwei Anwendungsfällen vor. Entweder handelt es sich um einfache Tierhalterhaftung — z. B. Verletzung des Hufschmieds durch das Pferd —, dann bewirkt die Selbstgefährdung durch den Beschädigten gänzlichen Ausschluß der reinen Tierhalterhaftung; oder es handelt sich um mehrfache Tierhalterhaftung — z. B. ein Hund bringt ein Pferd zum Scheuen, das Pferd schädigt —, dann bewirkt die Selbstgefährdung analog § 254 nur eine entsprechende Abminderungshaftung. In letzterem Falle ist die Gefährdungsaufrechnung nicht auf die Selbstgefährdung durch eigene Tiere zu beschränken, greift vielmehr z. B. auch beim Fahren des Beschädigten mit fremdem Pferde Platz. **d)** α. PosMSchr. **08** 7, EisenbE. **25** 24 (Posen). Aus § 25 PrEisenbG. vom 3. November 1838 haftet die Eisenbahn einem Spediteur für den Schaden, den ein Zug an dem Gespanne des Spediteurs angerichtet hat, auch dann, wenn ein fahrlässiges Verhalten des Kutschers bei der Schadenentstehung mitgewirkt hat. § 254 BGB. ist auf die Fälle des § 25 EisenbG. nicht anwendbar. β. OLG. **16** 349, R. **08** II Ziff. 2626 (Posen). § 254 BGB. ist auf § 25 EisenbG. nicht anwendbar. γ. **RG. 66** 405, R. **08** II Ziff. 1343, bezeichnet als zweifelhaft, läßt es aber dahingestellt, ob § 254 BGB. auf § 25 PrEisenbG. vom 3. November 1838 Anwendung findet (s. auch JDR. **6** Ziff. 1 b). **e) RG.** JW. **08** 218 Ziff. 41, EisenbE. **24** 294. Gegenüber dem Anspruche der Berufsgenossenschaft aus § 136 GewUVG. ist eigenes Verschulden des Verletzten nur insoweit erheblich, als es die Kausalität zwischen dem Unfall und der Fahrlässigkeit des Unternehmers ausschaltet (s. auch JDR. **5** Ziff. 1 g u. **RG. 62** 342, 429). **f) RG. 68** 352 ff., JW. **08** 434 Ziff. 11, NaumburgAK. **08** 73, EisenbE. **25** 70, R. **08** II Ziff. 2361. Die Grundsätze des § 254 BGB. kommen auch im Bereiche des § 323 ZPO. zur Anwendung. Die für das frühere Urteil maßgebend gewesenen Verhältnisse haben sich eben auch dann geändert, wenn eine an sich mögliche nachträgliche, nicht vorhergesehene Minderung des Schadens nur durch das eigene Verschulden des Beschädigten — Trunksucht — verhindert worden ist. **g)** Zum Abs. 2. **α.** Hecht, DJZ. **08** 963 ff. (gegen LG. I Berlin, unten Ziff. 10 b γ). Die Anstrengungen, die der Beschädigte zur Abwendung eines Schadens zu machen hat, umfassen nur das Ergreifen solcher Maßnahmen, die eine erkennbare, also eine schon drohende Gefahr vorschreibt; sie erstrecken sich dagegen nicht bis zu einer allen Eventualitäten Rechnung tragenden fortdauernden Anspannung der Aufmerksamkeit aufs Ungewisse hin. Handelt es sich um einen bei Erfüllung eines Vertrags entstandenen Schaden, so müssen auch die dem Gegenkontrahenten obliegenden Vertragspflichten bei dem Abmaße der zu beobachtenden Sorgfalt Berücksichtigung finden. β. Gegen **RG. 65** 57 ff. Kluge, DJZ. **08** 697 f. Gegenüber einem Schadensanspruche wegen Verleitung zur Kreditgewährung gegen Hypothekbestellung durch Erregung von Irrtum kann der Gewinn aufgerechnet werden, den der Hypothekengläubiger dadurch erzielt hat, daß er das hypothekarisch belastete Grundstück unter dem Werte erstanden hat. γ. *Klein, OestCBl. 27 120. Bei Schadenersatzpflichtfällen besteht eine Anzeigepflicht des Ersatzberechtigten gegenüber dem Ersatzpflichtigen insoweit, als die Unterlassung der Anzeige Unterlassung der Abwendung oder Herabminderung eines (weiteren) Schadens ist. —

2. Grundsätzliches aus der Praxis (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1). a) „Mitwirkendes Verschulden" bei objek-

tiver Haftung des Beschädigten (s. auch oben Ziff. 1 b, c). α. **RG. 67** 120 ff., JW. **08** 40 Ziff. 15, R. **08** II Ziff. 19. Im Sinne des § 254 Abs. 1 ist dem bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden Verschulden des Beschädigten gleichzustellen die nicht durch ein subjektives Verschulden bedingte, aber sonst im Gesetze begründete Verantwortlichkeit des Beschädigten für eine bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Tatsache, namentlich seine Verantwortlichkeit für das Tun eines von ihm gehaltenen Tieres gemäß § 833. — § 254 trägt dem Gedanken der objektiven Schadenshaftung in zweierlei Richtung Rechnung. Einmal wird ein nicht schuldhaftes Verhalten des Schädigers als Haftungsgrund anerkannt; sodann wird nach beiden Seiten hin für die Verteilung des Schadens das objektive Verhältnis der beiden Kausalitäten als wesentlich entscheidend in Betracht gezogen. Eine Haftung des Beschädigten auch da, wo ihn ein Verschulden nicht trifft, ist im § 254 nicht ausdrücklich ausgesprochen; das der Entstehungsgeschichte zu entnehmende allgemein gesetzgeberische Motiv führt aber zu der Annahme, daß auch die im Gesetze begründete objektive Haftbarkeit des Beschädigten für die Anwendbarkeit des § 254 in Betracht zu kommen hat. (Kläger ist dadurch verletzt, daß sein Pferd durch den Hund des Beklagten zum Scheuen gebracht ist. Ersatzanspruch zu $1/2$ zugebilligt.) β. **RG.** DJZ. **08** 537. Wenn das von dem Pferde des Beklagten durch einen Hufschlag getötete Pferd des Klägers zuerst geschlagen hat, so würde sich daraus die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 254 ergeben. **b)** Mitwirkendes Verschulden bei arglistiger Schädigung (s. auch JDR. **6** Ziff. 2 f., **4** Ziff. 2 a ➻ lies dort statt „noch" „nicht". Red. ➻). α. **RG.** SeuffA. **63** 222, JW. **08** 329 Ziff. 12, R. **08** II Ziff. 1755. § 254 findet auch dann Anwendung, wenn beide Teile arglistig gehandelt haben, insbesondere ist auch in solchem Falle die beiderseitige Mitwirkung zur Schadensentstehung abzuwägen. Die Abweisung der Schadensersatzklage darf daher nicht mit der Begründung erfolgen, daß sich nicht feststellen lasse, welcher Teil den Schaden überwiegend verursacht habe. Ergibt sich, daß das Verschulden beider Teile zur Schadensentstehung in ungefähr gleicher Weise mitgewirkt hat, so ist vielmehr die Schadensersatzpflicht dementsprechend festzustellen. β. **RG.** JW. **08** 9 Ziff. 10, R. **08** II Ziff. 301, HoldheimsMSchr. **08** 288 (289). Wer durch arglistige Täuschung einen anderen zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, kann sich gegenüber dem Schadensersatzanspruch des anderen nicht darauf berufen, daß dieser infolge Vertrauensseligkeit oder mangelnder Vorsicht das Opfer seiner Arglist geworden ist (s. JDR. **6** Ziff. 2 f). γ. **RG. 69** 277 ff. JW. **08** 715 Ziff. 12, R. **08** II Ziff. 3552. Ist ein Hypothekengläubiger unter Ausnutzung eines Irrtums über den Rang der Hypothek arglistig geschädigt worden, so fällt gegenüber dem hierauf gestützten Schadensersatzanspruch ein dem Hypothekengläubiger bei Nachprüfung des Hypothekenbriefs zur Last zu legendes Versehen nicht ins Gewicht (JW. **08** 9 Ziff. 10 [s. oben zu 3], JW. **05** 717 Ziff. 6 [s. JDR. **4** Ziff. 2 a]). δ. **RG.** JW. **08** 677 Ziff. 8. Kläger macht gegen den Beklagten, der ihn durch arglistige Vorspiegelung der Volljährigkeit zur Hingabe eines Darlehens zu Spielzwecken veranlaßt hat, die Klage auf Schadensersatz gemäß §§ 823 Abs. 2, 826 geltend. Nach den besonderen Umständen des Falles war die Hingabe der Summen, die der Kläger während des Spieles dem Beklagten geliehen hat, in objektiver und subjektiver Beziehung für den Kläger eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung. Sie stellte also ein eigenes, die Anwendung des § 254 rechtfertigendes Verschulden des Klägers dar. — Ersatzanspruch verneint. **c)** α. **RG.** JW. **08** 522 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 2904. Der Einwand des konkurrierenden Verschuldens ist auch dann erhoben, wenn der Beklagte die Absicht, das eigene Verschulden des Klägers zur Abwehr seiner Schadensersatzansprüche zu verwerten, dadurch zu erkennen gibt, daß er in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Antrag auf Klagabweisung Tatsachen behauptet, aus denen sich jenes Verschulden an sich

ohne weiteres ergibt (s. JDR. **5** Ziff. 1 k). β. OLG. **17** 376 (Rostock). Keine Anwendung des § 254 von Amts wegen. **d)** **RG. 69** 59, JW. **08** 299 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 1502. § 254 läßt seinem Wortlaute nach zwar das Maß der Verursachung entscheidend sein; jedoch wird dabei ersichtlich auch dem Verschulden eine gewisse nicht unerhebliche Bedeutung beigemessen. **e)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2460. Bei Abwägung des beiderseitigen Verschuldens kann dem Umstande, daß der eine Teil die gefährliche Situation geschaffen hat, die Bedeutung beigemessen werden, daß, auch wenn das Verschulden dieses Teiles subjektiv als das geringere erscheint, doch beide Teile für die Schadenfolgen als gleich verantwortlich angesehen werden. **f)** **RG.** R. **08** II Ziff. 22. Dem Beschädigten kann ein im Momente der Gefahr beobachtetes sachwidriges Verhalten nicht als Schuld angerechnet werden. Dies gilt aber nicht von demjenigen, der durch sein Verschulden die Gefahr herbeigeführt hat. **g)** **RG.** JW. **08** 675 Ziff. 3. Ist beim Werkvertrag infolge eines vom Unternehmer zu vertretenden Mangels, zu dessen Entstehung aber ein vom Besteller zu vertretender Umstand mitgewirkt hat, dem Besteller ein Schaden entstanden, so muß gegen den Besteller nicht nur bezüglich des von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, sondern auch bezüglich des vom Unternehmer erhobenen Anspruchs auf Zahlung der Vergütung die Regel des § 254 Platz greifen, und das Ergebnis kann unter Umständen das sein: daß der Unternehmer die Vergütung, ganz oder zum Teil, trotz des Mangels zu erhalten hat. **h)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2606, EisenbE. **25** 74. Wenn die Berufsgenossenschaft einen für die Folgen des Unfalls ersatzpflichtigen Dritten in Anspruch nimmt, kann dieser durch Berufung auf eigenes Verschulden des Verletzten seine Ersatzpflicht nur abwenden, wenn dieses eigene Verschulden für so erheblich zu erachten ist, daß bei der gemäß § 254 vorzunehmenden Abwägung auf dieses Verschulden eine größere Quote entfällt, als derjenigen Minderung der Erwerbsfähigkeit entspricht, für die seitens der Berufsgenossenschaft Rente nicht gewährt wird. **i)** **RG.** R. **08** II Ziff. 465. Macht der Verletzte, der aus der Unfallversicherung eine Rente bezieht, den über die Leistungen der Berufsgenossenschaft hinausgehenden Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger geltend, so ist es nicht angängig, die Schadensteilung wegen konkurrierenden Verschuldens nur auf den von der Berufsgenossenschaft nicht gedeckten Schaden zu erstrecken. **k)** α. **RG.** JW. **08** 495 Ziff. 35, EisenbE. **25** 76. Der dem Ersatzpflichtigen (Eisenbahnunternehmer) bezüglich des konkurrierenden Verschuldens obliegenden Beweispflicht kann dann, wenn der Unfall nicht aufgeklärt ist, auch genügt sein, sofern die Sachlage mit höchster Wahrscheinlichkeit darauf hinweist, daß der Verletzte ohne eigene Schuld nicht verunglückt sein kann. Solchenfalls hat der Verletzte sich zu entlasten und darzutun, daß nach den besonderen Umständen sein Verhalten nicht schuldhaft war. β. **RG.** EisenbE. **24** 272. Beweispflichtig für ein schuldhaftes Verhalten des Verletzten ist an sich der ersatzpflichtige Betriebsunternehmer. Wenn jedoch das Verhalten des Verletzten dem äußeren Hergange nach sich als ein verbotswidriges oder unvernünftiges und für den Unfall ursächliches darlegt, so liegt es dem Verletzten ob, sich zu entlasten. γ. **RG.** R. **08** II Ziff. 20. Sofern sich nicht aus der Sachlage selbst ein konkurrierendes Verschulden ergibt, ist die Gegenseite, die ein solches behauptet nach dieser Richtung darlegungs- und beweispflichtig.

3. Mitwirkendes Verschulden nicht unbeschränkt geschäftsfähiger Personen (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6 b). **a)** **RG.** SächsRpflA. **08** 387, EisenbE. **25** 76, R. **08** II Ziff. 2627. Kommt mitwirkendes Verschulden von Personen zwischen 7 und 18 Jahren in Frage, so ist § 828 entsprechend anzuwenden. Maßgebend ist die Einsicht zur Erkenntnis der Gefahr, der sich der Minderjährige durch seine Handlung aussetzt (**RG.** RheinA. **103** 287 ff.). **b)** **RG.** JW. **08** 522 Ziff. 6, DJZ. **08** 971. Wenn gegenüber dem Schadensersatzanspruch eines im Alter von 7 bis 18 Jahren stehenden Klägers der

auf § 254 BGB. gestützte Einwand erhoben wird, so ist es nicht Sache des Beklagten zu behaupten und nachzuweisen, daß der Kläger die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit seines Tuns erforderliche Einsicht gehabt habe, vielmehr muß der Kläger geltend machen und dartun, daß es ihm an der zur Beurteilung seiner Handlungsweise erforderlichen Einsicht gefehlt habe. **c)** **RG. 68** 423 f., JW. **08** 494 Ziff. 34, R. **08** II Ziff. 2545. Die individuellen Verhältnisse der kindlichen Einsicht und Erfahrung eines jugendlichen Verletzten sind zwar nicht bei der Prüfung, ob ihn ein Verschulden trifft (§ 276), wohl aber bei der Abwägung des Maßes dieses Verschuldens gegenüber der Haftung des Beschädigers (§ 254) zu berücksichtigen (Abspringen eines 8 jährigen Knaben vom Vorderperron der Straßenbahn). S. auch § 276 Ziff. 3b α. **d)** **RG.** SächsRpflA. **08** 387, R. **08** II Ziff. 2628. Trifft einen 9 jährigen Verletzten mitwirkendes Verschulden bei einem Unfalle, so ist bei Bemessung des Grades dieses Verschuldens auf das jugendliche Alter Rücksicht zu nehmen. **e)** **RG.** R. **08** II Ziff. 945. Eigenes Verschulden eines Minderjährigen beim Abschluß eines Geschäfts kann nur Berücksichtigung finden, wenn er zu dem Abschlusse zugezogen ist und die Entschließung dazu beeinflußt hat. **f)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3750. Gerät ein 14 jähriger Lehrling, dem sein Lehrherr die Führung des Geschirrs überläßt, infolge der Begegnung mit einem anderen Geschirr, an das er zu nahe herankommt, unter die Räder, so findet der Umstand, daß er kopflos geworden und ungeschickt gehandelt hat, seine Entschuldigung in seiner Jugend und seiner Unerfahrenheit im Fahren. Es erscheint daher gerechtfertigt, den Lehrherrn für den ganzen Schaden verantwortlich zu machen. **g)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2130. Hat ein Vormund mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Sparkassengelder zu Spekulationsbauten verwendet, so trifft den durch Fahrlässigkeit des Vormundschaftsrichters geschädigten — 20 jährigen — Mündel ein mitwirkendes Verschulden auch dann nicht, wenn er bei Gericht den Genehmigungsantrag unterstützt, aber aus Unerfahrenheit nicht Auskunft über die Einzelheiten der geplanten, von ihm für sicher gehaltenen Anlagen gegeben hat. **h)** Weitere Einzelfälle unten Ziff. 10 a α, β).

4. Verhältnis des § 278 zu § 254 (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 9). **a)** *Grünebaum, R. **08** 97—103. Es muß der Beschädigte sich sowohl bei vertraglichen als auch bei außervertraglichen Schäden jedes mitwirkende Verschulden seiner Hilfspersonen anrechnen lassen. Aus der Stellung der Bestimmung im Abs. 2 kann schon deshalb kein Schluß gezogen werden, weil sie erst in der Reichstagskommission zugefügt ist, die sonst so sorgfältige Redaktion des BGB. also gefehlt hat. Es handelt sich hier um die sittliche Pflicht, für die Erhaltung seiner Güter selbst zu sorgen, der gleichmäßig im § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 rechtliche Bedeutung insoweit beigelegt ist, als deren Verletzung den Ersatzanspruch des Beschädigten aufhebt oder beschränkt. Wenn jemand sich eines Dritten zur Erfüllung dieser Pflicht bedient, so läßt der § 278 BGB. eine entsprechende Anwendung auf beide Fälle zu, mag es sich um ein Tun oder Unterlassen handeln. Zudem bildet § 254 Abs. 2 Satz 2 für die Fälle des Vertragsschadens die notwendige Parallelbestimmung zu § 278, wie der sonstige Inhalt des § 254 zu § 276; eine einheitliche Auslegung des § 254, der im allgemeinen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse steht, ist aber für vertragliche und außervertragliche Schäden geboten. **b)** Hinze, JW. **08** 230 ff. Um zu einer zutreffenden Auslegung des § 254 zu gelangen, muß man den letzten Satz des 2. Absatzes als selbständigen 3. Absatz in den Paragraphen einstellen, etwa mit der umschreibenden Fassung: „Der Beschädigte hat ein Verschulden seines Vertreters oder seiner Leute in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden." Aus § 254 ergeben sich sonach folgende Grundsätze für das fremde Verschulden: α. für das kontraktliche Verschulden: Sowohl der in Anspruch genommene Schuldner als auch der geschädigte Gläubiger haben das Verschulden ihrer Leute oder ihrer Vertreter wie eigenes Ver-

schulden gemäß § 278 zu vertreten. β. Für das außerkontraktliche Verschulden: Der in Anspruch genommene Schuldner kann die mangelnde culpa in eligendo gemäß § 831 vorschützen und wird vom Ersatze völlig befreit, wenn er mit diesem Einwande durchdringt. Gelingt ihm dies nicht, wendet er aber gegen den Klaganspruch konkurrierendes Verschulden der Leute des Gläubigers ein, so hat dieser das Verschulden seiner Leute (bzw. seines Vertreters) wie eigenes Verschulden zu vertreten und zwar jedes Verschulden (Abs. 1 u. 2). γ. In beiden Fällen konkurrierenden Verschuldens hängt gemäß Abs. 1 des § 254 die Verpflichtung zum Ersatze von der Mitwirkung einer jeden der beiden Hilfspersonen an der Ursache des Schadens ab. **c)** Winter, SeuffBl. **08** 352—354. Auch bei außerkontraktlichem Schaden haftet der Beschädigte für schuldhaftes, zur Entstehung des Schadens mitwirkendes Verhalten seiner Angestellten. **d)** **RG.** R. **08** II Ziff. 945. § 278 findet auch im Falle des § 254 Abs. 1 entsprechende Anwendung (**RG. 62** 106, JDR. **5** Ziff. 4 c). **e)** OLG. **16** 350 (Rostock). § 278 ist auf den Fall des § 254 Abs. 1 nicht entsprechend anwendbar. **f)** R. **08** II Ziff. 18 (Hamm). Die im Abs. 2 sich findende Bezugnahme auf § 278 bezieht sich auch auf Abs. 1. **g)** HansGZ. **08** Beibl. 123 (Hamburg). § 254 Abs. 1 berücksichtigt nur ein Mitverschulden des Geschädigten selber. **h)** HansGZ. **08** Beibl. 252 (Hamburg). Der bei einem Wagenzusammenstoße Beschädigte muß sich das konkurrierende Verschulden seines Wagenführers (Kutschers, Chauffeurs) anrechnen lassen. **i)** MecklZ. **08** 256 (Rostock). § 278 ist auf den Fall des § 254 Abs. 1 nicht entsprechend anwendbar.

5. Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **2** Ziff. 8). **a)** **RG.** JW. **08** 329 Ziff. 10, R. **08** II Ziff. 1754. Der Verletzte, der einen anderen ersatzpflichtig macht, muß regelmäßig in derselben Weise auf Wiederherstellung oder Besserung seiner Gesundheit Bedacht nehmen, als wenn er den Schaden nicht auf einen anderen abwälzen könnte. Nach Lage des vorliegenden Falles kann jedoch auch hiernach dem Kläger eine Anstaltsbehandlung nicht zugemutet werden. **b)** HessRspr. **08** 122 (Darmstadt). Ist in einem Unfallversicherungsvertrage bestimmt, daß der Versicherungsanspruch bei Weigerung der Mitwirkung zur Heilung verwirkt sei, so kann das Verhalten des Verletzten bei Anwendung der Heilmethoden nur entweder die Verwirkung herbeiführen, oder es ist auf die Entschädigungspflicht einflußlos; § 254 ist nach der Parteiabsicht in solchem Falle nicht anwendbar. **c)** **RG.** SeuffA. **63** 353, DJZ. **08** 137 s. bereits JDR. **6** Ziff. 6 c.

6. Feststellung im Prozesse (s. JDR. **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 7). **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1606. Die Frage des eigenen Verschuldens ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu entscheiden, ausgenommen den Fall der nachträglichen Erweiterung des Klaganspruchs sowie vielleicht den Fall, daß der Ersatzberechtigte den Schaden nachträglich noch vergrößert hat. **b)** **RG.** JW. **08** 558 Ziff. 22, LeipzZ. **08** 779 Ziff. 29. Die Entscheidung über das konkurrierende Verschulden gehört zur Vorabentscheidung nach § 304 ZPO. **c)** Schneider, BayRpflZ. **08** 29—34 (31). Die Entscheidung über die Mitschuld des Klägers und das Bruchteilsverhältnis der Mitschuld gehört streng genommen in die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs. Anders in Ausnahmefällen, wo z. B. einzelne Forderungsglieder dem Nachverfahren überlassen sind oder die Mitschuldfrage erst nach Erlassung des Grundurteils auftaucht u. dgl. **d)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1342. Es ist zwar nicht gerade unzulässig, den Ersatzanspruch des Beschädigten auf Grund seiner eigenen Sachdarstellung zurückzuweisen oder herabzusetzen. Dieses Verfahren hat jedoch zur Voraussetzung, daß jene Angaben die zur Abwägung gemäß § 254 erheblichen Umstände außer allen Zweifel stellen.

7. Verhältnis des HaftpflG., insbesondere des § 1, zum § 254 (s. JDR. **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 7 und die dortigen Verweisungen).

a) *Schierlinger, SeuffBl. **08** 261—266 (Ergänzung zu **05** 109 ebda, s. JDR. **4** Ziff. 7 a γ). Hauptergebnisse der neueren Rechtsprechung: Prinzipiell Abwägung des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten gegen die Betriebsgefahr nach Bestand und Höhe; war diese eine normale, durch nichts gesteigerte, so wird der Schaden hälftig geteilt; treten bei der Betriebsgefahr oder beim klägerischen Verschulden verstärkende Momente hervor, so erfolgt Teilung nach Dritteln, Vierteln 2c.; überwiegt das besagte Verschulden stark, so schließt es die Haftpflicht ganz aus. In der Beweisfrage bleibt es, wo andere entscheidende Unfallursachen nicht erhellen, bei der Haftung des Betriebsunternehmers. Im ganzen geht der Zug der Rechtsprechung auf eine Minderung dieser letzteren. Lit.: Hammer, Hirts Ann. **06** 850 ff., JDR. **5** Ziff. 7 a. **b)** **RG.** EisenbE. **24** 368, R. **08** II Ziff. 412. Liegt bei einem Eisenbahnbetriebsunfall ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten vor, so ist zu prüfen, wie dieses bei einer Abmessung gegen die allgemeine oder eine von dem Eisenbahunternehmer zu vertretende gesteigerte Betriebsgefahr bei Anwendung des § 1 RHaftpflG., oder gegen das etwa festzustellende Verschulden des Eisenbahnunternehmers und seiner gesetzlichen Vertreter bei Anwendung der §§ 823, 31, 30 BGB., oder endlich gegen das rechtswidrige Handeln der Bediensteten des Eisenbahnunternehmers bei Anwendung des § 831 BGB. zu bewerten ist. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 174. Die Erhöhung der Betriebsgefahr, welche dadurch entsteht, daß der Straßenbahnwagen keinen Schaffner führt, ist bei Abwägung des Verschuldens des beim Aussteigen Verletzten und der vom Eisenbahnunternehmer zu vertretenden Betriebsgefahr in Betracht zu ziehen. **d)** HansGZ. **08** Beibl. 277 (Hamburg). Eigenes Verschulden des Verletzten schließt die Haftpflicht der Eisenbahn nur dann aus, wenn es die alleinige Ursache des Unfalls war, nicht aber, wenn daneben die dem Bahnbetriebe eigentümliche Gefahr irgendwie mitgewirkt hat. **e)** **RG.** JW. **08** 552 Ziff. 13, R. **08** II Ziff. 2883. Wenn neben der gewöhnlichen Eisenbahngefahr ein grobes Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, wird für die Regel eine Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers überhaupt auszuschließen sein.

8. Verhältnis zum Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890. **RG. 67** 172, JW. **08** 6 Ziff. 5, LeipzZ. **08** 67 Ziff. 47, R. **08** II Ziff. 23. Gegenüber einem Anspruche, welcher im übrigen den Vorschriften des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 unterliegt, ist die Frage nach Begriff und Wirkung des konkurrierenden Verschuldens nach demjenigen Landesrechte zu beurteilen, welches an sich auf den Fall Anwendung finden müßte.

9. Verhältnis des § 833 zum § 254 (s. JDR. **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 1). **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1195. Bei der Haftung aus § 833 kann zwar eine Vergleichung des Verschuldens beider Teile nicht Platz greifen, wohl aber ist das Maß des Verschuldens des Beschädigten von Bedeutung. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1194. Wer vertragsmäßig dafür zu sorgen hat, daß das Tier, durch welches er zu Schaden gekommen ist, weder Schaden leide noch zufüge (Reitknecht), ist bei dem Anspruch aus § 833 dafür beweispflichtig, daß er seiner Vertragspflicht genügt habe, und nicht hat der Tierhalter Verschulden des Verletzten zu beweisen. **c)** **RG.** JW. **08** 235 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 1146. Die Berührung eines mit Bißwunden bedeckten Hundes enthält wegen der Gefahr, daß der Hund durch Schmerzen gereizt wird, eine Fahrlässigkeit ($^3/_4$ zugebilligt). **d)** **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 3. Verschulden des Verletzten verneint, der, um den Hufschlägen des Pferdes zu entgehen, entgegen der Fahrtrichtung vom Wagen sprang. **e)** SchlHolstAnz. **08** 203 (Kiel). Mitwirkendes Verschulden des Reiters bejaht, der beim Überholen anderer Reiter, ohne sich bemerklich zu machen, so nahe an den vorhergehenden Pferden vorbeireitet, daß er von dem Hufschlag eines scheuenden Pferdes getroffen werden kann ($^1/_3$ zugebilligt).

f) **RG.** JW. **08** 680 Ziff. 12. Ersatzanspruch eines durch einen anspringenden Hund zu Fall gebrachten Motorradfahrers mit Rücksicht darauf verneint, daß der Verletzte mit ungeminderter Geschwindigkeit durch eine Ortschaft (bewohnte Gegend) gefahren war (s. auch § 276 Ziff. 3e ζ).

10. Einzelfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung. a) Zum § 1 HaftpflG.

α. Straßenbahnunfälle (s. JDR. **6** Ziff. 8 a α, **5** Ziff. 10 a α, **4** Ziff. 10 a α, **3** Ziff. 10 a, **2** Ziff. 12 a). **RG.** JW. **08** 742 Ziff. 9. Grobes Verschulden des Verletzten bejaht, der sich, hinter dem Perron eines elektrischen Straßenbahnwagens über das Gleis gehend, über das Herannahen eines Straßenbahnwagens auf dem zweiten Gleis nicht vergewissert hat. Ersatzanspruch verneint. — **RG.** JW. **08** 494 Ziff. 34. Ersatzanspruch zu $1/3$ zugebilligt in einem Falle, wo ein nicht voll neunjähriger Knabe auf einen in der Fahrt begriffenen Straßenbahnwagen aufzuspringen suchte, obschon eine Haltestelle sich in der Nähe befand. — **RG.** EisenbE. **25** 45, R. **08** II Ziff. 1145. Das Aufspringen auf einen in der Fahrt begriffenen, wenn auch langsam fahrenden elektrischen Motorwagen ist stets ein — nach Lage des Falles mehr oder weniger schweres — Verschulden. Ersatzanspruch verneint. — **RG.** R. **08** II Ziff. 28. Hat ein Fahrgast durch ein Glockenzeichen das Anhalten des Wagens erbeten und hat alsdann der Wagen angehalten, so kann es dem Fahrgaste nicht zum Verschulden — jedenfalls nicht zu schwerem — angerechnet werden, wenn er, bevor er abstieg, nicht noch Nachforschungen angestellt hat, ob das Anhalten seinetwegen erfolgt sei. — **RG.** R. **08** II Ziff. 2543. Ersatzanspruch in einem Falle verneint, in dem ein Fußgänger infolge Betrunkenheit oder völliger Sorglosigkeit unter einen auf hell erleuchteter Straße in gerader Richtung fahrenden Straßenbahnwagen geriet. — **RG.** R. **08** II Ziff. 173. Abspringen von fahrenden Straßenbahnwagen ist, von Ausnahmefällen abgesehen, stets Selbstverschulden. — **RG.** EisenbE. **24** 278. Dem Fahrgaste, der, schwer bepackt, von einem bereits wieder fahrenden Zuge abspringt, steht ein Haftpflichtanspruch nicht zu. — EisenbE. **25** 66, R. **08** II Ziff. 2134 (Hamburg). Unfall des 12jährigen Klägers infolge Abspringens kurz vor der Haltestelle. Bei Berücksichtigung des Naturells eines Kindes Ersatzanspruch zur Hälfte zugebilligt. — **RG.** JW. **08** 210 Ziff. 32. Konkurrierendes Verschulden eines gemäß § 828 Abs. 2 verantwortlichen zehnjährigen Mädchens verneint, welches, von einem Knaben verfolgt, blindlings in eine Straßenbahn lief. — **RG.** EisenbE. **24** 278. Verschulden eines Fuhrmanns, der mit seinen zum Scheuen geneigten Pferden an der Straßenbahn entlang fährt, obwohl ihm andere Wege zur Verfügung stehen. — **RG.** SächsRpflA. **08** 386, EisenbE. **25** 77, R. **08** II Ziff. 2542. Ein schuldhaftes Verhalten kann nicht darin erblickt werden, daß jemand auf einen sich in Bewegung setzenden Straßenbahnwagen noch aufzuspringen sucht, wenn er schon vorher hierzu die Griffe des Wagens gefaßt hatte. Dagegen liegt immer schuldhaftes Verhalten vor, wenn jemand, nachdem der Wagen sich bereits in Bewegung gesetzt hat, es erst unternimmt, auf den Wagen zu springen. — EisenbE. **25** 47. Ein Fußgänger darf darauf rechnen, daß ein bei Dunkelheit hinter ihm herkommender Kleinbahnwagen sich rechtzeitig durch Warnungssignale bemerkbar macht, damit der Fußgänger sich auf die Vorbeifahrt des Wagens einrichten kann. — **RG.** R. **08** II Ziff. 2131. Den Fuhrmann, der beim Herausbiegen aus einer Straße von einem Motorwagen erfaßt wird, trifft mitwirkendes Verschulden, wenn er sich nicht gehörig umgesehen hat. Dieses Verschulden wird aber nicht dadurch vergrößert, daß er in der Verwirrung sein Pferd zur falschen Seite herumgeworfen hat. — **RG.** EisenbE. **24** 260, s. bereits JDR. **6** Ziff. 8 a β (aE.).

β. Eisenbahnunfälle (s. JDR. **6** Ziff. 8 a β, **5** Ziff. 10 a β, **4** Ziff. 10 a β, **3** Ziff. 10 a β). **RG.** R. **08** II Ziff. 2458. Wer auf einem Bahnhof ein Eisenbahngleis kreuzt, ohne sich nach einem etwa nahenden Zuge umzusehen, handelt regel-

mäßig schuldhaft. — **RG.** R. **08** II Ziff. 171. Mitwirkendes Verschulden des Reisenden, der sich beim Aussteigen der Schutzstange nicht bedient. — **RG.** EisenbE. **24** 395, R. **08** II Ziff. 1147. Ein 10jähriges Mädchen, das in einer Entfernung von wenigen Metern vor einem schnell herankommenden Eisenbahnzuge vorüberzulaufen sucht, handelt grobfahrlässig; auch wird regelmäßig anzunehmen sein, daß es die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzt. — **RG.** R. **08** II Ziff. 2996. Unfall beim Aufsteigen auf einen bereits fahrenden Zug zur Nachtzeit und bei Zugverspätung. Ersatzanspruch verneint. — EisenbE. **25** 35 (Frankfurt). Das Besteigen eines noch fahrenden Eisenbahnzugs enthält ein schweres eigenes Verschulden. — HansGZ. **08** Beibl. 141. Aufspringen eines geübten Rangierers auf einen rangierenden Zug kein eigenes Verschulden. — **RG.** EisenbE. **24** 402, R. **08** II Ziff. 1949. Verschulden des beim Aussteigen verletzten Fahrgastes verneint, der bei seiner Stellung zwischen anderen Fahrgästen und bei der gebotenen Eile nicht erkannte, daß infolge Hinausfahrens des Zuges über die Bahnsteiganlage sich zwischen Trittbrett und Boden ein außergewöhnlich großer Abstand befand. — LeipzZ. **08** 334 Ziff. 3, EisenbE. **25** 18 (LG. Cöln). Ein Verschulden des beschädigten Hundehalters liegt im vorliegenden Falle nicht darin, daß er es unterlassen hat, den Hund festzulegen oder die Umfassungsmauern seines Hofes zu erhöhen. § 78 Ziff. 8 Eisenbahnbau- u. BetrO. vom 4. November 1904 kann nicht die Wirkung haben, die Haftung der Eisenbahn zu ihren Gunsten auf dem Wege der Einführung eines Verschuldens einer anderen Person einzuschränken.

b) Automobilunfälle. Motorradunfälle (s. JDR. **6** Ziff. 10 b, **5** Ziff. 10 b, **4** Ziff. 10 b, **3** Ziff. 10 b). α. **RG.** JW. **08** 678 Ziff. 9. Ausschließliches Verschulden des angetrunkenen Verletzten, der einem mit geminderter Geschwindigkeit herannahenden Automobil in den Weg gelaufen ist (s. § 276 Ziff. 3e η). β. **RG.** BayRpflZ. **08** 68, s. bereits JDR. **6** Ziff. 8b β. — γ. DJZ. **08** 963 (LG. I Berlin). Mitwirkendes Verschulden des bei einem Automobilunfalle verunglückten Fahrgastes, der während der nächtlichen Fahrt geschlafen hatte. $^3/_4$ zugebilligt. Dagegen Hecht daselbst (oben Ziff. 1 g α). δ. **RG.** JW. **08** 106 Ziff. 3. Mitwirkendes Verschulden des bei einem Motorradunfalle Verletzten verneint, der, als er mitten auf offener Landstraße schritt und plötzlich dicht hinter sich das Hupenzeichen vernahm, in der Verwirrung einen Falschsprung tat (s. § 276 Ziff. 3e δ, ε).

c) Weitere körperliche Unfälle (s. JDR. **6** Ziff. 10 c, **5** Ziff. 10 c, **3** Ziff. 10 c, **2** Ziff. 12 c). α. Auf Straßen (s. auch oben Ziff. 9). **RG.** BayRpflZ. **08** 220. Unfall bei Benutzung eines gefährlichen Steges in einer Stadt. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten, mit Rücksicht darauf, daß er sich in der ihm fremden Stadt bei finsterer Nacht an abgelegenem Orte auf den Steg wagte, dessen Beschaffenheit ihm unbekannt war und von ihm nicht untersucht wurde. Ersatzanspruch zur Hälfte zugebilligt. — **RG.** R. **08** II Ziff. 3015. Wenn jemand, wiewohl er das Niederlassen einer Eisenbahnschranke wahrgenommen hat, noch unter der zweiten Schranke durchzufahren sucht, handelt er nicht fahrlässig, wenn er nach Lage der Umstände annehmen durfte, daß er beim Weiterfahren nicht Gefahr laufe, von der niedergehenden zweiten Schranke getroffen zu werden. — **RG.** R. **08** II Ziff. 946. Den Fuhrwerksführer, der auf einer Straße mit regem Fuhrwerksverkehr, ohne sich umzusehen, ob nicht ein anderes Fuhrwerk herannaht, einige Schritte von seinem Fuhrwerke seitwärts nach dem übrigen Teile der Fahrbahn hin macht und hierbei von einem anderen Fuhrwerk erfaßt wird, trifft eigenes Verschulden. — **RG.** R. **08** II Ziff. 3793. Verpflichtung des Fußgängers, in einer Landgemeinde auf Pflasterschäden zu achten ($^1/_2$ zugebilligt). — **RG.** R. **08** II Ziff. 2785. Unfall auf unbeleuchteter Straße, auf der ein Steinhaufen lag. Der Verletzte, der den Zustand des Weges kannte, war berechtigt anzunehmen, daß die Gemeinde für Beleuchtung sorgen werde. β. In Gebäuden. **RG.** JW. **08** 522 Ziff. 7, R. **08** II

Ziff. 3108. Ersatzanspruch in einem Falle verneint, in dem der Verletzte in einer fremden Gastwirtschaft in die mit Aufschrift versehene Kellertür einzutreten sich anschickte, ohne einen Blick auf sie zu werfen. — **RG.** R. **08** II Ziff. 2905. Die Unvorsichtigkeit dessen, der in einem fremden Hause auf einem dunklen Gange blindlings vorwärts schreitet, ist geringer anzuschlagen, wenn es sich um einen für das Publikum bestimmten Zugang zu einem Wirtschaftslokale handelt. — **RG.** JW. **08** 547 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 2786. Unfall beim Turnen. Umfang der Verpflichtung zweier mit Befestigung einer Reckstange beauftragter Schüler, welche die Ausführung der Arbeit unter sich teilen, das gemeinsame Arbeitsergebnis nachzuprüfen (s. auch § 276 Ziff. 3d). — SeuffBl. **08** 773 (Zweibrücken). Mitwirkendes Verschulden eines durch den Lehrer beim Züchtigen eines anderen Schulknaben verletzten Schülers, der sich in den Bereich des zum Schlagen benutzten Stockes begeben hat (Schadensteilung nach Hälften). — **RG.** R. **08** II Ziff. 1501. Unfall infolge Herabstürzens einer mehrere Zentner schweren, an einer Kette frei schwebenden Last, in deren Bereich der Verletzte seinen Kopf gebracht hatte. Gegenüber dem Verschulden des Verletzten treten die Verfehlungen Dritter vollständig zurück.

d) Bei Vertragsverhältnissen (s. JDR. **6** Ziff. 8 d, **5** Ziff. 10 d, **4** Ziff. 10 d). α. Käufer und Verkäufer. αα. **RG.** LeipzZ. **08** 63 Ziff. 27. Mitwirkendes Verschulden des Käufers, dem beim Verkaufe das Bestehen eines Nebenrechts (Realgasthofsgerichtigkeit) zugesichert war, den aber die zuständige Behörde amtlich von dem Nichtbestehen des Rechtes in Kenntnis gesetzt hatte. ββ. Sächs. RpflA. **08** 246 (Dresden). Mitwirkendes Verschulden des Käufers, der beim Kaufabschlusse nicht genügend geprüft hat, ob die zum Gegenstande des Kaufes zu machende Ware für den beabsichtigten Gebrauch geeignet sei. Schadensteilung nach Hälften. γγ. **RG.**, R. **08** II Ziff. 3754. Auch wenn ein Fixgeschäft nicht in Frage steht, ist der Käufer dem mit der Lieferung im Verzuge befindlichen Verkäufer gegenüber in der Regel berechtigt, wenn die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, den abstrakten Schaden zu berechnen, und nicht gehalten, sich billiger einzudecken, um den dem Verkäufer erwachsenden Schaden zu mindern. β. Haftung des Bankiers aus Raterteilung. **RG.** R. **08** II Ziff. 2154. Bei Beurteilung des Verschuldens eines Kunden, der durch nachteiligen Rat des Bankiers beim Ankaufe von Wertpapieren geschädigt ist, kommt namentlich die Lebenserfahrung und Geschäftskenntnis des Kunden, sowie weiter in Betracht, ob der Ankauf zu Anlage- oder Spekulationszwecken diente und ob der Bankier eigennützig zum Ankauf animiert hat. Je nach diesen Umständen kann die Beurteilung bei Verkäufen an verschiedene Personen verschieden ausfallen. γ. Bauherr und Bauunternehmer. **RG.** R. **08** II Ziff. 1500. Hat das Auftreten von Hausschwamm darin seinen Grund, daß die Fußböden auf die noch feuchte Zwischendecke gelegt wurden, so kann der Bauunternehmer die Verantwortlichkeit auf den Bauherrn ganz oder doch teilweise abwälzen, wenn er diesen auf die möglicherweise eintretenden Schäden aufmerksam gemacht, der Bauherr aber das Verlegen der Fußböden vor genügender Austrocknung der Zwischendecke verlangt hat.

e) Weitere Einzelfälle. α. Unterlassene Geltendmachung des Versicherungsanspruchs gegen die Berufsgenossenschaft. **RG.** JW. **08** 21 Ziff. 27, BadRpr. **08** 100, R. **08** II Ziff. 21. Darin, daß der Verletzte unterläßt, den Unfall bei der Berufsgenossenschaft anzumelden und infolgedessen seinen Anspruch gegen diese verliert (§ 78 Lw. UVG.), kann ein Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 nicht gefunden werden. β. Benutzung eines Motorrades. **RG.** R. **08** II Ziff. 2297. Die Annahme, daß in der Benutzung eines Motorrades wegen der Gefährlichkeit dieser Fahrzeuge regelmäßig ein Mitverschulden des Fahrenden an den daraus entstehenden Unfällen zu finden sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht für zutreffend zu erachten. Es sind vielmehr immer die

Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen. γ) Rettungshandlungen. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 699, EisenbE. **24** 179, BauersZ. **15** 161, s. bereits JDR. **6** Ziff. 8 f β αα. δ. Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. v. Dassel, R. **08** 30; OLG. **16** 287, HansGZ. **08** Beibl. 17 (Hamburg). Gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten weder darin zu erblicken, daß er es unterlassen hat, die Zwangsvollstreckung durch Zahlung oder Hinterlegung abzuwenden, noch darin, daß er den Offenbarungseid geweigert hat. ε. Schadensbeseitigung und Beweissicherung. **RG.** R. **08** II Ziff. 3107. Wird bei Beschädigung eines Gebäudes von dem Ersatzpflichtigen jede Ersatzpflicht abgelehnt, so kann ein eigenes Verschulden des Eigentümers nicht darin gefunden werden, daß er, um sich die Beweisführung nicht zu erschweren, es unterläßt, die Beschädigungen baldmöglichst zu beseitigen. ς. Haftung des Kassenbeamten. **RG.** ElsLothJZ. **08** 401, R. **08** II Ziff. 2132. Hat ein Beamter durch Außerachtlassung der gebotenen Vorsicht das Abhandenkommen von Geldern aus der ihm anvertrauten Kasse verschuldet, so kann er zu seiner Entlastung gegenüber dem Fiskus nicht geltend machen, daß auch seine Vorgesetzten ihre Verpflichtung, für die sichere Aufbewahrung der Gelder Sorge zu tragen, vernachlässigt haben.

§ 255. 1. *Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis. Wegen Verschiedenheit des juristischen Zweckes besteht kein Konkurrenzverhältnis zwischen Schadensersatz und Versicherungsanspruch. Die Erfüllung des einen Anspruchs läßt daher den anderen Anspruch unberührt. Doch entfällt bei der Schadensversicherung, da die nachträgliche Gutmachung des Schadens den Versicherungsanspruch als nicht entstanden erkennen läßt, im Falle der Erfüllung des Schadensersatzanspruchs die Leistungspflicht des Versicherers, und es steht ihm, falls er bereits gezahlt hat, ein Bereicherungsanspruch gegen den Versicherten zu. Nicht aber steht ihm ein Schadensersatzanspruch gegen den Schadenstifter zu, und ebensowenig kann er vom Versicherten die Abtretung seines Schadensersatzanspruchs verlangen. § 255 setzt konkurrierende Schadensersatzansprüche voraus, findet hier keine Anwendung (31—60).

2. Aufrechnung von Vorteil und Nachteil (compensatio lucri cum damno) (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** zu § 255, **2** zu § 255, **1** zu § 255). **a)** **RG.** JW. **08** 713 Ziff. 8, DJZ. **08** 1402, R. **08** II Ziff. 3240, 3748. Kläger war infolge Nichtlieferung der vom Beklagten nicht abgerufenen Ware von einem einem Kartelle zu leistenden Schaden befreit geblieben. Die Anrechnung des vom Kläger ersparten Schadensbetrags auf den dem Kläger vom Beklagten zu ersetzenden Schaden wegen Nichterfüllung ist nicht gerechtfertigt. Denn der Schaden, welcher dem Kläger erwachsen wäre, ist nicht durch die Nichtbestellung der Ware seitens des Beklagten, sondern durch die Nichtlieferung seitens des Klägers verhütet worden, also nicht durch dasselbe Ereignis, durch welches der Kläger vom Beklagten geschädigt wurde. Indem der Beklagte den ersparten Schaden zur Anrechnung bringt, erhebt er eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 699. Die compensatio lucri cum damno setzt Identität des schädigenden und vorteilbringenden Ereignisses voraus. Diese ist nicht gegeben, wenn die Schädigung durch Entziehung eines Grenzstreifens zum Zwecke des Straßenbaues, der Vorteil aber aus einer Verbreiterung der Straße entstanden ist, die auch ohne Hinzunahme des Streifens erfolgen konnte. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 462. Die durch dasselbe Ereignis — Veränderung der Höhenlage einer Straße — dem geschädigten Anlieger erwachsenen Vorteile — Kanalisation, Wasserleitung — sind gegenüber dem Schaden zum Ausgleiche zu stellen (**RG. 44** 287, **65** 60). **d)** R. **08** II Ziff. 1142 (Hamburg). Gegenüber dem Anspruche des Gläubigers auf Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung von Waren kann der Schuldner nicht geltend machen, daß

die vom Gläubiger nach dem Eintreffen auf Lager behaltene Ware demnächst im Preise gestiegen und dadurch der Schaden ausgeglichen sei.

3. **RG.** JW. **08** 446 Ziff. 7, EisenbE. **25** 73. Der Ehemann der Klägerin war durch einen Motorwagen der Kleinbahn getötet worden, und die Klägerin bezieht von dem beklagten Knappschaftsvereine, dessen Mitglied ihr Ehemann war, ein Witwen- und Kindergeld. Der Beklagte macht unter Berufung auf § 255 BGB. geltend, daß die Klägerin zur Abtretung des ihr auf Grund des HaftpflG. zustehenden Anspruchs verpflichtet sei. Der § 255 ist weder unmittelbar noch sinngemäß anwendbar, da die dort vorgesehene Schadensersatzleistung mit dem satzungsgemäß von dem Beklagten zu leistenden Witwen- und Kindergeld nichts gemein hat und auf einem von dem gesetzlichen Anspruche der Klägerin aus dem HaftpflG. völlig verschiedenen Tatbestande beruht.

4. **RG.** SeuffA. **63** 352. Wer Schadensersatz für eine zu ihrem wirtschaftlichen Zwecke durch Schuld eines anderen unbrauchbar gewordene Sache zu beanspruchen hat, darf regelmäßig den ganzen Wert der Sache und den Wert der ganzen Sache fordern und ist nur verpflichtet, die für ihn wertlos gewordene Sache auf Verlangen dem Schadensersatzpflichtigen zur Verwertung der etwa noch verwendbaren Materialien zur Verfügung zu stellen.

§ 259. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 14. Eine allgemeine Rechtspflicht des Schuldners zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung kennt das BGB. nicht. Für besonders geartete Vertragsverhältnisse ist durch ausdrückliche Vorschrift eine gewisse Auskunftspflicht vorgesehen, z. B. in §§ 91, 65 HGB. und es mag in ähnlich liegenden, gesetzlich in dieser Beziehung nicht ausdrücklich geregelten Fällen mit Hilfe der §§ 133, 157, 242 BGB. eine Auskunftspflicht hergestellt werden. Eine Verpflichtung des Wirtes, der den Bierabnahmevertrag verletzt hat, dem Brauer Auskunft über die Menge des anderweit bezogenen Bieres zu geben, ist aber nicht anzuerkennen (s. auch JDR. **6** Ziff. 1).

2. OLG. **16** 207, R. **08** II Ziff. 24 (Stuttgart). Die Ehefrau, welche im Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft ihr eingebrachtes Gut selbst verwaltet hat, ist zur Rechenschaftsablegung nur verpflichtet, wenn die besonderen Gründe des § 667 bzw. § 687 Abs. 2 (vgl. mit § 666) vorliegen.

3. Anspruch auf Entlastung? (s. JDR. **3** Ziff. 2). OLG. **16** 281. HansGZ. **08** Beibl. 165 (Hamburg) Dem zur Rechenschaftslegung Verpflichteten steht ein Anspruch auf Anerkennung der erteilten Abrechnung und auf Entlastung abgesehen von den gesetzlich bestimmten Fällen, nicht zu (Testamentsvollstrecker). Unter der Voraussetzung des § 256 ZPO. kann er negative Feststellungsklage erheben.

§ 260. 1. OLG. **16** 351, R. **08** II Ziff. 2629 (KG.). Bei Verträgen auf Lieferung individuell bestimmter Mengen einer an sich vertretbaren Sache besteht keine Auskunftspflicht über die Menge.

2. HansGZ. **08** Beibl. 219 (Hamburg). Bei der Verurteilung zur Leistung des Offenbarungseids können gemäß § 261 Abs. 2 die zu beschwörenden Angaben über den Bestand in die Eidesnorm aufgenommen werden (Auskunftspflicht des Erben gemäß § 2314).

3. SeuffBl. **08** 808 (München). Sorgfalt bei Aufstellung des Verzeichnisses gemäß §§ 2314, 260.

§ 262. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Vor Ausübung der Wahl durch den wahlberechtigten Hauptschuldner kann gegen den Bürgen nicht aus der Alternativobligation geklagt werden. Der Bürge kann das Wahlrecht nie selbst ausüben. Jeder Gesamtschuldner kann das Wahlrecht für sich ausüben. Treffen aber die verschiedenen Gesamtschuldner eine verschiedene Wahl, so ist keines Schuldners Wahl für sie bindend (377—382).

§ 264. Abs. 2. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Das Wahlrecht des Gläubigers kann nicht auf den Bürgen übergehen (381).

§ 267. 1. a) *Reichel, ACivPr. **104** 9. Erfüllt der Dritte eine nur vermeintliche Schuld des Schuldners, so steht ihm die condictio indebiti gegen den Gläubiger zu, nicht gegen den Schuldner. b) *Reichel, ACivPr. **104** 13. Erfüllt der Dritte eine formlos zugesagte Schenkschuld (§ 518 Abs. 1), so wird der Formmangel nicht geheilt.

2. Vinkulationsgeschäft (s. JDR. **6** Ziff. 2 u. o. zu § 243 Ziff. 2). a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 861, LeipzZ. **08** 167 Ziff. 1, BankA. **7** 187, Holdheims MSchr. **08** 42. Wenn ein Bankier Waren, die er dem Verkäufer bevorschußt hat, dem Käufer unter gleichzeitiger Übermittelung eines sog. Vinkulationsbriefs übersendet, in welchem er sich bis zur Honorierung einer über den Kaufpreis auf den Käufer gezogenen Tratte das Eigentum an der Ware vorbehält, und bestimmt, daß dieselbe bis dahin „kommissionsweise" beim Käufer verbleiben solle, so erlangt er lediglich dadurch, daß der Käufer über die Ware verfügt, gegen denselben noch keinen vertragsmäßigen Anspruch auf Einlösung der Tratte, wohl aber kommt eine Haftung des Käufers auf Schadensersatz wegen Verletzung der von ihm übernommenen Verwahrungspflicht sowie event. auch aus unerlaubter Handlung in Frage. — Zu § 267 führt die Entscheidung aus: Die Klausel, daß die Ware „kommissionsweise" beim Käufer verbleiben solle, könnte dahin verstanden werden, daß damit der Bankier für den Fall der Nichthonorierung der Tratte selbst den Standpunkt der Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrags für sich geltend macht, indem er, weil die Zusendung der Ware ein Bewirken der Leistung an Stelle des Käufers sei (§ 267 Abs. 1), von dem Käufer nach § 379 HGB. Empfangnahme und Aufbewahrung der Ware beanspruche. b) Dagegen Könige, GruchotsBeitr. **52** 302 f. Der Vinkulant bewirkt die Leistung in eigenem Interesse und in eigenem Namen; er ist daher nicht Dritter im Sinne des § 267 Abs. 1. Die Aufbewahrungspflicht des Käufers ergibt sich aber ohnehin aus dem Wesen der Vinkulation. c) SächsOLG. **29** 541 (Dresden). Bietet beim Vinkulationsgeschäfte der Vinkulant als Dritter dem Käufer die dem Verkäufer obliegende Leistung gegen eine an ihn, den Vinkulanten, zu bewirkende Gegenleistung an, so istider Wille des Viknulanten als auf Abschluß eines obligatorischen Vertrags mit dem Käufer gerichtet anzunehmen. Der Käufer nimmt dieses Angebot dadurch, daß er über die ihm zugesendete Ware verfügt, an.

§ 268. Literatur: Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, GruchotsBeitr. **52** 545—564.

1. *Sternberg. Das Rückgriffsrecht derjenigen, die fremde Verbindlichkeiten erfüllen, ist verschieden geregelt in den §§ 774, 1143, 1225 einerseits und den §§ 268, 1150, 1249 andererseits. Der Unterschied liegt darin, daß die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 3 wohl in den §§ 1143, 1225, nicht aber in den §§ 268, 1249 für entsprechend anwendbar erklärt worden ist. Die Vorschrift des § 774 Abs. 1 Satz 3 ist an sich überflüssig, da fraglos ist, daß der Schuldner in jedem Falle des Rückgriffs sämtliche Einwendungen geltend machen kann, die ihm aus irgendeinem Rechtsverhältnisse gegen den Zahlenden zustehen. Sie hat lediglich einen praktischen Zweck; sie soll zweifelsfrei feststellen, daß der Zahlende dem Schuldner die Einreden aus einem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse nicht dadurch abschneiden kann, daß er seinen Ersatzanspruch nicht aus diesem Rechtsverhältnisse herleitet, sondern durch Geltendmachung der auf ihn übergegangenen Hauptforderung verwirklicht. Solche Einwendungen werden aber kaum in Frage kommen, wenn der Pfandeigentümer, dessen Sache durch einen Dritten für eine fremde Schuld verpfändet worden ist, den Gläubiger befriedigt und gegen den Schuldner Rückgriff nimmt, da in diesem Falle ein persönliches Verhältnis zwischen dem Pfandeigentümer und dem Schuldner selten vorkommen wird. Ebensowenig wird der Schuldner in der Regel den übrigen

aus den §§ 268, 1150, 1249 zum Rückgriffe Berechtigten Einwendungen aus einem besonderen Rechtsverhältnis entgegenhalten können: auch diese Personen werden in der Mehrzahl der Fälle in keinerlei persönlichen Beziehungen zum Schuldner stehen. Diese Erwägungen erklären, warum die §§ 268, 1150, 1249 eine dem § 774 Abs. 1 Satz 3 entsprechende Bestimmung nicht enthalten.

2. BayObLG. **9** 226, BayRpflZ. **08** 271, SeuffA. **63** 308. Die Befriedigung durch einen von mehreren Mitschuldnern ist nicht als Befriedigung durch einen Dritten im Sinne des Abs. 3 anzusehen.

3. **RG. 67** 215 ff., JW. **08** 78 Ziff. 14, DJZ. **08** 305. Übergang des Zollanspruchs des Fiskus auf den Pfandgläubiger, der die auf der verpfändeten Ware ruhende Zollschuld zahlt: s. u. zu § 401 Ziff. 1.

4. BayOLG. **9** 226 (BayRpflZ. **08** 271, SeuffA. **63** 308). Die Vorschrift des Paragraphen ist auf ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes entstandenes Schuldverhältnis nicht anwendbar.

§ 269. Literatur: Oertmann, Zur Lehre vom Leistungsort, SeuffBl. **08** 385—396.

1. Oertmann, SeuffBl. **08** 385—396 (gegen F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort [JDR. **6** Ziff. 1]). Die herrschende Lehre erscheint nur insofern verbesserungsbedürftig, als man mit Rücksicht auf den Unterschied von Leistungshandlung und Erfüllung (Leistungserfolg) nicht vom Erfüllungsorte, sondern vom Leistungsorte zu reden hat.

2. Bendix, R. **08** 668. Im § 269 bedeutet der Leistungsort nur den Ort des tatsächlichen Vollzugs der Leistung.

3. Unterlassungen (s. JDR. **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 1). **RG. 69** 13, JW. **08** 488 Ziff. 23, LeipzZ. **08** 773 Ziff. 2, R. **08** II Ziff. 2544. Die subsidiäre Regel des § 269 Abs. 1 greift auch bei einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zu einer Unterlassung Platz (**RG. 51** 311 f. [JDR. **1** Ziff. 1], **RG.** GruchotsBeitr. **47** 919 [JDR. **2** Ziff. 6]).

4. **RG. 67** 191 ff., JW. **08** 72 Ziff. 7 läßt dahingestellt, ob als „Ort des Wohnsitzes" der räumliche Punkt der Niederlassung zu verstehen ist oder aber ein durch die Landesgesetzgebung bestimmter, rechtlich abgegrenzter, räumlicher Bezirk eines Bundesstaats, innerhalb dessen die Niederlassung sich befindet (Gerichtsstand des Erfüllungsorts).

5. Vereinbarung des Erfüllungsorts (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 3). **a)** Verneint. α. **RG. 68** 78, JW. **08** 287 Ziff. 29. Aus der Abrede, daß eine bestellte Maschine so zu liefern ist, daß sie spätestens an einem bestimmten Tage am Wohnsitze des Bestellers eintrifft, ist nicht der Wille der Parteien zu entnehmen, daß die Lieferungspflicht an diesem Orte zu erfüllen ist. β. OLG. **16** 424 (KG.). Durch die Vereinbarung in einem Mietvertrage, daß die Miete in der Wohnung des Vermieters oder der von diesem bezeichneten Person zu zahlen sei, ist nur der Ablieferungsort im Sinne des § 270, nicht ein Erfüllungsort bestimmt. **b)** Bejaht. α. LeipzZ. **08** 472 Ziff. 6 (Zweibrücken). Vereinbarung des Erfüllungsorts durch einseitiges Bestätigungsschreiben über einen noch nicht in allen Einzelheiten festgelegten Vertrag bejaht. β. LeipzZ. **08** 629 Ziff. 8 (Karlsruhe). Vereinbarung des Erfüllungsorts durch Vordruck auf den vor dem endgültigen Vertragsabschlusse zugegangenen Briefbogen des Verkäufers bejaht.

6. Einzelfälle, insbesondere aus der Rechtsprechung (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 2). **a)** Konkurrenzverbot mit Strafversprechen. **RG. 69** 9 ff., JW. **08** 488 Ziff. 23, LeipzZ. **08** 773 Ziff. 2, R. **08** II Ziff. 2544, 2586. Ist ein Konkurrenzverbot und ein Strafversprechen für den Fall der Zuwiderhandlung vereinbart, so darf das

Strafversprechen nicht losgelöst von dem Konkurrenzverbote beurteilt werden. Der Erfüllungsort — und damit der Gerichtsstand — für die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe bestimmt sich daher gemäß der subsidiären Regel des § 269 Abs. 1 nicht nach dem zur Zeit der Zuwiderhandlung, sondern nach dem zur Zeit der Begründung des einheitlichen Schuldverhältnisses bestehenden Wohnsitze. **b)** Erfüllungsort beim Gesamtschuldverhältnisse. PosMSchr. **08** 96 (Königsberg). Aus dem Gesamtschuldverhältnisse folgt an sich nicht, daß für die Gesamtschuldner ein einheitlicher Erfüllungsort besteht. **c)** Wandelungsanspruch. BayRpflZ. **08** 169, LeipzZ. **08** 471 Ziff. 5, SeuffA. **63** 247 (Zweibrücken). Die Vereinbarung eines Ortes als Erfüllungsort für beide Teile beim Kaufe erstreckt sich nicht auf den Wandelungsanspruch und die aus diesem fließenden Leistungsansprüche. Der gesetzliche Erfüllungsort hierfür ist der Ort, wo der Kaufgegenstand zurückzugeben ist. **d)** Schadensersatz wegen Nichterfüllung. **RG.** LeipzZ. **08** 159 Ziff. 15; BayRpflZ. **08** 150 (Bamberg). Für die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist das Gericht des Ortes zuständig, wo die betreffende Leistung zu erfüllen war (vgl. JDR. **6** Ziff. 4 a). **e)** Rücklieferung der Probe beim Kaufe nach Probe. OLG. **16** 354 , LeipzZ. **08** 470 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 2630, SeuffA. **63** 394. (Braunschweig) Ist beim Kaufe oder Werklieferungsvertrage nach Probe die Rücklieferungspflicht der Probe nach gemachtem Gebrauche vereinbart, so ist dafür im Zweifel der Wohnsitz des Käufers oder Bestellers Erfüllungsort. **f)** Zahlungspflicht des Kommittenten. LeipzZ. **08** 325 Ziff. 8 (KG.). Für Kommisssionsgeschäfte ergibt sich als Regel, daß der Kommittent seine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Kommissionär dort zu erfüllen hat, wo der Kommissionär die seinige gegenüber dem Dritten, mit dem er kontrahiert hat, erfüllen muß. Mangels Vereinbarung ist hierfür der Ort der gewerblichen Niederlassung des Kommissionärs maßgebend (**RG. 23** 413, GruchotsBeitr. **44** 870). **g)** Bezahlung von Ausbesserungsarbeiten. SchlHolstAnz. **08** 324 (LG. Kiel). Erfüllungsort für die Verpflichtung des Hauseigentümers zur Bezahlung von Ausbesserungsarbeiten an seinem Hause ist der Wohnsitz des Hauseigentümers nicht der Ort der Ausbesserung. **h)** Transport von Umzugsgut. OLG. **16** 131, ElsLothJZ. **08** 581 (Colmar). Bei dem Transporte von Umzugsgut ist mit Rücksicht darauf, daß es bei Zug-um-Zug-Leistungen nur einen Erfüllungsort gibt, auch die Zahlungspflicht des Bestellers am Bestimmungsorte des Transports zu erfüllen. **i)** Hypothekenbestellung. WürttJ. **20** 274, R. **08** II Ziff. 3399 (Stuttgart). Erfüllungsort für die Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek ist der Sitz des zuständigen Grundbuchamts. **k)** Dauernde Geschäftsstelle des Schuldners. OLG. **16** 353, HansGZ. **08** Beibl. 135 (Hamburg). Hat der Schuldner ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung eine dauernde Geschäftsstelle eingerichtet, so wird es immer der Meinung sein, daß die regelmäßigen Verbindlichkeiten, welche an jenem Orte aus Anlaß ihres Betriebs entstehen, von ihr aus erfüllt werden. **l)** Bürgschaft, örtliches Recht. **RG.** LeipzZ. **08** 225 Ziff. 15. Aus der akzessorischen Natur des Bürgschaftsvertrags folgt nicht, daß dieser Vertrag, insbesondere soweit es sich um den Einfluß der Tilgung der Hauptschuld auf das Bürgschaftsverhältnis handelt, nach dem für die Hauptschuld maßgebenden örtlichen Rechte zu beurteilen wäre. **m)** Schadensersatzanspruch des Käufers; örtliches Recht. **RG.** LeipzZ. **08** 308 Ziff. 56. Unter Bezugnahme auf **RG. 66** 73 (s. JDR. **6** Ziff. 4 h) hat der Revisionskläger zur Nachprüfung verstellt, ob mit Recht auf Beurteilung des streitigen Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Lieferung das örtliche Recht des Verkäufers, und nicht das des Käufers, angewendet ist. In dem bezogenen Urteile handelte es sich um einen Minderungsanspruch, darum, daß der Käufer den Kaufpreis nicht zu zahlen verpflichtet sei, also

um eine dem Käufer obliegende Verpflichtung. Für diese Frage ist das örtliche Recht des Käufers für maßgebend erachtet. Hier dagegen handelt es sich um eine Verpflichtung des Verkäufers, nämlich um den Umfang seiner Schadensersatzpflicht, und auf diese ist das Recht des Verkäufers anzuwenden. **n**) Einrede des nicht erfüllten Vertrages; örtliches Recht. **RG.** LeipzZ. **08** 451 Ziff. 38. Mangels besonderer Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Parteiwillen sind die Vertragspflichten des Klägers (Wiener Bankverein) nach österreichischem, die der Beklagten (Aktiengesellschaft in Memel) nach deutschem Rechte zu beurteilen, mag man das Recht des Erfüllungsorts oder das Personalstatut des Schuldners für maßgebend ansehen. Was die Verpflichtungen der Beklagten angeht, so findet deutsches Recht Anwendung, soweit es sich darum handelt, ob sie sich der Erfüllung auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder eines Zurückbehaltungsrechts entziehen kann, sowie die Frage, inwieweit sie wegen dieser Einrede eine Beweislast trifft (§ 363 BGB.). **o**) „Netto Kasse Zug um Zug". **RG.** LeipzZ. **08** 159 Ziff. 16, R. **08** II Ziff. 262. Die Abrede „netto Kasse Zug um Zug" braucht nicht die Vereinbarung eines Leistungsorts des Verkäufers zu enthalten, kann sich vielmehr auch lediglich auf die Zahlungspflicht des Käufers beziehen. **p**) „cif". Inhulsen, HoldheimsMSchr. **08** 100 f. Abweichend von der „fob"-Klausel deckt die „cif"-Klausel den Erfüllungsort nicht auf. **q**) „Bahnfrei X.", „waggonfrei X.". α. **RG.** LeipzZ. **08** 159 Ziff. 16, R. **08** II Ziff. 261. Die Vertragsabrede „bahnfrei X." oder „waggonfrei X." hat in der Regel nur die Bedeutung, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat, nicht dagegen, daß der Erfüllungsort des Verkäufers an den Bestimmungs- und Ablieferungsort verlegt wird. β. HansGZ. **08** Hptbl. 36 (Hamburg). „Franko Waggon Neufahrwasser" bedeutet nur, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat. γ. SeuffA. **63** 355 (Hamburg) s. bereits JDR. **6** Ziff. 4 o. **r**) „Zahlungsort X.", „zahlbar X.". α. BadRpr. **08** 303 (Karlsruhe). Die Vertragsbestimmung „Zahlungsort X." (Wohnsitz des Gläubigers) besagt nicht, daß X. Erfüllungsort der Zahlungspflicht sei. β. SeuffA. **63** 387 (Dresden). Die Klausel „Zahlbar in X." ändert den Erfüllungsort des Käufers nicht. **s**) Grundsätzliches zu Abs. 3. α. **RG. 68** 78, R. **08** II Ziff. 1756. So wenig wie die Übernahme der Kosten nötigt die Übernahme der Gefahr der Versendung zu der Folgerung, daß der Bestimmungsort Erfüllungsort für den Verkäufer sein soll. β. **RG.** JW. **08** 446 Ziff. 8. Durch die Übersendungspflicht des Verkäufers allein wird für diesen der gesetzliche Erfüllungsort nicht geändert.

7. Verhältnis des PrStempStG. zu § 269. **RG. 68** 78, JW. **08** 287 Ziff. 29, R. **08** 389. Der nach BGB. zu ermittelnde Erfüllungsort ist, sofern es sich um eine erfüllbare Schuldverbindlichkeit handelt, auch der Ort, an dem im Sinne des § 2 PrStempStG. zu erfüllen ist.

§ 270. Literatur: Mumm, Zur Lehre von der Geldübermittelungspflicht (Hamburg 1908).

1. *Mumm, Geldübermitttelungspflicht. a) Anwendungsgebiet: Die Vorschrift des § 270 hat nicht den Charakter einer Auslegungsregel, wie vielfach angenommen wird, sondern die Bedeutung eines ergänzenden Rechtssatzes ebenso wie § 269. Sie kommt zur Anwendung, wenn es an einer anderweitigen Parteivereinbarung fehlt. Ihre Anwendbarkeit ist ausgeschlossen, wenn besondere Partei- oder Gesetzesbestimmungen vorliegen oder, wenn sich aus den Umständen etwas anderes ergibt. b) Leistungsort: Weil der Geldschuldner die Gefahr der Übermittelung trägt, haftet er für die sichere Ankunft des Geldes beim Gläubiger. Er ist für die Ankunft beweispflichtig und hat auch mit der Ankunft erst erfüllt. Tatsächlicher Leistungsort ist also der Wohnsitz des Gläubigers. Der Abs. 4 des § 270 hat nur die Bedeutung, daß der Wohnsitz des Schuldners allein für die

rechtliche Beurteilung des Geldschuldverhältnisses, d. h. für Gerichtsstand, Recht und Auslegung, maßgebend, also nur „rechtlicher“ Leistungsort ist.

2. Bedeutung einer der Post gegenüber ausgestellten sog. Abholungserklärung. **RG. 69** 137 ff., JW. **08** 546 Ziff. 4, DJZ. **08** 1170, SächsOLG. **29** 533, BankA. 742, LeipzZ. **08** 777 Ziff. 19, R. **08** II Ziff. 2903. Beklagter sandte auf eine Geldschuld an den Kläger „eingeschrieben“ einen weißen Scheck. Kläger hatte der Postanstalt erklärt, er lasse die Postsachen abholen, und infolgedessen ist der Scheck von einem Unbefugten abgeholt und eingelöst worden. Die Klage auf Zahlung ist abgewiesen: Der Kläger muß die schädlichen Folgen der von ihm getroffenen Einrichtung vertreten und den Schaden dadurch ersetzen, daß der Scheckbetrag als an ihn ausgezahlt angesehen wird. Der Fall wäre vielleicht anders zu beurteilen, wenn der Beklagte gewußt hätte, daß der Kläger die Postsendungen abholen ließ; dann käme in Betracht, ob der Beklagte der unbefugten Abholung durch den Vermerk „zur Verrechnung“ oder durch Bezeichnung des Einschreibebriefs als „Eigenhändig“ vorzubeugen verpflichtet gewesen wäre.

§ 271. 1. *Klein, SeuffBl. **08** 312 ff. Der Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen heißt: es kann höchstens gefordert werden, daß der Schuldner die Leistung in dem Zeitpunkte bewirkt, in dem die Leistung unter Berücksichtigung der gerade für diesen Schuldner notwendigen Vorbereitungshandlungen erwartet werden konnte.

2. a) **RG. 68** 305, JW. **08** 430 Ziff. 1, LeipzZ. **08** 538 Ziff. 16, DJZ. **08** 818, R. **08** II Ziff. 2299. Wendet der auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Käufer ein, er habe beim Kaufabschlusse mit dem Verkäufer Stundung vereinbart, so ist der Verkäufer für den von ihm behaupteten fristlosen Vertragsinhalt beweispflichtig. Der Käufer hat die Stundung nur dann zu beweisen, wenn er nachträgliche Stundung geltend macht. b) R. **08** II Ziff. 263 (Stuttgart). Sind die Parteien darüber einig, daß eine Vereinbarung über die Zahlungszeit stattgefunden hat und streiten sie nur über den Umfang der gewährten Frist, so ist der die Zahlung fordernde Kläger für das von ihm behauptete Zahlungsziel beweispflichtig.

3. R. **08** II Ziff. 2300 (Celle). Bei Bestellung einer Ware „auf Abruf nach Bedarf“ muß der Käufer selbst dann innerhalb angemessener Frist abnehmen, wenn er sieht, daß er niemals Bedarf haben werde.

4. Leistungszeit beim Besserungsschein s. zu §§ 315, 316 Ziff. 1.

§ 272. *Fischer, Bilanzwerte. Nach kaufmännischer Sitte kann entgegen dem § 272 derjenige, der eine Warenforderung vor Fälligkeit bezahlt, Zwischenzinsen abziehen. Denn mit Rücksicht auf die in allen Branchen üblichen Zahlungsziele werden vom Verkäufer gewöhnlich Zinsen auf die Zeit des Zieles mit in den Kaufpreis einkalkuliert. Infolgedessen verhindert der vor Eintritt des Zieles zahlende Käufer, daß diese Kosten dem Verkäufer überhaupt erwachsen.

§ 273. Literatur: Auerswald, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen, GewuKfmG. **14** 166—172. — Breit, Vinkulation und Zurückbehaltungsrecht, LeipzZ. **08** 886—895. — Th. Wolff, Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse, LeipzZ. **08** 36—44, 107—124.

1. Th. Wolff. a) Allgemeine Grundsätze: Der Konkurs beseitigt das Zurückbehaltungsrecht der Konkursgläubiger (37 f.), nicht aber derjenigen Berechtigten, welchen ein nicht zu den Konkursforderungen gehöriger Anspruch zusteht (vg. Mot. 212, 213 zu § 41 [jetzt § 49] KO.) (38—42). Nach der Eröffnung des Verfahrens kann gemäß § 15 KO. ein Retentionsrecht nur für die Massegläubiger begründet werden (42). b) Im einzelnen ergibt sich folgendes: I. Bezüglich der Konkursforderungen (43 f.): Nicht nur das durch § 273 BGB. begründete, sondern auch jedes andere Retentionsrecht (z. B. §§ 450, 500, 547, 601 ꝛc.

BGB.) wird beseitigt (43 f.). Das Retentionsrecht an den nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen bleibt bestehen (44). II. Die vor der Konkurseröffnung begründeten, zu den Konkursforderungen nicht gehörigen, Ansprüche. Zu ihnen sind zu zählen: a) gewisse Naturalobligationen (107 f.); b) der Verwendungsanspruch des Besitzers gegenüber dem Eigentümer, solange er nicht dem Grunde nach anerkannt ist (109 bis 112) und mit derselben Maßgabe die Ansprüche des Finders nach § 972 BGB. (112) und des Erbschaftsbesitzers nach § 2022 BGB. (114 f.); c) der Anspruch auf Hilfs- und Bergekosten (116); d) das Zurückbehaltungsrecht des Eigentümers gegenüber dem Anspruch auf Gestattung der Wegnahme einer Sache oder Einrichtung gemäß §§ 867, 1005, 258, 547, 581, 500, 601, 997, 1216, 2125 BGB. (116); das vom Eigentümer für den Anspruch gegen einen Dritten bestellte Zurückbehaltungsrecht (116); e) grundsätzlich auch die Forderungen des § 63 KO. (117). III. Retentionsrecht für Masseforderungen (118—121). IV. Retentionsrecht im Falle der Anfechtung (121—124).

2. Breit. Beim Vinkulationsgeschäfte steht dem Importeur wegen der Aufwendungen auf die Ware — z. B. wegen Bezahlung der Fracht — zunächst das Zurückbehaltungsrecht des bürgerlichen Rechtes (§ 273) zu. Dieses kann er ohne Rücksicht auf die Natur des dinglichen Sicherungsrechts des Bankiers sowohl gegen den Herausgabeanspruch des Bankiers wie gegen den des Verkäufers geltend machen. Denn gegen beide steht ihm der Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen zu. Allerdings kann auf Grund des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts der Importeur sich aus der Ware nicht befriedigen. Der Erfolg läßt sich aber indirekt auf dem Wege des § 379 Abs. 2 HGB. erreichen. Vor allem aber sichert den Käufer das kaufmännische Retentionsrecht in Verbindung mit dem zivilrechtlichen. Die Befriedigungsklage nach § 371 HBG. ist zu richten gegen denjenigen der beiden Schuldner, der gleichzeitig Eigentümer bzw. Sicherungseigentümer der Ware ist. Hiernach steht dem Importeur kraft des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts der Anspruch gegen den Eigentümer-Schuldner auf Befriedigung aus dem Erlöse zu, kraft des zivilen Retentionsrechts ist ihm die Möglichkeit gewährt, gegenüber dem anderen Kontrahenten den Erlös (§§ 379, 373 HGB.) zurückzubehalten und definitiv aufzurechnen. (S. a. o. zu § 243 Ziff. 2 und § 267 Ziff. 2.)

3. Allgemeines. Voraussetzungen. Grundgedanken. Anwendungsgebiet (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1—3, **2** Ziff. 1—3). a) **RG.** LeipzZ. **08** 376 Ziff. 14, R. **08** II Ziff. 1348. Ein Kontrahent, der die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach §§ 273, 320 seine Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt sei. b) **RG.** SeuffA. **63** 13. Wendet der Dienstberechtigte gegenüber dem Gehaltsanspruche des Dienstverpflichteten ein, daß dieser zunächst gemäß §§ 675, 666, 259 Rechenschaft abzulegen habe, so greifen nicht die Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 274) ein, vielmehr wird geltend gemacht, daß der Dienstverpflichtete die Vergütung noch nicht fordern könne (§ 614 Satz 1). Vgl. auch JDR. **6** Ziff. 5 a. c) **RG.** LeipzZ. **08** 538 Ziff. 17, R. **08** II Ziff. 2135. Wird das Zurückbehaltungsrecht wegen einer fälligen Geldforderung gegen eine fällige Geldforderung geltend gemacht, so ist dies in Wahrheit regelmäßig die Erklärung einer Aufrechnung. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind in ihrem rechtlichen Wesen allerdings nach Voraussetzung und Wirkungen verschieden. Soweit aber § 394 BGB. nicht in Betracht kommt, führt die Zurückbehaltung einer fälligen Geldforderung gegen eine andere zu demselben Ergebnisse wie die Aufrechnung. d) **RG.** ZBlFG. **9** 150. Die schriftliche oder mündliche Verpfändung von Hypothekenbriefen kann nach Maßgabe des § 140 BGB. als Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts aufrechterhalten werden. e) **RG. 68** 386 ff., JW. **08** 447 Ziff. 9. Derjenige, dem vertragsmäßig ein Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbrief eingeräumt worden ist, kann nachdem er

den Besitz des Grundschuldbriefs ohne seinen Willen, aber fehlerfrei an den anderen Teil verloren hat, auf Grund des Retentionsvertrags auf Wiedereinräumung der Retention klagen. f) **RG.** R. 08 II Ziff. 1947. Hat ein Hypothekengläubiger dem A. den Hypothekenbrief mit der Erlaubnis ausgehändigt, sich darauf Geld zu verschaffen und hat dann A. unter dem Vorgeben, er sei der eingetragene Gläubiger, unter Übertragung der Hypothek den Brief an B. ausgehändigt, so ist zwar das Abtretungsgeschäft unwirksam. B. hat aber wegen der von A. ihm zurückzugewährenden Zessionsvaluta an dem Hypothekenbrief ein Zurückbehaltungsrecht, und dieses muß auch der Hypothekengläubiger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gegen sich gelten lassen, weil es durch die dem A. gegebene Einwilligung gedeckt ist. **g)** α. SeuffBl. **08** 867 (München). Ein Pfandschein kann als Legitimationspapier für sich nicht Gegenstand eines Pfandrechts, wohl aber eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechts sein. β. **RG. 68** 282, JW. **08** 413 Ziff. 17, R. **08** II Ziff. 2186; SeuffA. **63** 396 (Dresden). Legitimationspapiere (Sparkassenbuch) können für sich nicht Gegenstand eines Pfandrechts, sondern nur eines persönlichen Zurückbehaltungsrechts sein. **h)** OLG. **16** 355 (Hamburg). Durch Abs. 2 wird die Anwendung des Abs. 1 bei Herausgabeansprüchen nicht ausgeschlossen. **i)** LeipzZ. **08** 625 Ziff. 3 (Karlsruhe). Bei der Anfechtung im Konkurs ist der Beklagte befugt, wegen ihm zustehender Masseansprüche den Anfechtungsgegenstand zurückzubehalten. **k) RG.** SeuffA. **63** 6 f. schon JDR. **6** Ziff. 1 e.

4. Innerliche Zusammengehörigkeit. Rechtliches Verhältnis (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 1 a, b, **3** Ziff. 1 Abs. 1, insbes. 3 a, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 1 b). **a) RG.** R. **08** II Ziff. 25. Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht auf die Fälle der gegenseitigen Verträge beschränkt. Es genügt, daß die beiderseitigen Ansprüche aus einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entspringen. **b) RG. 68** 32, JW. **08** 236 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 376 Ziff. 13. Die Annahme desselben rechtlichen Verhältnisses ist nicht immer dann zu verneinen, wenn die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf verschiedenen selbständigen Verträgen beruhen. Nicht die kontraktliche Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung berechtigt zur Zurückbehaltung, sondern die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses, welche es als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Interessent die Leistung verlangt, ohne die von ihm geschuldete gewähren zu wollen (**RG. 14** 231; s. auch Ziff. 6 a α). Längere Geschäftsverbindung. **c)** HansGZ. **08** Beibl. 261 (Hamburg), (OLG. **16** 355 zu β). Dasselbe rechtliche Verhältnis liegt nicht vor, wenn die sich gegenüberstehenden Ansprüche auf mehreren selbständigen Geschäften (August- und Septemberabschluß) beruhen. **d) RG.** SeuffA. **63** 6 f. schon JDR. **6** Ziff. 3 b.

5. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen (s. JDR. **6** Ziff. 4, 5, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 4). **a)** Auerswald aaO. Aus den ausdrücklichen Retentionsverboten in §§ 175, 273 Abs. 2 aE., § 556 Abs. 2 BGB., § 107 GewO. verbunden mit der allgemeinen Ausnahmevorschrift im § 273 Abs. 1 BGB. („sofern nicht") ergibt sich, daß mit Rücksicht auf die Dringlichkeit der Lohnansprüche das Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen ausgeschlossen ist. **b)** Gordan, GesuR. **9** 301—305, bejaht die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Arbeits- und Dienstlohnansprüchen. Die Tendenz des Aufrechnungs- und Pfändungsverbots geht insbesondere nur dahin, dem Forderungsberechtigten seine Forderung auf den noch nicht ausgezahlten Lohn zu erhalten. Rechtliche Verschiedenheit der Institute Aufrechnung und Zurückbehaltung. **c)** Reichert, GewuKfmG. **13** 221 f., verneint das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen im Hinblick auf § 394. **d)** SächsOLG. **29** 228, OLG. **16** 358 (Dresden); PosMSchr. **08** 8 (Königsberg); KGBl. **08** 38 (LG. Berlin II); GewuKfmG. **14** 148 (GG. Stettin). Das

Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen wird mit Rücksicht auf die rechtliche Verschiedenheit von Zurückbehaltung und Aufrechnung bejaht. e) Gew. uKfmG. **14** 146 (GG. Berlin). Die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegen eine Lohnforderung wird verneint. Das Zurückbehaltungsrecht ist nach § 273 ausgeschlossen, sofern sich die Unzulässigkeit aus dem Schuldverhältnis ergibt. Mit der Sicherung, welche der Lohnforderung durch die Vorschriften der GewO., des LohnBG. und die §§ 894 BGB., 850 Ziff. 1 ZPO. gegeben ist, ist das Recht der Zurückbehaltung nicht vereinbar.

6. Einzelne Anwendungsfälle (s. JDR. **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 6). a) Bejaht. α. Längere Geschäftsverbindung. **RG. 68** 32, JW. **08** 236 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 376 Ziff. 13. Bei einer seit längerer Zeit bestehenden Geschäftsverbindung, in der auf getrennte Bestellungen unter gleichen Zahlungsbedingungen gleichartige Waren zu liefern sind, wird das Zurückbehaltungsrecht an den Waren aus einem Abschluß auch wegen erheblicher Preisrückstände aus anderen Abschlüssen bejaht (s. oben Ziff. 4 b). β. Käufer und Verkäufer. **RG.** JW. **08** 134 Ziff. 2, R. **08** II Ziff. 1951. Steht bei Nichtigkeit eines Kaufes dem Käufer ein Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises zu, so hat gegenüber diesem Anspruche der Verkäufer ein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Rückgabe der Kaufsache. Dieses Zurückbehaltungsrecht fällt nicht dadurch weg, daß der Käufer wegen Verwendungen auf die Kaufsache an dieser seinerseits ein Zurückbehaltungsrecht hat. Dieses Zurückbehaltungsrecht an der Kaufsache hat vielmehr nur die Wirkung, daß der Käufer nicht verpflichtet ist, die Kaufsache anders als belastet mit den Kosten jener Verwendungen dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen. γ. Anspruch auf Rückgabe einer Kaution und Bereicherungsanspruch. **RG.** JW. **08** 7 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 264. Dem Besteller beim Werkvertrage steht wegen des Bereicherungsanspruchs auf Rückerstattung einer geleisteten Zuvielzahlung ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund des § 273 Abs. 1 an dem von dem Unternehmer als Kaution hinterlegten Wechsel zu. δ. Rentenzahlung bei Körperverletzung. SächsOLG. **29** 228 (Dresden). Konnexität bejaht zwischen dem Anspruch auf Rückerstattung zuviel bezahlter Rente im Falle der Körperverletzung und dem Anspruch auf zukünftige Entrichtung der Rente. ε. Grundbuchberichtigung. R. **08** II Ziff. 700 (Frankfurt). Auch die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs kann Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein. b) Verneint. α. Käufer und Verkäufer. **RG.** JW. **08** 547 Ziff. 5. Ist zwischen dem Käufer und dem Verkäufer eines Grundstücks vereinbart, daß für den Verkäufer eine Restkaufgeldhypothek eingetragen und daß ihm der Hypothekenbrief unmittelbar ausgehändigt werden solle (§ 1117 Abs. 2), so steht dem Käufer auf Grund der ihm wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags oder wegen arglistiger Täuschung erwachsenen Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht an dem Hypothekenbriefe nicht zu (**RG. 66** 97 ff. [102]). β. Ansprüche aus Darlehen und Kauf. OLG. **16** 357, SchlHolstAnz. **08** 107 (Kiel). Keine Konnexität zwischen dem durch Befriedigung des Gläubigers auf den Bürgen übergegangenen Darlehnsanspruch und einem dem Hauptschuldner aus einem Kauf- und Werkvertrage zustehenden Wandelungsanspruch, auch wenn das Darlehen aufgenommen ist, um den Bürgen wegen seiner Ansprüche aus dem Kaufvertrage zu befriedigen, und der Bürge die Bürgschaft übernommen hat, um die Mittel zu seiner eigenen Befriedigung sich zu verschaffen. γ. Darlehen und Darlehnsvorvertrag. SeuffA. **63** 12, R. **08** II Ziff. 2795 (Kiel). Aus einem Darlehnsvorvertrage kann gegen die Zurückforderung eines anderen Darlehens mangels Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses nicht zurückbehalten werden (s. auch §§ 387, 388 Ziff. 8 b). δ. SeuffA. **63** 25 (Posen) s. bereits JDR. **6** Ziff. 7 b α.

§ 274. 1. **RG.** JW. **08** 134 Ziff. 2, R. **08** II Ziff. 1952. Die Vorschrift des Abs. 1 ändert an den Bestimmungen über den Leistungsort nichts. Wird daher eine in Hamburg zu bewirkende Geldleistung wegen eines Anspruchs auf Herausgabe von in New-York befindlichen Waren zurückbehalten, so hat die Vorschrift über die Erfüllung Zug um Zug nicht die Wirkung, daß die Waren anstatt in New-York in Hamburg herauszugeben sind.

2. LeipzZ. **08** 88 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 2788 (Dresden). Macht der Konkursverwalter gegenüber einer Klage auf Feststellung zur Tabelle das Zurückbehaltungsrecht geltend, so ist die Forderung mit der Maßgabe festzustellen, daß die Leistung der Dividende Zug um Zug gegen Zahlung der geltend gemachten Gegenansprüche an die Konkursmasse zu erfolgen habe.

3. Schneider, BayRpflZ. **08** 29—34 (31). Wenn der Beklagte im Falle der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO.) eine berechtigte Zurückbehaltungseinrede erhoben hat, so muß der Grund des Anspruchs mit entsprechender Einschränkung festgestellt werden.

Zu §§ 275 ff. Literatur: Brecht, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug), JheringsJ. **53** 213—302.

*Brecht. Das herrschende System der Vertragshaftung (das System der „Unmöglichkeitslehre") mit seinen bekannten Einteilungen ist schlecht. Es führt insbesondere in alltäglichen Fällen (wesentliche Erschwerung der Leistung, positive Vertragsverletzung) zu begriffsentwertenden Dehnungen und kniffligen Konstruktionen, mit denen der Richter ein Urteil wohl begründen, aber niemals ein Urteil finden kann. Will die Theorie der Praxis wieder dienlich werden, so muß sie daran gehen, den Stoff in natürlichere Sätze zu bringen. Berechtigung der Theorie hierzu besteht schon de lege lata (213—225, 301; vgl. oben zu §§ 241 ff. Ziff. 1 c). — Ausgangspunkt für das vom Verf. entworfene System ist folgendes. Es wäre Nonsens, wollte das Gesetz jemandem in irgendeinem Augenblicke mehr zur Pflicht machen, als er ausführen kann; das Gesetz kann jemandem höchstens (nämlich bei besonderer Veranlassung) die Haftung für die Folgen auferlegen, wenn er etwas nicht ausführen konnte, d. h. ihm die (bedingte) Pflicht zur Geldzahlung aufbürden. Von diesem Grundgedanken aus ordnen sich die Folgen, die das geltende Recht für den Schuldner an sein Leistungsversprechen knüpft, zwanglos in folgender Weise (225 bis 235): a) Rechtliche Pflicht des Schuldners, zwecks Befriedigung der Ansprüche des Gläubigers (äußeren Ansprüche, s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 2 c) sich anzustrengen und Aufwendungen zu machen, und zwar innerhalb seiner Kräfte, nach Maßgabe des Vertrags (s. u. zu § 276 Ziff. 1). b) Haftung für die durch Nichterfüllung dieser Pflicht verursachte Nichtbefriedigung der Ansprüche des Gläubigers (sämtlicher oder eines Teiles davon). Umfaßt verschuldete Unmöglichkeit, positive Vertragsverletzung und Verzug (233 f., 246 f.). c) Haftung des Schuldners — auch ohne schuldhaftes Verhalten nach Abgabe des Leistungsversprechens (b) — dann: wenn die Nichtbefriedigung des Gläubigers auf einen Mangel in der „Reallegitimation" des Schuldners zur Abgabe des Leistungsversprechens zurückzuführen ist. Hier Unterschied, je nachdem der Mangel objektiv oder subjektiv ist (227, 272 ff.). S. u. zu §§ 306 ff. Haftung ist Schadensersatzpflicht; bei gegenseitigen Verträgen statt dessen je nach Wahl des Gläubigers auch Duldung des Rücktritts. — Zu den Grundsätzen a—c kommt hinzu: α. als Ausnahme der Satz, daß der Schuldner durch unverschuldeten Mangel an Vermögen nicht befreit wird (s. u. § 279 Ziff. 1); β. als der deliktischen und vertraglichen Haftungslehre gemeinsam die juristische Kausalitätslehre darüber, für welche Folgen seiner Verletzung der Schuldner haftet (s. o. zu § 249 Ziff. 2 a α; wichtig für die Lehre vom Deckungsgeschäfte, positive Vertragsverletzung, Leistungsverweigerung); γ. ein besonderer Rechtsbehelf zur Erlangung von Rechtsklarheit bei Verletzungen, die den Vertragszweck des Gläubigers erst durch fortgesetzte Wieder-

holung vereiteln (Verzug, gewisse positive Vertragsverletzungen; s. u. zu § 326 Ziff. 1). — Das ist alles. Der Begriff Unmöglichkeit scheidet ganz aus. Erklärungen hierfür 233 f.

§ 275. 1. Begriff der Unmöglichkeit und des Unvermögens (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2—4, **3** Ziff. 1—3, **2** Ziff. 1—4, **1** Ziff. 1). Zweigert, R. **08** 416 f. Außergewöhnliche Schwierigkeiten, bei denen die Bewirkung der Leistung dem Schuldner billigerweise nicht zuzumuten ist, sind zwar nach Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichzuachten, sie können aber in Fällen, in denen der Schuldner zur vertragsmäßigen Erfüllung der Mitwirkung eines Dritten bedarf, nicht um deswillen präsumiert werden, weil der Dritte seine Mitwirkung möglicherweise von unverhältnismäßigen Gegenleistungen des Schuldners abhängig machen wird. Solange nicht feststeht, daß er in der Tat zu der erforderlichen Mitwirkung nicht oder nur gegen übermäßige Gegenleistungen bereit ist, entbehren solche Schwierigkeiten jeder tatsächlichen Grundlage.

2. Aus der Rechtsprechung (s. auch JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 4, **1** Ziff. 4). a) **RG. 67** 234 ff., JW. **08** 80 Ziff. 16; OLG. **16** 410 (Celle). Die Unmöglichkeit der Leistung kann auch dann eine nicht zu vertretende sein, wenn sie durch eine eigene Handlung des Schuldners herbeigeführt ist, und ist es insbesondere dann, wenn der Schuldner in entschuldbarer Unkenntnis seiner Schuldverbindlichkeit gehandelt hat. Zur Annahme der Entschuldbarkeit solcher Unkenntnis ist eine strenge Prüfung der Sachlage erforderlich. Im Streitfalle war die Verbindlichkeit vom Erblasser des Schuldners eingegangen; Verschulden des Erblassers wegen unterlassener Aufzeichnungen verneint. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **08** 18. Ob der Untergang (Brand) der Fabrikationsstätte den gänzlichen Untergang der Lieferungspflicht des Fabrikanten zur Folge hat oder diese Verbindlichkeit nur zeitweilig aufhebt, ist gemäß der Natur der Sache nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. **c) RG.** R. **08** II Ziff. 2136. Ist die Vornahme geschuldeter Arbeiten an einem Flußarme durch Verfügung des Regierungspräsidenten verboten worden, so ist die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit auch dann vom Schuldner nicht zu vertreten, wenn dieser selbst die Anregung zum Erlasse des — sachlich begründeten — Verbots gegeben hat. **d) RG.** LeipzZ. **08** 446 Ziff. 13. Der Einwand des auf Rechnungslegung durch Vorlage der Geschäftsbücher verklagten Gesellschafters, er sei zu der Vorlage ohne sein Verschulden außerstande, weil die Bücher beim Gericht in Johannesburg liegen, ist unbegründet, da er nach tatsächlicher Feststellung sich die Bücher unschwer beschaffen kann.

§ 276. Literatur: Doerr, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, R. **08** 207, 208. — Förtsch, Ist ein dem § 284 BGB. entsprechender Verzug des Schuldners notwendige Voraussetzung für den Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung? R. **08** 681—685. — Stölzle, Schuldhafte, sog. positive Vertragsverletzung beim Viehhandel verpflichtet den Käufer (→ rect. Verkäufer Red. ←) zum Schadensersatze, JW. **08** 633, 634.

1. Anstrengungspflicht. *Brecht, JheringsJ. **53** 229 ff. Aufzuwenden ist Körper-, Geistes- und Vermögenskraft (229 f., 242). Die Pflicht zur Aufwendung von Vermögenskraft steht den beiden anderen gleich. Nur bleibt der Schuldner bei unverschuldetem Verluste der Vermögenskraft verhaftet (§ 279, s. dort), während er bei unverschuldetem Verluste der Körper- und Geisteskraft frei wird (§ 276 Abs. 1 Satz 2) (241, 249). — Über den Umfang der Aufwendungspflicht entscheidet der Vertrag, in dessen Auslegung die Verkehrsanschauung (§ 157); nur über das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt enthält das Gesetz besondere Bestimmungen, generell im § 276 (Maß des Verkehrs-„erforderlichen") (230). Im übrigen muß folgendes gelten (243, 3): Der Schuldner hat im Verhältnisse zum Gläubiger alle Hindernisse zu überwinden, mit deren möglichem Eintritt er bei sorgfältiger Überlegung zur Zeit des Vertragsschlusses rechnen muß; also grundsätzlich auch

Arbeiterstreik; andernfalls haftet er, es sei denn, daß er Spezialvorbehalt (z. B. Streikklausel) oder überhaupt geringere Anstrengungspflicht als vereinbart beweist. — Hat der Schuldner die Geistes-, Körper- und Vermögenskraft, zu deren Aufwendung ihn der Vertrag verpflichtet, schon beim Vertragsschlusse nicht, so war er zur Abgabe des Versprechens nicht real legitimiert (257); hierüber u. zu § 306 Ziff. 1.

2. Vorsatz und Fahrlässigkeit (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). **a)** **RG.** JW. **08** 405 Ziff. 6. Voraussetzung der Fahrlässigkeit ist nicht, daß die Voraussicht einer Schadenszufügung sich auf den konkreten Unfall erstreckt, es genügt vielmehr, wenn es bei der gebotenen Überlegung möglich war, vorauszusehen, daß durch das Verhalten für Dritte irgendeine Gefahr entstehen könne. **b)** **RG.** JW. **08** 412 Ziff. 16. Unter grober Fahrlässigkeit ist nach der Natur der Sache eine „besonders schwere Vernachlässigung" der gebotenen Sorgfalt, eine „ausnehmende Sorglosigkeit" zu verstehen (grobe Fahrlässigkeit des Grundbuchrichters). **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 300. Für die Frage, ob eine Schutzvorrichtung geboten ist, braucht nur mit den voraussehbaren Vorkommnissen, nicht aber mit ganz außergewöhnlichen Fällen gerechnet zu werden. **d)** **RG.** JW. **08** 329 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 1796. Die einem anderen zugefügte Körperverletzung ist nicht schon deswegen entschuldigt, weil der Verletzende sich in Erregung und Angetrunkenheit zu der irrigen Annahme hatte hinreißen lassen, der andere wolle ihn angreifen (s. auch unter e). **e)** **RG.** JW. **08** 329 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 1796. Ein auf Angetrunkenheit beruhender Irrtum schließt Verschulden nur dann aus, wenn die Angetrunkenheit selbst entschuldigt war.

3. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 2 ff., **2** Ziff. 3 ff.). a) Die im Verkehr erforderliche und die im Verkehr übliche Sorgfalt (s. auch JDR. **3** Ziff. 2 d α). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 3231. Wenn auch der Regel nach die im Verkehr übliche Sorgfalt auch die im Verkehr erforderliche sein wird, und die durch einen gesunden und normalen Verkehr gewonnenen Erfahrungen dem einzelnen die Grundlage geben dürfen für sein Urteil über die Gefährlichkeit oder Zulässigkeit seines Verfahrens, so wird doch hierdurch der einzelne der Beobachtung eigener Sorgfalt nicht enthoben. Er muß die Frage, ob das Verfahren den Anforderungen des Verkehrs entspricht, verneinen, wenn er auch nur bei einiger Überlegung erkennen muß, daß eine Schädigung Dritter bei Einhaltung des Verfahrens nicht ausgeschlossen ist (s. auch unten Ziff. 7 r). β. **RG.** R. **08** II Ziff. 3757. Ist die Gefährlichkeit einer unverdeckt arbeitenden Maschine auch für den Nichtfachmann ohne weiteres erkennbar, so kann sich der Unternehmer nicht darauf berufen, daß solche Maschinen auch sonst allgemein ohne Schutzvorrichtungen in Betrieb gesetzt würden. γ. HessRspr. **08** 60 (Darmstadt). Für die Frage der zivilrechtlichen Verschuldung ist nicht die geistige Beschaffenheit der betreffenden Person entscheidend, sondern der objektive Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Danach ist die Fahrlässigkeit eines Schreiners bei Anbringung einer Holzbedachung über den Fenstern eines Hauses bejaht, obwohl die angewandte Befestigungsweise am Orte üblich und anerkannt war und der Schreiner es nicht anders gelernt und gesehen hatte. **b)** Objektiver Maßstab. α. **RG.** **68** 423 f., JW. **08** 494 Ziff. 34, R. **08** II Ziff. 2545. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist ein allgemeines Normalmaß der von einem ordentlichen Menschen in dem konkreten Verhältnisse des Verkehrs anzuwendenden Sorgfalt; dieses gestattet zwar die Berücksichtigung der Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen bei der Feststellung der jeweilig anzuwendenden Sorgfalt (**RG.** GruchotsBeitr. **48** 788, s. JDR. **3** Ziff. 2 d β), nicht aber die der Individualität des einzelnen Menschen. Die Jugend eines minderjährigen Beschädigten, dem mitwirkendes Verschulden zur Last gelegt wird, ist daher bei der Prüfung, ob

ihn ein Verschulden trifft, nicht zu berücksichtigen. Dagegen sind die individuellen Verhältnisse der kindlichen Einsicht und Erfahrung bei der Abwägung des Maßes dieses Verschuldens (§ 254) in Rechnung zu ziehen. β. S. auch oben Ziff. 3 a γ. c) Beurteilung nach der Art des zu sichernden Verkehrs. **RG.** JW. **08** 522 Ziff. 7. Unfall an einer Kelleröffnung in einer Gastwirtschaft. Das Maß und die Art der erforderlichen Verwahrung der Öffnung bestimmt sich nach der Art des Verkehrs, der gesichert werden soll, und nach den Umständen, unter denen sich die Menschen in der Nähe der Öffnung bewegen. Auf Umstände, welche zur Zeit des Unfalls nicht vorgelegen haben, kommt es nicht an. d) Von Mehreren gemeinschaftlich vorgenommene Verrichtung. **RG.** JW. **08** 547 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 2786. Wenn zwei Personen den Auftrag annehmen, gemeinsam eine Verrichtung auszuführen, die von einer nicht ausgeführt werden kann, und sie teilen dann die gemeinsame Arbeit unter sich in der Weise, daß der eine die eine, der andere die andere Ausführungshandlung übernimmt, so hören sie durch diese Teilung nicht notwendig auf, beide für die ganze übernommene Arbeit verantwortlich zu sein. Sie können sich gegenüber dem Auftraggeber auf solche Teilung auch dann nicht ohne weiteres berufen, wenn diesem bekannt war, daß eine Teilung eintreten mußte. Entscheidend sind die Umstände des Falles (s. auch o. § 254 Ziff. 10 c β). e) Erhöhte Betriebssorgfalt (s. auch JDR. **6** Ziff. 4 b, **5** Ziff. 5 s, **4** Ziff. 3 e). α. **RG.** JW. **08** 405 Ziff. 7. Mit Rücksicht auf die besonderen Betriebsgefahren des Automobils ist von dem Chauffeur eine besondere Sorgfalt bei der Führung, von dem Eigentümer eine besondere Sorgfalt in der Auswahl des Chauffeurs zu erfordern. β. **RG.** EisenbE. **25** 66. Den gesetzlichen Maßstab für die erforderliche Sorgfalt bei der Bestimmung der Fahrgeschwindigkeit eines Automobils geben nicht die etwa erlassenen landesgesetzlichen Polizeivorschriften, sondern allein die Vorschrift des § 276 BGB., nach der das entscheidende Moment das Bedürfnis des Verkehrs in der konkreten Gestaltung der jeweiligen Sachlage ist (JW. **06** 681 Ziff. 2). Die Polizeivorschriften stellen eine zulässige Maximalgeschwindigkeit auf und bezeichnen damit das Mindestmaß der Rücksichten auf den Verkehr, die zu beobachten sind; sind sie verletzt, dann steht ein Verschulden fest; daraus, daß sie eingehalten wurden, ergibt sich aber noch nicht, daß ein solches ausgeschlossen ist. γ. EisenbE. **24** 339, DJZ. **08** 432, Darmstadt. Die außerordentlich große Gefahr, welche mit dem Automobilverkehr auf öffentlichen Straßen verknüpft ist, bedingt im Interesse des Publikums eine ganz besonders große Aufmerksamkeit und Vorsicht des Automobilfahrers (JW. **06** 681). δ. **RG.** JW. **08** 106 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 1544. An die Achtsamkeit und Vorsicht eines Motorradfahrers sind wegen der Gefährlichkeit der Motorräder für den Verkehr auf der Landstraße strenge Anforderungen zu stellen (s. auch unter ε). ε. **RG.**, JW. **08** 106 Ziff. 3, EisenbE. **24** 381, R. **08** II Ziff. 1544. Ein Motorfahrer, welcher bemerkt, daß ein auf offener Landstraße schreitender Mensch sein Nahen nicht wahrnimmt, muß mit Rücksicht darauf, daß die meisten Menschen, wenn sie plötzlich wenige Schritte hinter sich das Hupezeichen hören, heftig erschrecken und durch einen — unter Umständen ungeschickten — Sprung zur Seite der Gefahr zu entrinnen suchen, die Fahrgeschwindigkeit derart verringern, daß ein Zusammenstoß vermieden wird oder unschädlich bleibt (s. § 254 Ziff. 10 b δ). ζ. **RG.** JW. **08** 680 Ziff. 12, PosMSchr. **08** 132. Von einem Motorradfahrer ist bei Durchfahren einer bewohnten Gegend die Einhaltung einer so ermäßigten Geschwindigkeit zu verlangen, daß er, wenn ein Zusammenstoß nicht ganz zu vermeiden ist, imstande bleibt, sofort die zur Abschwächung des Zusammenstoßes dienlichen Maßregeln zu ergreifen und die Maschine zum Stillstande zu bringen (vgl. JW. **08** 106 Ziff. 3 [s. oben unter ε]). η. **RG.** JW. **08** 678 Ziff. 9. Ein Automobilist, der bei Annäherung an einen sich dem Wagen auf der Fahrbahn entgegenstellenden Angetrunkenen die Fahrgeschwindigkeit mäßigt und durch Beiseitelenken des Wagens dem Manne Platz macht, hat die im

Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht verletzt. f) Schußwaffen. **RG.** JW. **08** 38 Ziff. 12, JagdRJ. **08** 96, R. **08** II Ziff. 297. Jeder, der eine Schußwaffe führt ohne die Gewißheit, daß sie nicht geladen sei, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß sie geladen sein und bei der Empfindlichkeit des Schießmechanismus infolge irgendeines unvorhersehbaren Ereignisses sich entladen könne. Wer daher eine Schußwaffe ohne die bestimmte Gewißheit, daß sie ungeladen ist, so hält, daß durch ihre Entladung ein anderer beschädigt werden kann, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, auch wenn er den Hahn nicht berührt. g) Navigation. **RG.** R. **08** II Ziff. 3556. Ist im Schiffahrtsbetrieb ein Schaden entstanden, so ist bei Prüfung der Frage, ob dem Schiffspersonal ein Verschulden zur Last fällt, zu berücksichtigen, daß beim Schiffahrtsbetrieb ein gewisses Maß von Gefahr immer vorhanden ist, ohne daß deshalb der Vorwurf der Unvorsichtigkeit erhoben werden darf. h) **RG.** RheinNotZ. **08** 7. Wenn es sich um eine amtliche Tätigkeit des Notars handelt, kommt das angebliche Verhalten der übrigen Notare als Verkehrssitte nicht in Betracht, es entscheiden lediglich die Anforderungen des Gesetzes.

4. Haftung für Erfüllung (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6, insbes. zu b, **1** Ziff. 3). a) Der allgemeine Rechtssatz des § 276. α. R. **08** II Ziff. 1161 (Frankfurt). Die Haftung für Zusicherung von Eigenschaften einer Hypothekenforderung ist nicht aus § 459 Abs. 2, der Verkauf einer Sache voraussetzt, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des § 276 zu beurteilen. β. Culpa in contrahendo. αα. **RG.** JW. **08** 657 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 3232. § 276 setzt ebenso wie die folgenden Paragraphen ein fertiges Schuldverhältnis voraus; eine Bestimmung, die ein Verschulden bei Abschließung des Vertrags (culpa in contrahendo) dem Verschulden bei Erfüllung des Vertrags gleichstellt, enthält das BGB. nicht. ββ. **RG.** R. **08** II Ziff. 635. Die Versicherungsgesellschaften sind verpflichtet, mit eingehenden Versicherungsanträgen sorgfältig zu verfahren. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung begründet einen Schadensersatzanspruch, wenn — wie dies nach § 284 I. 5 a ALR. der Fall war — nach materiellem Rechte ein solcher Anspruch auf eine culpa in contrahendo gestützt werden kann. **b**) Verhältnis der Vertretungspflicht aus § 276 zu den Vorschriften über den Verzug. α. Förtsch, R. **08** 681—685. Kann der Gläubiger nachweisen, daß er den säumigen Schuldner gemahnt oder daß dieser eine kalendermäßig bestimmte Zeit überschritten hat, so stehen ihm die in §§ 286 bis 290 gewährten Ansprüche zu; insbesondere hat er zur Begründung der Forderung von Schadensersatz und Zinsen nicht ein Verschulden des Schuldners darzutun, vielmehr ist es Sache des Schuldners, zu beweisen, daß er die rechtzeitige Leistung infolge eines Umstandes unterlassen hat, den er nicht zu vertreten braucht. Dem Gläubiger, der einen förmlichen Verzug nicht behaupten oder beweisen kann, steht es dennoch zu, einen Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe des § 249 zu erheben, wenn er zu beweisen vermag, daß die Verspätung der Leistung auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schuldners beruht. Diese Ansprüche des Gläubigers können nach Lage des Falles sich mit denjenigen decken, die aus den §§ 286—290 für den Fall des förmlichen Verzugs sich ergeben, auch können die Umstände so liegen, daß der Richter tatsächlich aus ihnen ohne weiteres ein Verschulden des Schuldners ableitet, es also als Sache des letzteren ansieht, sich zu entschuldigen; grundsätzlich aber muß daran festgehalten werden, daß, wer wegen Vertragsverletzung Schadensersatz verlangt, ein Verschulden des Beklagten beweisen muß (**RG. 66** 291). β. **RG. 68** 192 ff., JW. **08** 331 Ziff. 13, R. **08** II Ziff. 1953. Liegt allein verspätete Leistung vor, so ist die Vertretungspflicht des Schuldners nicht nach dem allgemeinen Grundsatze des § 276 BGB., sondern nach den ebenfalls ein Verschulden voraussetzenden besonderen Bestimmungen der §§ 284, 286 zu beurteilen. Wird aber die schuldhafte Vertragsverletzung nicht erst durch die verspätete Leistung selbst begangen,

sondern hat der Schuldner schon v o r der Fälligkeit vertragswidrig gehandelt und ist die verspätete Leistung nur Folge eines solchen Verhaltens, so steht nichts entgegen, auf die Vertretungspflicht den § 276 BGB. anzuwenden. — Im Streitfall ist der Schadensersatzanspruch aus § 276 begründet, wenn, wie behauptet, der Schuldner der übernommenen Vertragspflicht, so schnell wie möglich die Arbeiten vorzunehmen, entgegengehandelt und rasches Arbeiten, weil er sich einer Konventionalstrafe nicht unterworfen habe, abgelehnt hat. γ. S. zu § 286 Ziff. 1 a. **c)** D i e p o s i t i v e n V e r t r a g s v e r l e t z u n g e n i n s b e s o n d e r e (s. auch unten zu § 326 Ziff. 8 und JDR. **6** Ziff. 5 b, **5** Ziff. 3 b **4** Ziff. 4 a u. § 326 Ziff. 4, **3** Ziff. 3 b, **2** Ziff. 6 b zu γ). α. D o e r r, R. **08** 207 f. Die §§ 160 Abs. 1, 163 BGB. enthalten den Grundsatz: „Der Gläubiger kann von dem Schuldner Schadensersatz verlangen, wenn der Schuldner die Forderung durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt." Das ist aber nichts anderes als der Fundamentalsatz der Lehre von den „positiven Vertragsverletzungen". Im einzelnen ergibt sich: 1. Die schuldhafte V e r e i t e l u n g des Forderungsrechts ist vom Gesetz unter der Bezeichnung „Unmöglichkeit" (§§ 280 ff., 325) geregelt. 2. Von den schuldhaften B e e i n t r ä c h t i g u n g e n des Forderungsrechts ist: a) der Verzug des Schuldners, als Beeinträchtigung speziell einer fälligen Forderung, vom Gesetze geregelt; b) die sonstigen Beeinträchtigungen, alle sonstigen „positiven Vertragsverletzungen" umfassend, sind vom Gesetze nicht ausdrücklich geregelt, daher nach Analogie der Beeinträchtigung unter a zu behandeln. — Dazu: K i ß, R. **08** 277 f. β. B e i m V i e h k a u f e. S t ö l z l e aaO. Der Grundsatz, daß bei einer schuldhaft mangelhaften Lieferung eines Tieres von dem Käufer Schadensersatz verlangt werden kann, gilt auch für den Viehhandel, aber mit einer Einschränkung: Nur die schuldhaft mangelhafte Lieferung eines mit einem H a u p t m a n g e l b e h a f t e t e n T i e r e s verpflichtet zum Schadensersatz, und zwar zum Schadensersatze neben der Wandelung. a) Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs genügt nicht ein beim V e r t r a g s a b s c h l u s s e vorhandenes Verschulden, sondern es ist erforderlich, daß ein Verschulden bei der V e r t r a g s e r f ü l l u n g gegeben ist. b) Es genügt nicht die Behauptung, daß das Tier bei der Erfüllung des Vertrags mit einem Hauptmangel behaftet gewesen sei, es muß vielmehr dargelegt werden, daß der Verkäufer das Tier in K e n n t n i s oder g r o b f a h r l ä s s i g e r Unkenntnis des Hauptmangels geliefert hat. γ. SchlHolstAnz. **08** 305 (Kiel). Positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn der Verkäufer eines Geschäfts nachträglich dem Geschäfte Kunden abwendig macht, um sie seinem neuen Geschäfte zuzuwenden. **d)** S c h a d e n s e r s a t z a n s p r u c h n e b e n G e w ä h r l e i s t u n g s a n s p r ü c h e n (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 5 c, **5** Ziff. 3 c, **4** Ziff. 4 c). α. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 238, LeipzZ. **08** 538 Ziff. 18. Wie bereits in **RG. 53** 202 ausgeführt ist, ist im Falle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der verkauften Gattungssache neben der Haftung für Mängelgewähr kein Raum mehr für eine Haftung aus einer schuldhaften Verletzung des Vertrags durch Lieferung einer Sache, der die zugesicherte Eigenschaft fehlt. Diese Rechtslage ändert sich dadurch nicht, daß infolge Wandelung der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 480 Abs. 2 verloren ist. β. **RG. 66** 289 ff., s. bereits die JDR. **6** Ziff. 5 c an zweiter Stelle mitgeteilte Entscheidung. — Von den gleichen Grundsätzen geht aus BadRpr. **08** 241 (Karlsruhe). **e)** K o n k u r r e n z d e r A n s p r ü c h e (s. JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 9 und dort Zitierte, **5** zu § 276 Ziff. 3 d und dort Zitierte). α. **RG. 67** 182 ff. (185), JW. **08** 71 Ziff. 5. In Fällen, in denen eine an sich objektiv unerlaubte Handlung nicht vorliegt, die Handlung vielmehr zu einer unerlaubten nur dadurch wird, daß sie bei Erfüllung eines zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags geschah, ist, unter Ausscheidung der Vorschriften über die außervertragliche Haftung, die Schadensersatzpflicht nur nach den das V e r t r a g s v e r h ä l t n i s

beherrschenden Rechtsregeln zu beurteilen (vgl. **RG.** JW. **04** 166 Ziff. 4, JDR. **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 7 b). (Kläger war verletzt worden, weil der Leiter der ihn befördernden Personenpost sich nicht über die Tauglichkeit des Transportmittels vergewissert hatte.) β. **RG.** JW. **08** 432 Ziff. 7, LeipzZ. **08** 616 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 2165. Für die Frage, ob neben kontraktlichen Ansprüchen deliktische mit in Betracht kommen, ist die Beurteilung des konkreten Falles entscheidend; nach der Sachlage des Einzelfalls ist zu ermessen, ob die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und deshalb dem Geschädigten aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten Ansprüche zustehen. γ. **RG.** SeuffA. **63** 357, JW. **08** 237 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 1148. Kläger hat in dem Kaufladen des Beklagten eine Flasche Selterswasser verlangt, die ihm darauf von der Ehefrau des Beklagten gebrachte Flasche geöffnet und sogleich daraus getrunken; er hat sich hierdurch, da die Flasche eine ätzende Lauge enthielt, eine Verbrennung zugezogen. Die Verletzung ist durch die zur Ausführung des Vertrags vorgenommene Handlung herbeigeführt worden. In solchem Falle findet hinsichtlich der Ersatzpflicht für den entstandenen Vermögensschaden eine Konkurrenz des kontraktlichen mit dem deliktischen Anspruche statt. Die vertragliche Haftung hat, abgesehen von der Verantwortlichkeit für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen, Bedeutung für die Beweislast, sofern dem Beklagten der Nachweis obliegt, daß er die zur Vermeidung derartiger gefährlicher Verwechselungen erforderliche Sorgfalt angewendet habe.

5. *Klein, SeuffBl. **08** 314. Eine analoge Anwendung des § 829 auf § 276 BGB. ist unmöglich (aM. Kuhlenbeck bei Staudinger [3/4] II 120 zu § 276 Ziff. 2 c).

6. Zu Abs. 2 (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 4). R. **08** II Ziff. 702 (Frankfurt). Der Ausschluß der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit kann gegen die guten Sitten verstoßen.

7. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 7). **a)** Haftung des Gastwirts (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 6 a, **4** Ziff. 6 a, sowie unten zu § 278 Ziff. 4). α. **RG.** JW. **08** 451 Ziff. 16. Die Beleuchtungspflicht des Gastwirts hinsichtlich der Zugänge zu seiner Wirtschaft richtet sich nach den Umständen, insbesondere dem Verkehre, der in der einzelnen Wirtschaft sich bewegt. Bei einer kleinen ländlichen Wirtschaft mit einem geringen, nicht regelmäßigen Verkehr einzelner Gelegenheitsgäste kann der Wirt vielleicht von der Beleuchtungspflicht frei sein. β. **RG.** JW. **08** 405 Ziff. 6. Ein Wirt, der gestattet, daß in seiner Gaststube nach der Scheibe geschossen wird, ist gegenüber einem Unfalle, den ein Schütze einem Dritten zufügt, nur dann von Fahrlässigkeit frei, wenn er alle Vorsichtsmaßregeln gegen eine mögliche Gefahr getroffen, insbesondere für ständige Aufsicht, verlässige und kundige Bedienung, Fernhaltung ungeeigneter Schützen, tadellose Waffen und durch Absperrung der Schießstätte dafür gesorgt hat, daß die übrigen Gäste vor Gefahr gesichert sind. γ. **RG.** SächsRpflA. **08** 459, R. **08** II Ziff. 2923. Durch den Eintritt des Gastes in die dem Aufenthalt und Verkehre der Gäste geöffneten Wirtschaftsräume kommt zunächst ein allgemeiner Vertrag über die Benutzung der Räume durch den Gast für die Dauer seines beabsichtigten Aufenthalts zustande. Zu den vorbezeichneten Räumen gehören jedoch Vorgärten u. dgl. nur dann, wenn der Wirt durch Aufstellen von Tischen und Stühlen Gelegenheit bietet, auch dort Speisen und Getränke einzunehmen. δ. SchlHolstAnz. **08** 78 (Kiel). Demjenigen, welcher in der Absicht, Getränke zu genießen, zur Restauration sich begibt und auf der als Zugang dienenden Treppe einen Unfall erleidet, stehen gegen den Gastwirt nur außervertragliche Ansprüche zu. Reparaturpflicht des Gastwirts bezüglich der hölzernen Treppe. ε. SchlHolstAnz. **08** 364 (Kiel). Die Zulassung des Verkehrs des Publikums über eine Wendeltreppe in einer Wirtschaft enthält an sich keine Fahrlässigkeit. ζ. **RG.** JW. **08** 108 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 737.

Ein Gastwirt, der eine Treppe durch einen Bausachverständigen hat anlegen lassen, kann sich darauf verlassen, daß der Fachmann die Anlage entsprechend den baupolizeilichen Vorschriften angelegt habe; ist daher die nur 3 Stufen hohe Treppe entgegen der Bauordnung ohne Geländer geblieben, so fällt dem Bauherrn keine Fahrlässigkeit zur Last. η. Verwahrung einer Kelleröffnung s. oben Ziff. 3 c. **b)** Haftung des Hauswirts (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 6 b, **4** Ziff. 6 b). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 1345. Die Rücksicht auf den zur Nachtzeit stattfindenden Bäckereibetrieb eines Mieters legt dem Hauseigentümer nicht die Verpflichtung auf, die Zugänge zu der im Hinterhause gelegenen Backstube zur Nachtzeit zu beleuchten. β. SächsRpflA. **08** 86 (Dresden). Fahrlässigkeit des Vermieters, der zur Verwahrung seines Scheunentors an der Schwelle ein Brett befestigt hat, mit Rücksicht auf die ländlichen Verhältnisse verneint. **c)** Richterliche Haftung (s. JDR. **6** Ziff. 6 c, **5** Ziff. 5 e). α. Vormundschaftsrichter. **RG. 67** 408 ff., JW. **08** 243 Ziff. 16. Die dem Vormundschaftsgericht obliegende Aufsichtsführung hat nicht zur Folge, daß das Gericht den Vormund, der im Laufe des Rechnungsjahrs Mündelgeld anzulegen hat, vor Legung der gemäß § 1840 zu beschaffenden Jahresrechnung zum Nachweise gesetzmäßig bewirkter Anlegung grundsätzlich anhalten muß. Die Hinausschiebung der Prüfung der vorschriftsmäßigen Anlegung bis zu dem Termin, an dem die Jahresrechnung zu legen ist, kann dem Vormundschaftsrichter zur Fahrlässigkeit nur unter der Voraussetzung angerechnet werden, daß besondere Umstände hinzugetreten sind, die nach vernünftigem Ermessen Mißtrauen in die Zuverlässigkeit des Vormundes zu erregen geeignet waren (Überwachung der Herbeiführung des Sperrvermerkes eines Sparkassenbuchs). — Eine Verpflichtung des Vormundschaftsrichters zur Anstellung eingehender Nachforschungen über die Verhältnisse des zu bestellenden Vormundes ist weder an sich noch nach den Verhältnissen des vorliegenden Falles anzuerkennen. β. Nachlaßrichter. **RG. 69** 274 ff., JW. **08** 717 Ziff. 15, R. **08** II Ziff. 3611. Die dem Nachlaßrichter im § 2262 auferlegte Pflicht zur Benachrichtigung der bei der Testamentseröffnung nicht zugegen gewesenen Beteiligten schließt für den Fall, daß der Aufenthaltsort der in Kenntnis zu setzenden Beteiligten weder urkundlich feststeht noch ohnehin bekannt ist, die Pflicht zur Erkundigung nach denselben als Selbstfolge in sich. Im Zweifel wird, nach erfolgter Anfrage bei den ihrem Aufenthalte nach bekannten und unschwer erreichbaren letztwillig Bedachten, von denen eine Auskunft zu erwarten ist, eine Nachfrage bei der Polizeibehörde am Orte des letzten Domizils des Erblassers oder am Orte des letztbekannten Aufenthalts des Beteiligten, unter Umständen eine Bekanntmachung durch die Zeitung, genügen. Gleichwohl ist eine Fahrlässigkeit des beklagten Nachlaßrichters, der einen Ermittelungsversuch nicht angestellt hat, ohne Rechtsirrtum verneint. Die Erkundigungspflicht ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern nur mittels Schlußfolgerung zu erkennen; die Unterlassung solcher Schlußfolgerung ist dem Beklagten nicht ohne weiteres als Fahrlässigkeit anzurechnen, zumal die Gerichte der beiden Vorinstanzen die Ansicht von dem Nichtbestehen der Nachforschungspflicht vertreten haben. γ. Grundbuchrichter. αα. **RG.** JW. **08** 412 Ziff. 16, R. **08** Sp. 458. Der vom preußischen Justizfiskus auf Grund des Art. 8 PrAGGBO. wegen groben Verschuldens in Anspruch genommene Grundbuchrichter hatte entgegen den §§ 17, 18 GBO. später eingegangene Umschreibungen vorgenommen ohne den früher eingegangenen Löschungsantrag zurückzuweisen und eine Löschungsvormerkung einzutragen. Grobes Verschulden im Hinblicke darauf verneint, daß es sich um die Zeit kurz nach Inkrafttreten des neuen Rechtes und einen Einzelrichter ohne literarische Hilfsmittel handelte. ββ. HansGZ. **08** Beibl. 209 (Hamburg). Der Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek ist nicht deshalb als Eilsache zu behandeln, weil er auf Grund eines Arrestbefehls gestellt ist. **d)** Haftung von Rechtsanwalt und Notar (s. JDR. **6** Ziff. 6 d, **5** Ziff. 5 f). α. **RG.** BadRpr. **08** 113, R.

08 II 1344. Ein Rechtsanwalt, der infolge irriger Rechtsauffassung über den bevorstehenden Ablauf der Verjährung die Zustellung der Klage verzögert, handelt schuldhaft, wenn ihm bei sorgsamer Erwägung die Möglichkeit zum Bewußtsein kommen mußte, daß seine Rechtsansicht irrig sei. β. **RG.** JW. **08** 447 Ziff. 10, R. **08** II Ziff. 2302. In einem Immobiliar-Zwangsversteigerungsverfahren unterließ es ein Rechtsanwalt im Vertrauen auf die ihm erteilte Information, sich durch Einsicht der Zwangsversteigerungsakten darüber zu vergewissern, wer der betreibende Gläubiger war. Die Information war unzutreffend. Der Rechtsanwalt haftet seinem Mandanten für den Schaden. γ. **RG.** RheinNotZ. **08** 7. Ohne besonderen Auftrag besteht für den Notar keine Verpflichtung, das Grundbuch einzusehen (s. auch oben Ziff. 3 g). δ. OLG. **17** 397 (Hamm). Der Rechtsanwalt hat beim Abhandenkommen der Handakten schleunigst für deren Wiederherstellung zu sorgen und, sofern er dies nicht getan hat, die Partei von dem Verluste so rechtzeitig zu benachrichtigen, daß ihr ein Schaden nicht entstehen kann. ε. OLG. **17** 398 (Braunschweig). Der mit der Vertretung eines Hypothekengläubigers in einer Zwangsversteigerungssache beauftragte Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Versteigerungstermin vom Anfange bis zum Ende wahrzunehmen. ζ. BadRpr. **08** 129 (Karlsruhe). Haftung des mit bestmöglicher Wahrung der Interessen des Mandanten in einer Zwangsvollstreckungssache beauftragten Rechtsanwalts wegen unterlassener Beantragung der Zwangsverwaltung bejaht. η. SeuffA. **63** 145 (Breslau). Haftung des instrumentierenden Notars wegen fahrlässiger Erteilung einer unrichtigen Auskunft über die Vertragskosten. ϑ. BayObLG. **9** 1, SeuffBl. **08** 464, BayRpflZ. **08** 227. Darin, daß ein Notar im dritten Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB. die Vorschrift des § 2242 Abs. 2 noch nicht gekannt hat, ist eine fahrlässige Verletzung seiner Amtspflicht zu finden. ι. SächsRpflA. **08** 270 (Dresden). Die Erteilung eines auf unrichtige Rechtsauffassung gegründeten Rates durch einen Rechtsanwalt beruht auf Fahrlässigkeit, wenn dem Rechtsanwalte bei gehöriger Prüfung seine Ansicht mindestens als zweifelhaft erscheinen mußte. **e)** Haftung des Patentanwalts. **RG. 69** 26 ff., JW. **08** 497 Ziff. 38, LeipzZ. **08** 601 Ziff. 38, 602 Ziff. 39. Ein mit der Vertretung behufs Erlangung eines Patents beauftragter Patentanwalt hat die ihm anvertrauten Interessen „gewissenhaft" wahrzunehmen, insbesondere, solange der Auftrag nicht völlig ausgeführt ist, die für die Erhaltung des Patents notwendigen Fristen einzuhalten oder für ihre Einhaltung zu sorgen. Seine Verantwortlichkeit für eine Fristversäumnis kann er nicht deshalb ablehnen, weil der Auftraggeber die Frist eventuell selbst hätte beobachten können. **f)** Haftung des Gerichtsvollziehers (s. JDR. **6** Ziff. 6 e, **5** Ziff. 5 g). α. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 43. Ein Verschulden des Gerichtsvollziehers liegt darin nicht, daß er unterläßt, seinem Urlaubsvertreter seine Handakten auszuhändigen, sofern diese dem Vertreter zugänglich sind. β. OLG. **16** 299 (Colmar). Haftung des Gerichtsvollziehers, der eine im Gewahrsam eines Dritten befindliche Sache ohne dessen Zustimmung pfändet und versteigert. γ. R. **08** II Ziff. 703 (Frankfurt). Nichtbefolgung des § 57 Ziff. 5, 6 PrGeschAnw. ist Fahrlässigkeit. δ. SächsRpflA. **08** 87 (Dresden). Fahrlässigkeit des Gerichtsvollziehers bejaht, der zu einer Pfändung gegen die Ehefrau in der ehelichen Wohnung nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ehemanns die Zustimmung des Konkursverwalters für erforderlich hielt. ε. HansGZ. **08** Beibl. 169 (Hamburg). Haftung des Gerichtsvollziehers bejaht, der eine ungültige Pfändung unter Nichtbeachtung der (bremischen) Geschäftsanweisung vorgenommen hat. **g)** Haftung des Arztes (s. JDR. **6** Ziff. 6 l). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 3413. Ein Arzt, der entgegen den wissenschaftlichen Grundsätzen eine Röntgenbestrahlung übermäßig lange anwendet, kann sich zur Ausräumung des Vorwurfes der Fahrlässigkeit nicht darauf berufen, daß er eine neue, noch unerprobte Methode habe anwenden wollen.

Dies gilt namentlich dann, wenn der Arzt nicht vorher die Einwilligung des Patienten eingeholt hatte. β. SeuffBl. **08** 202 (Hamburg). Unverschuldeter „Unterlassungsirrtum" eines Arztes bei Ausführung einer Operation. **h)** Haftung des Bankiers (s. JDR. **6** Ziff. 6 g). α. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 239, LeipzZ. **08** 225 Ziff. 16, BauersZ. **15** 161. Der Satz (**RG. 42** 131), der Bankier gelte als Sachverständiger, der Kunde als Laie, hat nicht die Bedeutung, daß die Kenntnisse, welche der Kunde normalerweise mitbringt, als nicht vorhanden fingiert werden. Dinge, die der Kunde nach seinem Beruf oder seiner Stellung kennen muß, darf auch der Bankier bei ihm als bekannt voraussetzen. (Kläger mußte als Kohlengroßhändler wissen, daß Industrieaktien keine „sichere Anlage" im eigentlichen Sinne sind.) β. **RG.** R. **08** II Ziff. 3558. Ein Bankier, der einem Kunden Kuxe zum Ankauf empfiehlt, dabei aber ihm bekannte, nur kurze Zeit zurückliegende Gründungsvorgänge, die geeignet sind, Zweifel bezüglich der Vertrauenswürdigkeit des Unternehmens zu begründen, nicht mitteilt, handelt fahrlässig, auch wenn er Grund hat, die Aussichten des Unternehmens für gute zu halten. γ. Über Haftung des Bankiers bei Empfehlung von Kuxen zum Ankaufe s. ferner **RG.** Leipz. **08** 539 Ziff. 20, 21, 604 Ziff. 1, R. **08** II Ziff. 2152, 2153. **i)** Haftung des Lehrers. α. SeuffBl. **08** 773 (Zweibrücken). Fahrlässige Verletzung eines Schülers durch den Lehrer bei Vornahme der körperlichen Züchtigung eines anderen Schülers (s. auch § 254 Ziff. 10c β). β. SchlHolstAnz. **08** 77 (Kiel). Verletzung eines Schülers durch den fortschnellenden Bleistift eines Nachbarschülers; eine Fahrlässigkeit des Lehrers war nicht darin zu finden, daß er mit dem zum Anzeigen bestimmten Rohrstocke gegen den Bleistift geschlagen hat. **k)** Haftung des Taxators. α. **RG.** LeipzZ. **08** 160 Ziff. 18. Liegen der Taxe eines Grundstücks im wesentlichen Zukunftshoffnungen zugrunde, so muß der Sachverständige dies im Gutachten erkennbar machen, wenn nicht die Wertsteigerung in naher und sicherer Aussicht stand. β. **RG.** LeipzZ. **08** 160 Ziff. 17. Der Taxator kann sich nicht damit entschuldigen, daß in Taxen zu Beleihungszwecken im allgemeinen die günstige Auffassung überwiege. **l)** Haftung einer Stadtgemeinde. (S. a. o. zu § 89 Ziff. 6.) α. **RG.** JW. **08** 269 Ziff. 1, SächsRpflA. **08** 245. Die Stadtgemeinde, welche auf öffentlichen Straßen durch einen Unternehmer Kanalisationsarbeiten ausführen läßt, hat Aufsicht zu üben, daß die zum Schutze Dritter erforderlichen Vorkehrungen bei Ausführung der Arbeiten getroffen werden. β. **RG.** R **08** II Ziff. 62. Der Verwaltung eines städtischen Gemeinwesens, wie jedes anderen größeren Betriebs, liegt hinsichtlich der Tätigkeit ihrer Bediensteten eine Überwachungspflicht ob. **m)** Haftung der Eisenbahn. α. **RG.** R. **08** II Ziff. 3555. Darin, daß die Eisenbahnverwaltung auf Nebenstrecken Wagen älterer Bauart mit steilen und unbequemen Trittbrettern fahren läßt, kann an sich noch keine Fahrlässigkeit oder eine Verletzung der ihr aus dem Beförderungsvertrag obliegenden Vertragspflicht gefunden werden. β. **RG.** EisenbE. **24** 389. Der Beförderungsvertrag verpflichtet den Eisenbahnunternehmer auch dafür zu sorgen, daß seine Fahrgäste den Zugangsweg zu den Zügen durch die Bahnhofsräume ungefährdet zurücklegen können. Diese Vertragspflicht beginnt nicht erst mit dem Augenblick und an der Stelle, wo der Reisende die Bahnsteigsprere passiert. **n)** Haftung der Auskunftei (s. JDR. **6** Ziff. 6 h). **RG.** JW. **08** 241 Ziff. 14. Die Auskunfteien sind verpflichtet, die für ihren Geschäftsbetrieb erheblichen Korrespondenzen aufzubewahren und bei Abfassung einer Auskunft inhaltlich zu berücksichtigen. Die Nichtberücksichtigung stellt an sich ein Verschulden dar. und die Auskunftei hat demgegenüber den Entschuldungsbeweis zu führen. **o)** Haftung des Jägers (s. JDR. **6** Ziff. 4 d). α. **RG.** JW. **08** 525 Ziff. 10, DJZ. **08** 1105, R. **08** II Ziff. 2815, BayRpflZ. **08** 339. Haftung des Jägers bei schuldhafter Verwendung besonders weittragender Schrotkörner. Beweislast. β. **RG.** JagdRZ. **08** 175 R. **08** II Ziff. 1504. Fahrlässigkeit des Teilnehmers an einer Treibjagd verneint, der davon ausgeht,

daß die übrigen Personen den Anweisungen des Jagdherrn Folge leisten werden und deshalb in den Kessel hinein einen Schuß abgibt, ohne besonders Ausschau zu halten, ob nicht doch jemand im Schußbereiche sich befindet. **p)** Haftung des Baumeisters. **RG.** R. **08** II Ziff. 2138. Der Baumeister hat vor Benutzung eines Neubaues jede Feuerungsstelle entweder selbst zu prüfen oder zuverlässige Nachforschung einzuziehen, ob solche Probefeuerungen durch den Ofensetzer vorgenommen sind. q) Haftung für Markenverwendung (s. JDR. **6** Ziff. 6 n, **5** zu § 611 Ziff. 5 d und die dortigen Verweisungen). Mantey, GesuR. **9** 40—44. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schadensersatz an den Arbeiter wegen Nichtverwendung der Invalidenmarken und dadurch eingetretenen Nichterwerbes der Rente ist nur begründet, wenn der Arbeitgeber dem Arbeiter gegenüber die Pflicht zur Entrichtung der Marken übernommen hat. Dies kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn der Arbeitgeber sich die Quittungskarte zur dauernden Verwahrung aushändigen läßt oder wenn innerhalb eines gewissen Kreises die Verkehrssitte sich so gestaltet, daß der Arbeitgeber regelmäßig nicht bloß die für gemachte Lohnabzüge angeschafften Marken verwendet, sondern darüber hinaus die Versicherungspflicht der von ihm beschäftigten Personen feststellt und die Anschaffung der Quittungskarten veranlaßt. **r)** Aufbewahrung von Anweisungs- usw. Formularen. **RG.** R. **08** II Ziff. 3231. Ein Angestellter einer Berufsgenossenschaft hatte betrüglicherweise unter Benutzung von Anweisungs- und Quittungsformularen und des den Erlaß der Beglaubigung der Quittung ausdrückenden Stempels der Berufsgenossenschaft auf Grund gefälschter Anweisungen bei der Post Geldbeträge erhoben. Die Berufsgenossenschaft ist der Post schadensersatzpflichtig, weil sie die Formulare usw. nicht in einer einen Mißbrauch ausschließenden oder erschwerenden Weise aufbewahrt hat (s. aus der gleichen Entsch. oben Ziff. 3a α). s) Haftung des Postbeamten (s. JDR. **6** Ziff. 6 q). BayRpflZ. **08** 376 (LG. III Berlin). Der diensttuende Postsekretär haftet bei fahrlässiger Verzögerung der Beförderung eines Einschreibebriefs für den dem Absender entstehenden Schaden; erhöhte dienstliche Inanspruchnahme infolge des Jahresschlusses. **t)** Unfall spielender Kinder. **RG.** SächsRpflA. **08** 387, R. **08** II Ziff. 2632. Verschulden einer Fabrikleitung, welche das Spielen von Kindern mit einem Bahnwagen geduldet hat. **u)** Haftung des Inhabers einer Kinderarbeitsschule. **RG.** JW. **08** 673 Ziff. 1, R. **08** II Ziff. 3416. Wird in einer Arbeitsschule (Stiftung) für schulpflichtige Kinder ein Knabe dadurch verletzt, daß er, während er mit zwei anderen Knaben an einem Hackestock mit Holzhacken beschäftigt war, von einem dieser Knaben mit dem Beile getroffen wird, so trifft die Stiftung ein Verschulden an dem Unfall. Ihr Vertreter hat nicht genug getan, wenn er einen tüchtigen Inspektor mit der Leitung und Beaufsichtigung der Schule beauftragte, dieser aber wegen der Vielseitigkeit seiner dienstlichen Obliegenheiten zu ausreichender Aufsichtsführung außerstande war. **v)** Haftung des Drittschuldners bei Forderungspfändung. PosMSchr. **08** 15, R. **08** II Ziff. 1149 (Posen). Der Drittschuldner haftet im Falle der Anspruchspfändung dem Pfandgläubiger nicht deshalb, weil er eine spätere Pfändung der herauszugebenden Sachen durch einen Dritten zugelassen hat. **w)** Veranstaltung eines Rennens. **RG.** R. **08** II Ziff. 1503. Ein Sportverein, der ein öffentliches Rennen veranstaltet, haftet den Zuschauern auf Grund des Vertrags, wenn sein Vorstand fahrlässig unterlassen hat, die zur Sicherung der Zuschauer erforderlichen Maßregeln zu treffen. **x)** Haftung der staatlichen Krankenhausverwaltung. HansGZ. **08** Beibl. 5, SeuffBl. **08** 203 (Hamburg). Dem in einem staatlichen Krankenhaus aufgenommenen Kranken steht ein Anspruch auf Gewährung besonders guter Einrichtungen und besonders guter ärztlicher Kräfte nicht zu. **y)** Haftung des Badeanstaltsbesitzers. HansGZ. **08** 130 (Hamburg). Fahr-

lässigkeit des Badeanstaltsbesitzers verneint, der in der Nähe der Wanne ein Glasfenster beläßt, in welches der Badegast beim Ausgleiten fallen kann. **z)** Verkehr im Walde. **RG.** BayRpflZ. **08** 269. Die Frage, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erfordert, in Wäldern, im Gebirge, in Gewässern Abhänge, Gruben, Öffnungen zu verwahren, weil dort Menschen verkehren und Gefahr für sie entstehen kann, läßt sich nicht in allgemein gültiger Weise beantworten. Es kommt auf die Umstände des Falles an, auf Art, Zeit und Umfang des Verkehrs, die Zweckbestimmung der Örtlichkeit, die Möglichkeit oder Tunlichkeit einer Verwahrung, die Verkehrsauffassung der eingesessenen Bevölkerung oder der jene Orte besuchenden Personenkreise usf. **aa)** Unfall auf der Landstraße (s. JDR. **5** Ziff. 5 y). **RG.** R. **08** II Ziff. 466. Der Umstand, daß eine Landstraße auch von Kraftfahrzeugen benutzt wird, begründet nicht ohne weiteres die Verpflichtung, von ihr jüngere temperamentvolle Pferde fernzuhalten. **bb)** Einladung zum Mitfahren (s. JDR. **6** Ziff. 6 y). **RG.** GruchotsBeitr. **52** 414 s. bereits JDR. **5** Ziff. 5 t. **cc)** Lieferung schadenbringender Ware. **RG.** SeuffA. **63** 357, JW. **08** 236 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 1148. Haftung des Verkäufers bei Lieferung schadenbringender Ware s. oben Ziff. 4 d γ. **dd)** Gefährliche Maschinen. Unterlassene Beaufsichtigung einer unverwahrten gefährlichen Maschine s. **RG.** R. **08** II Ziff. 26, Ziff. 2137 und BayRpflZ. **08** 343 (Zweibrücken). **ee)** Versicherungspflicht eines Gewerbetreibenden. SeuffA. **63** 58 (Marienwerder). Ein Gewerbetreibender (Schneidemüller) ist nicht verpflichtet, das ihm zur Bearbeitung übergebene Rohmaterial gegen Feuer zu versichern. **ff)** Motorfahrer. **RG.** EisenbE. **25** 50, R. **08** II Ziff. 1186. Wer einen anderen auf dem sog. Vorstecksitz seines Motordreirades Platz nehmen läßt, handelt fahrlässig, wenn er namentlich bei ungünstiger Bodenbeschaffenheit den Versuch macht, das Rad lediglich durch Anschieben in Gang zu setzen.

§ 278. Literatur: Josef, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers, GruchotsBeitr. **52** 268—286. — Derselbe, Bemerkungen zur Lehre von der Haftung für Verkehrssicherheit in privaten und Berufsräumen, GruchotsBeitr. **52** 525—544. — Schneider, Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach § 278 BGB., JheringsJ. **53** 1—39. — Stephan, Die Unterlassungsklage.

1. Schneider aaO. Im § 278 kann nur eine Haftung für Handlungen gemeint sein, welche die Erfüllung des Schuldverhältnisses als solche beeinflussen und noch etwa durch die mangelhafte Erfüllung Schaden stiften. Was bei Gelegenheit der Erfüllung geschieht, ist nicht die Erfüllung selbst (2). Die §§ 278 und 831 können gleichzeitig zur Anwendung kommen, wenn die Hilfsperson die Erfüllung schuldhaft vereitelt und nebenbei noch sonstiges Unheil stiftet, das als „in Ausführung" der als Erfüllung aufgetragenen „Verrichtung" geschehen angesehen werden kann (3). Wo ein Schuldverhältnis noch nicht besteht, tritt eine Haftbarkeit nach § 278 noch nicht ein, ebensowenig bei den die Erfüllung erst vorbereitenden Handlungen (4) und da, wo es sich um die Ausübung eines eigenen Rechtes des Schuldners handelt. Die „Erfüllung" umfaßt nur das, was als Leistung an den Gläubiger gelangt, mithin nicht die Erledigung unechter Verbindlichkeiten (5). Erfüllung ist die Übermittelung einer vermögenswerten Leistung in die Hand des Gläubigers (7), Pflichten, welche lediglich das Recht des Schuldners auf die Gegenleistung bedingen, liegen nicht im Gebiete der Erfüllung (9). Diese Pflichten, welche als Ausflüsse von Schutzvorschriften bezeichnet werden, die dem Gläubiger nicht ein Recht auf wirtschaftliche Werte geben, sondern nur seine Vertragsstellung verstärken und stützen sollen (15), werden für den Versicherungsvertrag (15—29) und für die Wohnungsmiete im einzelnen erörtert. Alle durch Gesetz oder Versicherungsvertrag dem Versicherten gebotenen Handlungen und Unterlassungen sind lediglich solche Schutzpflichten und liegen außerhalb der Erfüllung (18). Das Da-

zwischentreten anderer Personen bei diesen Handlungen ist nur bei der tatsächlichen Würdigung der Sachlage in Betracht zu ziehen (22). Hinsichtlich der Wohnungsmiete wird ausgeführt, daß zwischen § 549 und § 278 kein Zusammenahng bestehe. Wen der Mieter an dem Gebrauche teilnehmen läßt, dessen bedient er sich nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit (31). Eine Verpflichtung zu „pfleglicher Behandlung" der Mietsache besteht nicht.

2. *Stephan, Unterlassungsklage 124 ff. Die Erfüllung einer Unterlassungspflicht durch Gehilfen, nicht durch den Schuldner selbst, ist ausgeschlossen. Wenn sich der Schuldner jedoch verpflichtet, eine Unterlassungspflicht in einem Gewerbebetrieb, auf einem Grundstück oder in einem anderen genau umgrenzten Interessenkreise zu beobachten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß nicht nur er selbst zur Unterlassung verpflichtet sein, sondern daß die verpönte Handlung in dem Interessenkreise schlechthin unterbleiben soll. In einem solchen Falle verspricht jedoch der Schuldner nicht, wie Lehmann (Unterlassungspflicht 288 ff.) meint, eine fremde Unterlassung, sondern er übernimmt außer seiner eigenen Unterlassungspflicht noch die Verpflichtung, durch positive Tätigkeit darauf hinzuwirken, daß Rechtsverletzungen in dem Personenkreise, dem er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet hat, unterbleiben. Diese positive Verhütungspflicht ist nur die Kehrseite seiner eigenen Unterlassungspflicht und kann wegen dieses akzessorischen Charakters nur durch die Unterlassungsklage geltend gemacht werden. Gegen den Schuldner ist die Unterlassungsklage sowohl wegen schuldhafter wie wegen objektiv rechtswidriger, von ihm selbst verübter Zuwiderhandlungen gegeben, dagegen erzeugen Rechtsverletzungen Dritter, welche der Verhütungspflicht des Schuldners unterstehen, nur dann eine Unterlassungsklage gegen den Schuldner, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig verübt worden sind.

3. Josef, Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers aaO., führt unter Zugrundelegung der Vorschriften des Entwurfs des Gesetzes über den Versicherungsvertrag aus: a) Die dem Versicherungsnehmer gegenüber dem Versicherer obliegenden Anzeigen sind „Verbindlichkeiten" im Sinne des § 278; daher hat der Versicherungsnehmer, wenn er sich zur Bewirkung der Anzeige eines Dritten bedient, dessen Verschulden bei Ausführung der Anzeige wie eigenes zu vertreten. Das gilt auch dann, wenn nach dem Gesetz oder den Versicherungsbedingungen bei Verletzung der Anzeigepflicht der Versicherer leistungsfrei wird, die Erfüllung der Anzeigepflicht also Voraussetzung der Erhaltung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag ist. Denn eine solche Festsetzung beseitigt nicht die Anzeigeverbindlichkeit des Versicherungsnehmers, sondern dient gegenteils zur Sicherung und Verstärkung der weiter bestehenden Verbindlichkeit (269—274). b) Ist der Versicherungsnehmer außerstande, persönlich die zur Bewirkung der Anzeige erforderlichen Handlungen vorzunehmen, so hat er hiermit einen Dritten zu beauftragen, für dessen Verschulden er nach § 278 einsteht. Trifft den Beauftragten an der Unterlassung der Anzeige kein Verschulden, so kann dennoch eine verschuldete Verletzung der Anzeigepflicht für den Versicherungsnehmer vorliegen, weil er die Überwachung des Beauftragten unterlassen hat. Ein Verschulden des Beauftragten hat der Versicherungsnehmer auch dann zu vertreten, wenn er den Beauftragten nicht willkürlich, sondern notgedrungen zuzog und selbst wenn ihm dessen Überwachung unmöglich war (274 ff.). c) Die Verletzung der dem Versicherungsnehmer nach Gesetz oder Vertrag obliegenden Anzeigepflicht hat Rechtsnachteile für jenen nur zur Folge, wenn die Verletzung eine verschuldete ist. Zur Entschuldigung des Versicherungsnehmers wegen des Unterbleibens der Absendung oder der Beauftragung eines Dritten mit der Absendung kann auch schwere seelische Gedrücktheit — namentlich infolge Eintritts des Versicherungsfalls — dienen. Hat der Anzeigepflichtige einen Dritten mit der Anzeige beauftragt, obwohl er dies, ohne sich dem Vorwurf eines Verschuldens auszusetzen,

hätte unterlassen können, und ist die Anzeige durch Verschulden des Dritten unterblieben, so hat der Anzeigepflichtige dies Verschulden nicht zu vertreten (277 ff.). d) Hat der Versicherungsnehmer dem Versicherer objektiv unwahre Mitteilungen gemacht, weil er selbst von seinen Angestellten über die wahre Sachlage getäuscht war, so hat er dies Verschulden seiner Angestellten nicht auf Grund des § 278 zu vertreten, da die Angestellten hier bei Erfüllung der dem Versicherungsnehmer obliegenden Anzeigepflicht nicht handelnd aufgetreten sind (282—284). e) Prokuristen, Guts- und ähnlichen Verwaltern liegt die Anzeigepflicht deshalb ob, weil sie nach dem zwischen ihnen und dem Versicherungsnehmer bestehenden Vertragsverhältnisse vollständig an des letzteren Stelle betreffs der Anzeigepflicht treten. Sie sind also nicht bloße Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 (284 f.).

4. Josef, Haftung für Verkehrssicherheit aaO. Der Gastwirt haftet auch für Versehen derer, deren er sich zur Erfüllung seiner Verkehrssicherheitspflicht bedient, nach § 278 und zwar nicht erst von dem Augenblick an, wo der Gast eine Bestellung macht, sondern schon von da ab, wo er das Wirtschaftsgrundstück betritt mit der Absicht, dort einzukehren; der Gastwirt macht durch den Gasthausbetrieb jedem Einkehrenden stillschweigend den Antrag gefahrlosen Aufenthalts. Diese auf Vertrag gegründete Haftung endigt erst mit dem Verlassen des Wirtschaftsgrundstücks; sie ist nicht gegeben, wofern der Gastwirt Speisen oder Getränke nur schenkweise in Erfüllung geselliger Pflichten verabfolgt. In diesen Fällen, sowie überhaupt in allen Fällen, wo der in der Gastwirtschaft Verweilende nicht behufs Bestellung von Speisen oder Getränken, sondern zu anderen Zwecken verweilt, ist die Haftung des Wirtes für die Verkehrssicherheit nur eine außervertragliche.

5. Allgemeines. Anwendungsgebiet (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2). a) Grünebaum, DJZ. **08** 321 ff. (325). De lege ferenda muß der § 278, insbesondere unter Streichung des § 831, auf das Gebiet der außervertraglichen Schadenszufügung entsprechend ausgedehnt werden (s. auch Levison, DJZ. **08** 533). b) **RG.** R. **08** II Ziff. 948. Die Tragweite des § 278 beschränkt sich nicht auf die Vertragsleistung im engeren Sinne; zur Erfüllung der Verbindlichkeit im Sinne der Vorschrift gehört vielmehr alles, was aus dem Vertrage von dem Vertragsschuldner verlangt werden kann. c) WürttJ. **20** 1 ff., R. **08** II Ziff. 1150 (Stuttgart). Ein eingetragener Verein kann die Haftung für vorsätzliche Schädigung durch seine Organe nicht gemäß § 278 Satz 2 ausschließen. d) Annahmegehilfen des Gläubigers. LeipzZ. **08** 635 Ziff. 1 (LG. Leipzig). Der Rechtsgedanke des § 278 ist auf den Annahmegehilfen des Gläubigers entsprechend zu übertragen. Der Gläubiger hat daher nicht allein den Annahmeverzug des Annahmegehilfen ebenso zu vertreten wie eigenen Verzug, er hat auch, sobald die Leistung vom Annahmegehilfen angenommen ist, dem Schuldner gegenüber sich wie ein solcher behandeln zu lassen, der die Leistung in eigener Person angenommen hat.

6. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 9, **1** zu § 278). a) Käufer und Verkäufer (s. JDR. **5** Ziff. 4 h). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 3087. Der Lieferant des Verkäufers ist jedenfalls dann nicht dessen Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278, wenn er dem Verkäufer geliefert hatte und dann der Verkäufer die ihm gelieferte Ware an den Käufer weitergeliefert hat. β. Erfüllungshandlung des Verkäufers. LeipzZ. **08** 872 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 1757 (Hamburg). Erfüllungshandlung im Sinne des Paragraphen liegt vor, wenn der Rollkutscher des Verkäufers bei der Lieferung des Gutes in das Haus durch einen Stoß mit der Kiste das Kind des Käufers verletzt. b) Mieter und Vermieter (s. JDR. **6** Ziff. 2 a, **5** Ziff. 4 e, **4** Ziff. 1 d, **3** Ziff. 7 b). SchlHolst. Anz. **08** 222 (Kiel). Der Vermieter und Verpächter steht dem Mieter oder Pächter bezüglich der nicht verpachteten Grundstücke wie ein Dritter gegenüber und haftet daher für die auf letzteren getroffenen Maßnahmen nicht nach § 278, sondern nur

nach § 831. c) Haftung des Eisenbahnfiskus. α. Für seine Beamten. **RG.** EisenbE. **25** 32. Der Eisenbahnunternehmer ist aus dem Beförderungsvertrage verpflichtet, sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren, und haftet daher für ein in dieser Beziehung seinen Beamten zur Last fallendes Verschulden (Streupflicht). β. Für Postbeamte. **RG.** R. **08** II Ziff. 705. Der Eisenbahnfiskus haftet dem Ersteher einer Bahnsteigkarte nicht für den auf dem Bahnsteige durch einen Postbeamten zugefügten Schaden. **d)** Besatzung eines Schleppdampfers. HansGZ. **08** Hptbl. 211, R. **08** II Ziff. 2546 (Hamburg). Ist ein Schleppdampfer im ganzen nebst Besatzung vermietet und benutzt der Mieter den Dampfer zum Schleppen, so sind die auf dem Dampfer beschäftigten Leute nicht Erfüllungsgehilfen des Vermieters, sondern des Mieters. **e)** Haftung für Verschulden bei Beladung von Eisenbahnwagen. **RG. 66** 403 ff. (405), R. **08** II Ziff. 1343. Wer leicht feuerfangendes Frachtgut in einem ihm zu diesem Zwecke von der Bahnverwaltung gestellten Bahnwagen verlädt, ist auf Grund des in dem Abkommen über die Stellung des Bahnwagens liegenden Vertragsverhältnisses verpflichtet, die Verladung unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt so auszuführen, daß dabei eine Beschädigung des Eigentums der Bahn vermieden, also auch einer Entzündung des Frachtguts soweit möglich vorgebeugt werde. Er haftet daher gemäß § 278 für eine dem Spediteur oder seinen Leuten zur Last fallende Unvorsichtigkeit bei der Verladung. **f)** Haftung des Inhabers einer tierärztlichen Schule. **RG.** R. **08** II Ziff. 2139. Ist in einer staatlichen tierärztlichen Schule ein bei einer Operation zugezogener Unterbeamter durch Verschulden des Arztes verletzt, so haftet der Fiskus gemäß §§ 618, 278. g) Haftung des Karussellbesitzers. HansGZ. **08** Beibl. 22 (Hamburg). Kein Vertragsverhältnis zwischen dem Karussellbesitzer und dem Fahrgaste, der keinen Sitzplatz mehr findet und nur wider seinen Willen die inzwischen begonnene Fahrt mitmacht.

§ 279. 1. *Brecht, JheringsJ. **53** 235—241. Nach der herrschenden, zu unterstützenden (wenn auch gewaltsamen) Auslegung des § 279 (**RG. 57** 116, Planck, Titze, Oertmann, Kisch) bleibt bei näherer Betrachtung nur folgendes übrig: a) Wer einen Gattungsgegenstand zu leisten hat, kann sich nicht darauf berufen, daß ihm ohne seine Schuld die Gattung außer Händen gekommen ist; wenn die Gattung noch im Verkehre, d. h. für angemessenes Geld zu haben ist, muß er dies Geld aufwenden, um sie zu beschaffen; b) dafür, daß er das erforderliche Geld hat, haftet er unbedingt. Der Satz zu a ist in den Grundlagen des vereinfachten Systems (oben zu §§ 275 ff.) schon enthalten. Bleibt nur der zu b als originell, mit der negativen Bedeutung, daß der Schuldner durch Geldmangel nicht frei wird. Die Folgen der Zahlungsunfähigkeit sind eben besonders geregelt (➻ Zwangsvollstreckungsrecht; im Texte steht unmotiviert nur Konkursrecht ⟵).

2. OLG. **16** 359 (Kiel). Hat ein Mühlenbesitzer Weizenmehl 00 — eine marktgängige Ware — verkauft, so spricht die Vermutung für das Vorliegen einer allgemeinen Gattungsschuld, und es ist Sache des Verkäufers, darzutun, daß Gegenstand des Kaufes nur die in seiner Mühle hergestellte Ware ist.

§ 280. 1. Zweigert, R. **08** 416—417. Für den Fall, daß die Unmöglichkeit der Leistung auf einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande beruht, enthält das Gesetz keine Norm, daß die ursprüngliche Leistungspflicht erlischt und sich in eine Schadensersatzpflicht verwandelt. Vielmehr bleibt das ursprüngliche Schuldverhältnis unverändert bestehen, und es kann „auch bei vorliegender, jedoch noch nicht festgestellter Unmöglichkeit auf die Leistung selbst geklagt werden" (**RG. 54** 32). Die Erhebung der Leistungsklage bietet dem Gläubiger hinsichtlich der Be-

weislast und der späteren Schadensdarlegung wesentliche Vorteile gegenüber der sofortigen Schadensersatzklage.

2. *Brecht, JheringsJ. **53** 247. Teilweise Befriedigung hat erst dann für den Gläubiger „kein Interesse", wenn sie den ursprünglichen Zweck des Vertrags auch nicht zu einem Bruchteil erfüllt (verspäteter Wagen zum Zuge), oder wenn dem Gläubiger die Verwendung des Bruchteils, insbes. seine Berücksichtigung bei einem Deckungsgeschäfte, nicht möglich ist oder doch nicht zugemutet werden kann.

§ 282. 1. *Brecht, JheringsJ. **53** 249. Die in positiver Vertragsverletzung bestehende Nichterfüllung muß der Gläubiger beweisen (→ nur die äußere Tatsache der positiven Vertragsverletzung ist gemeint; der Schuldner kann sich dann unter eigener Beweispflicht exkulpieren ←).

2. **RG.** JW. **08** 237 Ziff. 9. Wenn es sich bei Schadensersatzansprüchen aus dem Vertrage nicht um Unmöglichkeit der Leistung oder schuldhafte Nichterfüllung, sondern um anderweite Schädigung, wie bei positiven Vertragsverletzungen, handelt, ist zwar der Schuldner nicht unter allen Umständen für die Beobachtung der schuldigen Sorgfalt beweispflichtig (vgl. **RG. 54** 100 f., **10** 167, **11** 134); doch liegt ihm dieser Beweis jedenfalls dann ob, wenn der Schaden nicht bloß anläßlich des Vertragsverhältnisses, sondern gerade durch die Erfüllungshandlung angestiftet ist (s. auch oben zu § 276 Ziff. 4 d γ).

3. **RG.** JW. **08** 478 Ziff. 8. Bei einer Verpflichtung zur Rückgewähr trifft auch im Falle der Verschlechterung des empfangenen Gegenstandes die Beweislast den zur Rückgewähr Verpflichteten (Ausschluß der Wandelung bei Verschlechterung der Kaufsache) (s. u. zu §§ 347, 351).

§ 283. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 266. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 283, der lediglich ein Surrogat des Judikatsanspruchs darstellt, kann sich der Beklagte nur auf solche Umstände berufen, die sich nach dem Erlasse des Urteils im Vorprozeß ereignet haben (vgl. § 767 ZPO.).

2. SeuffA. **63** 94, R. **08** II Ziff. 1151 (Posen) s. bereits JDR. **6** Ziff. 2. In gleichem Sinne SeuffA. **63** 95 (Posen).

3. **RG.** LeipzZ. **08** 699 Ziff. 27. Die Vorschrift des Paragraphen enthält kein zwingendes Recht und ist daher auf Schuldverhältnisse, für die nach Art. 170 EGBGB. die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, nicht anwendbar.

§ 284. 1. Dogmatisches (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1 ff., **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1 ff.). *Brecht, JheringsJ. **53** 232, 250. Während § 271 bestimmt, wann der Gläubiger die Leistung fordern und wann der Schuldner sie bewirken darf, stellt § 284 fest, wann der Schuldner leisten soll: wenn von vornherein ein fester Termin abgemacht ist, selbstverständlich an diesem; sonst erst, wenn der Gläubiger, nachdem er fordern darf, tatsächlich fordert = Mahnung. Insoweit gehört der Inhalt des § 284 zu den Vorschriften über die Leistungszeit; im übrigen ist er mit den §§ 285—287 kasuistisch, und im vereinfachten System entbehrlich. Originell ist erst wieder § 326 (s. dort).

2. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Änderung des gegen den Bürgen geltend zu machenden Schuldinhalts kann durch Verzug des Bürgen allein nicht eintreten, setzt vielmehr immer Verzug des Hauptschuldners voraus. Selbständiger Verzug des Bürgen ist zwar möglich, hat aber in allen Fällen die Anzeige des Gläubigers an den Bürgen, daß er ihn in Anspruch nehme, zur Voraussetzung und hat nur Wirkung auf die Kostenentscheidung aus § 93 ZPO. (367—376).

3. Fälligkeit. Mahnung (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 3, 6). a) Fälligkeit. α. **RG.** SeuffA. **63** 391, ElsLothJZ. **08** 446, LeipzZ. **08** 374 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 1515, 1346. In der Vereinbarung der Zahlung mit einem Dreimonatsakzept ist eine durch die Akzepterteilung bedingte Stundung des Kaufpreises auf 3 Monate enthalten. Verweigert der Käufer

sein Akzept, so fällt die Bedingung der Stundung fort. Ist der Käufer nach dem Tage, an dem er sein Akzept hätte geben müssen, zur Hingabe seines Akzepts aufgefordert, so ist er damit gemahnt und hat Verzugszinsen zu zahlen. β. Bedeutung der Vertragsabmachung „Lieferung bis zirka Ende eines bestimmten Monats (Juni)" für die Fälligkeit der Leistung s. zu § 326 Ziff. 3c. **b)** Mahnung. α. Gegen Dernburg, Matthiaß, Cosack, Endemann, Planck, Crome, Staudinger, Neumann usw. erklärt *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 53, die Mahnung sei kein Rechtsgeschäft. β. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 545. Die Mahnung eines Vertreters zwingt nicht zur Leistung an den Vertreter; der Schuldner wendet den Verzug auch durch Leistung an den Gläubiger ab (ebenso Lent, Anweisung als Vollmacht 55 f., Hellwig, Lehrb. II 459 Anm. 15; anders Oertmann, BuschsZ. **37** 302 und v. Thur in der Straßburger Festschrift für Laband 71, 75). γ. SächsOLG. **29** 75 (Dresden). Eine Zuvielforderung in der Mahnung schadet dann nichts, wenn anzunehmen ist, daß auch eine auf den richtigen Betrag abgestellte Mahnung keinen Erfolg gehabt hätte. δ. R. **08** II Ziff. 467 (Braunschweig). Ob Zahlungsaufforderung ohne Zusendung einer Rechnung wirksame Mahnung enthält, hängt von den Umständen des Falles ab. **c)** Bestimmung nach dem Kalender. α. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 100, LeipzZ. **08** 226 Ziff. 17, ElsLothJZ. **08** 316, HoldheimsMSchr. **08** 82, R. **08** II Ziff. 468. Ist in einem Kaufvertrag eine Lieferzeit von ca. 6 Wochen ausbedungen, so kann der Käufer nicht schon vor Ablauf der in Frage kommenden Zeit den Lieferungstag einseitig kalendermäßig bestimmen. Seine einseitige Erklärung kann auch nicht die Natur einer Mahnung annehmen, denn diese hat nach Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen. β. **RG. 68** 22. Die Bestimmung in einem Sukzessivlieferungsvertrage, daß die Zahlung am 20. des der Lieferung folgenden Monats zu erfolgen habe, ist keine Zeitbestimmung nach dem Kalender im Sinne des § 284 (vgl. **RG. 60** 84, JDR. **4** Ziff. 4 b). γ. BayRpflZ. **08** 131 (LG. München I). Keine Zeitbestimmung nach dem Kalender, wenn ein Honorar für Privatkurse „mit Semesterschluß" oder „nach dem Examen" fällig ist. δ. HansGZ. **08** Hptbl. 116, SeuffA. **63** 360, OLG. **16** 386, R. **08** II Ziff. 698 (Hamburg). Ist bei einem Lieferungsvertrag Abruf „per 1906" ausgemacht, so kommt der Verkäufer nicht ohne Mahnung in Verzug. **d)** Verzug beim gegenseitigen Vertrage. α. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 207, R. **08** II Ziff. 1518. Steht bei einem Zug um Zug zu erfüllenden gegenseitigen Vertrage fest, daß der eine Vertragsteil zurzeit zur Erfüllung nicht in der Lage ist, so genügt, um ihn in Verzug zu setzen, eine mit der Aufforderung zur Erfüllung verbundene wörtliche Erklärung des anderen Teiles, daß bei der Leistung die Gegenleistung erfolgen werde. β. MecklZ. **27** 11, R. **08** II Ziff. 3758 (Rostock). Der Schuldnerverzug des auf Zahlung des Kaufpreises verklagten Grundstückskäufers beginnt, wenn der Verkäufer die Auflassung erst während des Rechtsstreits anbietet, mit diesem Augenblicke. **e)** Kosten der Mahnung. LeipzZ. **08** 879 Ziff. 1 (LG. Braunschweig). Die Mahnung ist Sache des Gläubigers; also sind von ihm auch die Kosten derselben zu tragen.

4. Verhältnis der Vertretungspflicht aus § 276 zu den Vorschriften über den Verzug s. zu § 276 Ziff. 4 b.

5. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **6** Ziff. 5). **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 257, R. **08** II Ziff. 1507. Verlangt der Käufer beim Gattungskaufe qualitativ mehr, als er zu fordern berechtigt ist, so braucht der Verkäufer nicht die Ware trotzdem zu übersenden, um dem Käufer die Prüfung zu ermöglichen, ob die Ware nicht tatsächlich ihren Anforderungen entsprach. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3759. Hat der Käufer, der $1/_{3}$ des Kaufpreises beim Vertragsabschlusse zu zahlen hatte, diese Zahlung nicht geleistet, so wird der auf seiner Seite eingetretene Schuldnerverzug nicht dadurch beseitigt, daß nunmehr die Gegenseite zu Unrecht

die Lieferung auch davon abhängig macht, daß ihr vorher Sicherheit für den Restkaufpreis geleistet werde. **c)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 18. Einen mit dem Bestreiten des Kaufabschlusses verbundenen Abruf darf der Verkäufer als widersinnig unbeachtet lassen. **d)** BreslauAK. **08** 3 (AG. Gotha). Wird eine an einem Feiertage fällige verzinsliche Schuld am nächstfolgenden Werktage gezahlt, so sind für den Feiertag Zinsen nicht zu entrichten.

§ 285. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 1152. Verzögerung der Leistung infolge irriger Vertragsauffassung ist schuldhaft, wenn der Schuldner die abweichende Auffassung des Gläubigers erfährt und sich sagen muß, daß diese richtig sein könne (vgl. auch JDR. **6** Ziff. 2 a—c).

2. **RG.** LeipzZ. **08** 695 Ziff. 10. Nachdem der Käufer — unberechtigterweise — den Rücktritt erklärt und auch auf die ausdrückliche Bereiterklärung des Verkäufers zur kontraktlichen Lieferung sich passiv verhalten hatte, war der Verkäufer nicht mehr zur Lieferung verbunden und konnte daher nicht in Verzug kommen.

3. **RG.** EisenbE. **24** 370. Ob der Bauunternehmer die infolge von Streik der Bauhandwerker eingetretene Verzögerung der Leistung zu vertreten hat, ist nach den Umständen des gegebenen Falles zu entscheiden.

4. R. **08** II Ziff. 709 (Frankfurt). Die vertragsmäßige Befugnis des Hypothekengläubigers, im Falle nicht pünktlicher Zinszahlung die sofortige Abtragung der Hypothek zu verlangen, ist als Verzugsfolge anzusehen; die Kündigung ist daher wirkungslos, wenn nach § 285 Verzug nicht vorliegt.

§ 286. 1. Verhältnis der §§ 284 ff. zur Vertretungspflicht aus § 276. **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 701. Eine Schadensersatzpflicht wegen verspäteter Lieferung tritt in der Regel nicht ohne weiteres infolge der Nichtleistung bei Fälligkeit, sondern erst mit dem Verzuge ein. **b)** S. o. zu § 276 Ziff. 4 b.

2. Gülland, R. **08** 507 f. Der im Verzuge befindliche Schuldner hat dem Gläubiger, welcher bei den herrschenden schwierigen Geldverhältnissen, der Höhe der Forderung und der ungünstigen Vermögenslage des Schuldners zur Ermöglichung der Vollstreckung eines gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteils Sicherheit geleistet hat, die durch die Hinterlegung entgangenen Zinsen zu ersetzen (s. auch JDR. **6** Ziff. 3).

3. R. **08** II Ziff. 1759 (Hamburg). Ist der Verkäufer mit der Lieferung im Verzuge, so ist der Käufer berechtigt, sich einzudecken; er ist jedoch dabei verpflichtet, den Verkäufer nicht arglistig oder grobfahrlässig zu schädigen; abgesehen von dieser Einschränkung braucht er beim Deckungskaufe nur sein eigenes Interesse zu berücksichtigen.

4. OLG. **16** 395 (Hamburg). Der Käufer kann den Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung konkret auf Grund des Verwertungspreises liquidieren, den er bei rechtzeitigem Eintreffen der Ware erzielt haben würde; unerheblich ist, ob er infolge einer nach dem Eintreffen der Ware eingetretenen Preissteigerung den entgangenen Gewinn wieder einbringen konnte.

5. OLG. **17** 312 (Düsseldorf). Die Beauftragung eines Inkassobureaus mit wiederholter schriftlicher Mahnung des im Verzuge befindlichen Schuldners diente nach den Umständen des Falles nicht der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, und die hierdurch erwachsenen Auslagen sind daher nicht als Verzugsschaden anzusehen. Sollte der Mahnung besonderer Nachdruck verliehen werden, so war die Beauftragung eines Rechtsanwalts der gegebene Weg.

§ 288. **RG.** JW. **08** 656 Ziff. 4, LeipzZ. **08** 854 Ziff. 10, R. **08** II Ziff. 3228. Die Bestimmungen des BGB. über die Höhe der Verzugszinsen finden allerdings auch auf ältere, unter der Herrschaft des früheren Rechtes entstandene Ansprüche Anwendung. Allein für Urteilszinsen gilt dieser Satz nicht. Das Urteil bildet einen selbständigen Rechtsgrund im Sinne des Abs. 1 Satz 2.

§ 293. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 29. Bei einem Werkvertrage betreffend die Lieferung von Maschinenteilen, die vereinbarungsgemäß nach Fertigstellung in all ihren Teilen einer Druckprobe unterzogen werden sollen, genügt es, um einen Annahmeverzug des Bestellers herbeizuführen, nicht, daß er davon benachrichtigt wird, daß die Maschinenteile fertiggestellt und daß eine Garnitur zur Vornahme der Druckprobe zusammengebaut sei.

2. OLG. **16** 399 (Kiel). Beim Spezieskauf ist der Annahmeverzug des Käufers nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kaufsache die zugesicherten Eigenschaften fehlen.

3. R. **08** II Ziff. 267 (Stuttgart). Bietet der in erster Instanz verurteilte Käufer Abnahme des Pferdes und Zahlung des Kaufpreises an, jedoch unter Vorbehalt der Berufung, so gerät bei Ablehnung dieser bedingten Erfüllung der Verkäufer nicht in Annahmeverzug und der Käufer entledigt sich nicht seiner Pflicht zur Zahlung der Futterkosten und Verzugszinsen.

§ 304. WürttJ. **20** 131, R. **08** II Ziff. 2461 (Stuttgart). Der Annahmeverzug wird durch das nachträgliche Erbieten des Gläubigers zur Annahme beendigt. Eines gleichzeitigen Erbietens zum Ersatze der nach § 304 gemachten Mehraufwendungen bedarf es nicht, insbesondere dann nicht, wenn solche Aufwendungen vermutlich nicht gemacht sind.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung: Aus Anlaß der Entscheidung **RG. 65** 17 ff. (JDR. **6** zu § 823 Ziff. 5 aa [313]) ist in der Literatur mehrfach das Wesen der sog. Gefälligkeitsverträge erörtert (v. Blume, Krückmann, Kuhlenbeck) und dabei angeregt worden, diesen Verträgen eine Stellung im System einzuräumen (s. zu § 305). Zu § 306 sind mehrere Erkenntnisse des RG. zu beachten, so die Entscheidung in **RG. 68** 292 ff., welche das Verhältnis der Vorschrift des § 306 zu derjenigen des § 437 Abs. 1 behandelt. Zu § 313 wiederholen sich in der Judikatur zahlreiche schon früher aufgetretene Fragen. Unter Abweichung von seiner in **RG. 60** 225 ff. wiedergegebenen Auffassung und in Übereinstimmung mit der Ansicht des 3. ZS. (**RG. 59** 132) unterstellt nunmehr auch der 5. ZS. des RG. das persönliche Vorkaufsrecht der Form des § 313 (**RG. 67** 42 ff.). Der gleiche Senat ist der in **RG. 65** 227 ff. (JDR. **6** zu § 313 Ziff. 1 i) über das Anwachsungsrecht bei der offenen Handelsgesellschaft vertretenen Auffassung beigetreten (**RG. 68** 410 ff.). Die Vereinbarung, Dritten gehörige Grundstücke zu zertrümmern, bedarf nach **RG. 68** 260 ff. keiner Form. Eine Abhandlung von Zeiler behandelt unter Mitteilung umfangreichen Materials aus der Judikatur die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften, namentlich im Hinblick auf die Vorschrift des § 313.

§ 305. 1. Gefälligkeitsverträge. a) v. Blume, Das RG. und die Gefälligkeitsverträge, R. **08** 649—654, erblickt im Gegensatze zu der Ansicht des RG. (**RG. 65** 17 ff., JDR. **6** zu § 823 Ziff. 5 aa [313]) in der bloßen Gestattung des Mitfahrens den Abschluß eines Vertrags, durch den man eine Leistung auf sich nimmt, ohne sich zu verpflichten. Dieser reine Gefälligkeitsvertrag hat zugunsten des Empfängers der Gefälligkeit nur die Bestimmung, dessen Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt. — Verf. wünscht den Gefälligkeitsverträgen eine eigene Stellung im System angewiesen zu wissen. b) Ähnlich gegen die zu a angeführte Entscheidung des RG. Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung, JheringsJ. **54** 108—112 (vgl. auch zu § 254 Ziff. 1 c). c) Kuhlenbeck, Die Rechtsprechung des RG., LXV,

Der Auftrag, JW. **08** 701 f., billigt die in **RG. 65** 17 ff. (oben zu a, b) vertretene Auffassung. Bei allen reinen Gefälligkeitsverträgen, wie beim Auftrag und z. B. auch bei der Leihe, ist es oft nicht leicht, die eigentlichen Verträge, d. h. den rechtlichen Verpflichtungswillen, von rein tatsächlichen Gefälligkeits- oder blos gesellschaftlichen Leistungen zu unterscheiden. An sich kann das Geschäft oder die Dienstleistung, die den Gegenstand des Auftrags bildet, rein tatsächlicher Art sein. Allein es würde zu weit führen, überall, wenn jemand einen anderen um eine tatsächliche unentgeltliche Leistung ersucht, einen Auftrag im Sinne des BGB. und dessen Rechtsfolgen zu konstruieren, so wenn ich bei Tisch jemanden bitte, mir die Schüssel zu reichen u. dgl. m. Von diesen Gesichtspunkten aus ist die erwähnte Entsch. des RG. zu billigen.

2. Bestimmbarkeit (vgl. JDR. **6** Ziff. 2). **a) RG.** LeipzZ. **08** 775 Ziff. 12, R. **08** II Ziff. 2918. Eine Verkaufszusage, durch welche der Verkäufer sich verpflichtet, Zigarren zu gehabten Qualitäten und Preisen bis zum Betrage von 400 000 M. und mehr auf sukzessiven Abruf zu liefern, ist hinreichend bestimmt, da die Dauer des Vertrags und die Abruftermine nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmbar sind. **b) RG.** JW. **08** 545 Ziff. 2, BayRpflZ. **08** 418. Die Annahme, ein Kartellvertrag mit Strafabrede sei nichtig, weil er nicht bestimme, wem die Vertragsstrafen zufließen, beruht auf Rechtsirrtum, sofern nicht geprüft ist, ob auch bei freier Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung des Wesens der Sache und der von den Kontrahenten verfolgten Zwecke eine Bestimmung nicht zu gewinnen ist (§§ 133, 157). **c)** OLG. **17** 372 (Colmar). Ein Vorvertrag zu einem Konsensualvertrage muß genügend bestimmt sein; die Einzelheiten des abzuschließenden Vertrags müssen daher aus dem Vorvertrage in solcher Weise ersichtlich sein, daß sie im Streitfalle richterlich in Anwendung des § 315 festgestellt werden können (Holzlieferungsverträge). **d)** SächsRpflA. **08** 223 (LG. Chemnitz). Die Vereinbarung, das Guthaben des Gläubigers solle durch Lieferung von Waren getilgt werden, ist zum mindesten unter mit Waren handelnden Kaufleuten hinreichend bestimmt. Sie hat die Bedeutung, daß der Gläubiger verpflichtet sein soll, vom Schuldner Waren, wie dieser sie in seimen Geschäfte führt, zu den kundenüblichen Preisen zu entnehmen.

3. **RG.** JW. **08** 711 Ziff. 5. Ein gegenseitiger Vertrag, welcher mit der Bestimmung geschlossen wird, daß der Vertragschließende an ihn nur gebunden sei, wenn er wolle, ist für den anderen Vertragschließenden bindend. Der § 79 des Entwurfs, welcher diesen Satz ausdrücklich aussprach, ist lediglich aus gesetzestechnischen Gründen gestrichen worden.

4. BayRpflZ. **08** 149 (München). Die Vornahme einer Operation in einer staatlichen Klinik ohne Entgelt beruht ebensowenig auf Vertrag wie die sonstige Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen und Dienstleistungen.

Zu §§ 306 ff. *Brecht, System der Vertragshaftung, IheringsJ. **53** 227, 272 ff. (S. a. o. zu §§ 275 ff.) Der Schuldner haftet für die Nichtbefriedigung des Gläubigers nicht nur dann, wenn er sich nach Vertragsschluß ungenügend anstrengt, sondern (2. Haftungsgrundsatz) auch dann: wenn die Nichtbefriedigung auf solche beim Vertragsschluß außer acht gelassenen Umstände zurückzuführen ist, auf deren Abwesenheit der Gläubiger sich nach der Verkehrsanschauung bei Schweigen des Schuldners verlassen darf. Aus diesem Gedanken ergibt sich die bekannte Teilung, denn: a) unbedingt darf sich der Gläubiger ohne eigene Nachprüfung darauf verlassen, daß der Schuldner die (näheres 227, 285) nach der Art seines Versprechens anzunehmenden persönlichen Beziehungen zum Vertragsgegenstande hat (283—92; Grund: der Gläubiger kann das Gegenteil fast nie genau wissen, während der Schuldner es fast immer wissen muß; für den ganz seltenen Ausnahmefall, daß auch er es einmal nicht wissen kann

(Beispiel 289 f.), schützt ihn die Möglichkeit, wegen Irrtums anzufechten, genügend; s. zu § 119); b) auf die Abwesenheit objektiver Hindernisse darf sich der Gläubiger dagegen nur soweit verlassen, als sie dem Schuldner bekannt sein mußten (Grund: objektive Hindernisse kann bald nur der Gläubiger, bald nur der Schuldner, bald keiner von beiden kennen, also muß jeder nachprüfen). — Nach dem inneren Grunde der Haftung spricht Verf. von subjektivem und objektivem Mangel in der Reallegitimation des Schuldners und weist auf die Parallele im § 179 BGB. hin (289², 295 f).

§ 306. 1. *Brecht aaO. Daraus, daß der Schuldner für die Folgen eines subjektiven Mangels in seiner Reallegitimation dem Gläubiger haftet, folgt nach der juristischen Kausalitätslehre auch eo ipso die Haftung für ein Deckungsgeschäft, zu dem der Gläubiger aus begründeter Furcht vor dem Ausbleiben der Leistung gezwungen wird (257², 296, 3; s. zu §§ 249 f., 326). Bei objektivem Mangel fehlt die Erfüllungshaftung des Schuldners (§ 307). Hier ist also, um die Parteien nicht unnötig in ihren Unternehmungen zu beschränken, insbes. um dem Gläubiger zu ermöglichen, sich rechtzeitig Ersatz zu verschaffen, eine besondere Vorschrift erforderlich. Darin liegt die ratio des § 306, der also nicht (wie z. B. Krückmann, AZivPr. **101** 125 u. 282 meint) überflüssig ist (272 ff., 294³). Ergebnis für die Auslegung: ein Vertrag ist nur dann unverbindlich, wenn er auf eine zur Erfüllungszeit unmögliche Leistung gerichtet ist; die „Richtung" des Vertrags ist vom Richter auf Grund nachträglicher objektiver Prognose abzuschätzen. Der Vertrag ist stets verbindlich, wenn die Parteien die Unwahrscheinlichkeit der Erfüllbarkeit (z. B. durch Bedingung — § 308 — oder Garantieübernahme) berücksichtigt haben (275 f., 297 § k II). — Kasuistik 277 ff. Unverbindlich ist u. a. ein Vertrag, nach dem in 4 Wochen ein schon jetzt todkrankes Pferd geliefert werden soll (➛ gemeint ist eine kurzfristige Krankheit, etwa Vergiftung ⟵). § 275 steht dem nicht entgegen. Denn unter „Umstand, infolgedessen die Leistung unmöglich wird", ist derjenige zu verstehen, auf den die Verschuldensfrage unmittelbar zu beziehen ist; also nicht der Tod, sondern die Gifteinführung. Wird näher begründet (278 f.).

2. Ursprüngliches Unvermögen. **RG.** JW. **08** 712 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 3554. Mit der Verpflichtung zur Leistung übernimmt der Schuldner zugleich auch die Haftung für seine Leistungsfähigkeit. Das zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses vorhandene, dauernde Unvermögen des Schuldners zur Leistung berechtigt daher den Gläubiger, Schadensersatz zu fordern, und zwar ohne daß er gehalten ist, zuvor den Anspruch auf die Leistung selbst geltend zu machen.

3. Verhältnis des § 306 zu § 437 Abs. 1. a) **RG. 68** 292 ff., JW. **08** 448 Ziff. 12, LeipzZ. **08** 446 Ziff. 14, R. **08** II Ziff. 2462. Der Verkauf eines Gebrauchsmusters, dessen Entstehung in Ermangelung der Voraussetzungen des § 1 GebrMustG. objektiv unmöglich ist, ist gemäß § 306 nichtig. Da dieser Paragraph die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von Anfang an unmögliche Leistung trifft, so begreift er an sich auch den Verkauf eines Gebrauchsmusters, dem bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrags die Schutzfähigkeit mangelt. Zwar haftet der Verkäufer eines Rechtes gemäß § 437 Abs. 1 für den Bestand des Rechtes, und es unterliegt nach der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift keinem Zweifel, daß sie aufgenommen worden ist, um der sonst naheliegenden analogen Anwendung der Grundsätze über den Verkauf einer nicht existierenden Sache entgegenzutreten. Gleichwohl ist es unzulässig, den § 437 Abs. 1, dem die Auffassung eines Garantieversprechens zugrunde liegt, auf den Fall des Verkaufs eines Rechtes zu erstrecken, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist. Für einen solchen Fall verbleibt es bei der Regel des § 306. b) OLG. **16** 393 SchlHolstAnz. **08** 50, (Kiel). Hat der Inhaber eines inländischen Patents das Recht zur ausschließlichen Verwertung des Patents im Auslande verkauft und war der Erwerb dieses Patents im Ausland objektiv un-

möglich, so ist, falls der Veräußerer die Unmöglichkeit kannte, ein stillschweigendes Garantieversprechen für den Bestand des Rechtes anzunehmen, andernfalls ist der Vertrag nach § 306 nichtig. **c)** SächsRpflA. **2** 560, OLG. **16** 392, R. **08** II Ziff. 268 (Dresden). § 306 ist im Falle des Verkaufs einer nicht bestehenden Berechtigung durch § 437 regelmäßig ausgeschlossen.

4. Aus der Rechtsprechung (s. auch JDR. **6** Ziff. 2, **5**, **4**, **3**, **2**, **1** zu § 306). **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3235. Der Vertrag über ein Patent, das hinterher vernichtet wird, ist nicht als auf eine unmögliche Leistung gerichtet anzusehen. **b)** Sächs. RpflA. **08** 60, R. **08** II Ziff. 949 (Dresden). Ein den Alleinverkauf einer Ware bezielender Vertrag ist als auf eine unmögliche Leistung gerichtet nichtig, wenn die Ware in dem betreffenden Bezirke schon anderweit vertrieben wird. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 706. Die Vorschrift des Paragraphen findet auf schließlich durch Geldleistung zu erfüllende Garantieverträge keine Anwendung. **d)** OLG. **16** 399 (Celle). Ein Lizenzvertrag, dessen Gegenstand eine praktisch nicht ausführbare und nicht ausnutzbare Erfindung ist, ist nichtig (BolzePr. **7** Ziff. 598). Diese Voraussetzung liegt jedoch nicht vor, wenn die patentierten Maschinen herstellbar sind, aber infolge von Mängeln, die ihrer Arbeitsleistung anhaften, eine vorteilhafte Verwertung des Patents ausgeschlossen ist.

§ 307. *Brecht (s. o. zu §§ 275 ff., 306 ff., 306 Ziff. 1). Die Gegenfrage zu § 275 (wie ist es, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, der schon zur Zeit des Vertragschlusses vorlag?) wird im Gesetze nirgends beantwortet. § 307 gibt die Antwort (erstens nur für objektive Hindernisse, und zweitens) nur für solche Hindernisse, die schwerwiegend genug sind, um die Unverbindlichkeit des Vertrags zu rechtfertigen. Dürfen sich die Parteien alle anderen Umstände verschweigen ohne Haftung? Nein. § 307 ist vielmehr analog auszudehnen; seine ratio (s. oben zu §§ 306 ff.) geht über den Rahmen des § 306 weit hinaus. Die Verbindung im Systeme der Unmöglichkeitslehre hat zu viel Verwirrung geführt. Wird erörtert (280 ff.). — Bei bloß subjektivem Mangel der Reallegitimation haftet der Schuldner, wenn die Leistung infolgedessen scheitert, auf das volle Erfüllungsinteresse (bei Irrtum nach Anfechtung nur für negative Vertragsinteresse, also sachlich ganz wie § 179). Grund: der Gläubiger muß, soweit nicht objektive Hindernisse vorliegen, mit dem Werte der Leistung als künftigen Vermögensbestandteil rechnen können (286 ff.). Da er dies nach der Verkehrsanschauung bei höchstpersönlichem Leistungsversprechen nicht darf, ist hier Haftung nur für das negative Vertragsinteresse gerechtfertigt (297 f.). Resultat 295 § i, 296 § k.

§ 308. Abs. 2. De lege ferenda: *Brecht 300.

§ 309. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 19 Anm. 2. (S. o. zu § 135.) Versteht § 309 unter Verbot ein wahres Verbot, wie es § 817 und § 819 tun, oder auch gewisse Fälle von Sanktionsentziehungen? Letzteres ist richtig. Daher findet § 309 zwar nicht Anwendung bei Mangel der Geschäftsfähigkeit, des Willens und der Form, wohl aber bei Obligationen, die wegen ihres Inhalts dem Gesetze mißfallen, z. B. solchen der §§ 311, 312.

§ 310. **RG.** **67** 168 s. bereits JDR. **6** zu § 310.

§ 311. 1. R. **08** II Ziff. 1760 (KG.). Gutsüberlassungsverträge unterstehen der Vorschrift nur, wenn der Veräußerer sein Vermögen als Gesamtheit übertragen, nicht aber, wenn er ohne Rücksicht auf sein etwaiges sonstiges Vermögen nur die Grundstücke und deren Zubehör übereignen will.

2. OLG. **17** 376 (Marienwerder). Keine Heilung des Mangels der Form des § 311 durch Vollziehung der übernommenen Verpflichtung.

§ 312. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 680, SeuffA. **63** 367, SeuffBl. **08** 283. Der Nacherbe kann nach dem Erbfall und vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge über

10*

seinen künftigen Anteil am Nachlaß in der durch § 2033 Abs. 1 vorgeschriebenen Form verfügen (vgl. JDR. **6** Ziff. 2).

2. BreslauAK. **08** 16 (Breslau). Der Anspruch auf den künftigen Erbteil oder auf einen einzelnen Nachlaßgegenstand ist nicht übertragbar und folgeweise nicht pfändbar.

3. Zu Abs. 2. Neubecker, DJZ. **08** 71. Erforderlich ist, daß die künftigen gesetzlichen Erben wirklich erben und ihren „gesetzlichen Erbteil" erhalten, sonst wird der Vertrag unwirksam. — Antizipierte Erbauseinandersetzungsverträge unter künftigen gesetzlichen Erben bezüglich ihres Erbteils können nicht zugunsten Dritter geschlossen werden.

§ 313. Literatur: Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, JheringsJ. **54** 1—80 (54—55). — Reichel, Die Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB.), ACivPr. **104** 1—150. — Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung, JheringsJ. **54** 197—302 (299). — Zeiler, Die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften, GruchotsBeitr. **52** 224—268.

I. 1. Zeiler aaO. untersucht im Anschluß an die Schrift von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, und an zahlreiche Entscheidungen des BayObLG. und des RG. zunächst die Wirkung einer falschen Bezeichnung des Kaufgrundstücks in dem notariell oder gerichtlich beurkundeten Vertrag. Er kommt zu dem Ergebnisse (245), daß auch bei der Auslegung der formbedürftigen Rechtsgeschäfte dem Richter keine Schranke gezogen ist, daß er auch bei solchen Rechtsgeschäften unter Berücksichtigung aller Umstände, mögen sie sich aus der Urkunde ergeben oder außerhalb ihrer liegen, mag die Urkunde Anhaltspunkte für einen anderen als den Wortsinn bieten oder nicht, den Inhalt der Rechtsgeschäfte festzustellen hat. Selbst dann, wenn die Auslegung einen direkten Widerspruch zwischen dem wahren Willen der Beteiligten und dem Inhalte der Urkunde ergibt, ist der Auslegung keine Schranke gezogen; auch dann gilt der ermittelte wahre Wille, nicht das Geschriebene, und es ist nicht das Rechtsgeschäft wegen Formmangels nichtig. Nun geht Zeiler zur Frage einer falschen Bezeichnung des Kaufpreises über (245—249), die zu demselben Ergebnisse führt (245). Hervorgehoben wird der Unterschied, ob die Beteiligten das, was sie meinten (vielleicht nur infolge einer witzlosen Gepflogenheit oder bloßen Laune), nur mit anderen Worten ausgedrückt haben — z. B. zwei Mathematiker bedienen sich im wechselseitigen Verkehre des Duodezimalsystems — (248) oder ob die Beteiligten nur für eine spezielle Erklärung vereinbaren, daß die Erklärung einen anderen Sinn haben solle. Im ersteren Falle haben die Beteiligten mit den gewählten Worten das Vereinbarte erklären wollen, im letzteren Falle haben sie etwas anderes, als sie vereinbart hatten, also etwas Unrichtiges erklären wollen (249). Für den Fall des § 313 zieht Verf. das Ergebnis (250): Ist die wahre Bedeutung des in der Form des § 313 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts durch Auslegung ermittelt, so liegt ein gültiger Vertrag nach § 313 vor, auch wenn das Gewollte zum Teil seinen Ausdruck in der Urkunde nicht richtig gefunden hat. In einem solchen Falle kommt § 313 Satz 2 überhaupt nicht in Frage, weil ein Mangel der Form hier gar nicht besteht. Nun erörtert Verf .die Frage, wie Zusicherungen und andere Nebenabreden, d. h. mündliche Vereinbarungen, die von den Beteiligten als Bestandteile des Vertrags angesehen, aber nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden sind (257), zu behandeln sind. Die Untersuchung gelangt zu dem Ergebnisse (261), daß eine unschädliche falsche Bezeichnung des Gesamtvertragsinhalts (nach irgendeiner Richtung) dann vorliegt, wenn bei einem als einheitlich gedachten Rechtsgeschäfte die Beteiligten mit der Erklärung ihren wahren Willen erklärt und sich nur in dem Ausdrucke vergriffen oder sich ungenau oder unvollständig ausgedrückt haben. Haben dagegen die Beteiligten mit den ge-

brauchten Worten etwas anderes als ihre Vereinbarung ausdrücken wollen oder nicht den gesamten Inhalt ihres einheitlichen rechtsgeschäftichen Willens, so haben sie anderes erklärt als gewollt, und dann ist für die Erklärung ihres rechtsgeschäftlichen Willens die vorgeschriebene Form nicht eingehalten, die Erklärung also nichtig. Schließlich erörtert Verf. die Frage (265—268), in welcher Weise die Partei, die sich durch die dem wahren Vertragswillen nicht entsprechende Wortfassung einer Vertragsurkunde beeinträchtigt fühlt, Abhilfe zu suchen habe.

2. Danz, JheringsJ. **54** 54—55 (s. oben zu §§ 241 ff. Ziff. 1 a), legt der Auslegung des § 313 lediglich seinen Zweck, den Grundstücksbesitzer vor dem übereilten Weggeben seines Grundstücks zu bewahren, zugrunde. Deshalb muß diese Bestimmung auch auf das pactum de emendo Anwendung finden, wogegen ein vom Käufer erteilter Auftrag zum Ankauf eines Grundstücks nicht der Form bedarf. Aus dem Zwecke der Vorschrift ist auch darauf zu schließen, was der Inhalt eines solchen Veräußerungsvertrags erfordert. Die Angabe des Kaufpreises oder gar die richtige Angabe desselben ist nicht erforderlich.

3. *Walsmann, JheringsJ. **54** 299. Haben die Parteien einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Vorvertrag geschlossen, durch den sich eine Partei verpflichtet, der anderen auf deren Verlangen ein Grundstück ganz oder teilweise käuflich zu überlassen, so bedarf der Hauptvertrag nicht mehr der im § 313 vorgeschriebenen Form. Das ergibt sich u. a. schon daraus, daß der Berechtigte ohne formell geschlossenen Hauptvertrag auf Abschluß desselben und gleichzeitig auf seine Erfüllung klagen kann.

4. Über die condictio indebiti bei Formnichtigkeit des Vertrags vgl. *Reichel, AcivPr. **104** 16 ff. Die Auflassung kann nie kondiziert werden. Eine vor der Auflassung bewirkte Leistung kann nicht mehr kondiziert werden, sobald Auflassung und Eintragung erfolgt ist.

II. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht. a) Vollständigkeit der Urkunde (s. insbes. JDR. **6** zu I Ziff. 1 a k, **5** zu II Ziff. 2, **4** zu II Ziff. 2, **3** zu I Ziff. 4). α. **RG.** JW. **08** 331 Ziff. 15, PosMSchr. **08** 95, R. **08** II Ziff. 2140. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. ist die Formvorschrift des § 313 nicht auf den einzelnen, auf die Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteil des Vertrags zu beschränken, sondern auf alle Vereinbarungen zu erstrecken, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. β. **RG.** LeipzZ. **08** 234 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 30. Der Beurkundung bedürfen bei einem Grundstückskauf auch die als Teil des Vertragsabschlusses gedachten Abreden über die Tilgung der Kaufpreisforderung (vgl. JDR. **6** zu I Ziff. 1 a α). γ. **RG.** R. **08** II Ziff. 2142. Beim Grundstückstausch erstreckt sich der Beurkundungszwang auch auf die bare Tauschaufgabe, selbst wenn sie verhältnismäßig geringfügig ist; zu niedrige Angabe in der Urkunde bewirkt Nichtigkeit des ganzen Tausches. **b)** Parteiwille und Urkundsinhalt (s. insbes. JDR. **6** zu I Ziff. 1 b, **3** zu I Ziff. 4). α. **RG.** LeipzZ. **08** 933 Ziff. 18, R. **08** II Ziff. 3559. Eine Liegenschaft war notariell für 700 000 M. verkauft. Der Kaufpreis wurde gemäß mündlicher, bei Abschluß des Kaufvertrags aufrechterhaltener Vereinbarung in Höhe von 250 000 M. durch Hingabe von Interimsscheinen getilgt. Im notariellen Vertrage war aber beurkundet, der Kaufpreis sei bezahlt. Der Parteiwille war nicht der, daß der Betrag dieser Interimsscheine gegen den Kaufpreis verrechnet werden sollte, sondern Übernahme von Hypotheken und die Hingabe der Interimsscheine bildeten die einheitliche Gegenleistung der Käufer. Der Kaufpreis war auf 700 000 M. festgesetzt, um die Interimsscheine, mit denen die Verkäuferin spekulieren wollte, möglichst wertvoll erscheinen zu lassen. Der Kaufvertrag ist nichtig, weil ein wesentlicher Vertragsbestandteil, nämlich die Art der Gegenleistung der Käufer unrichtig, die wirkliche Vereinbarung über die Art der Gegenleistung aber nicht beurkundet worden ist. β. **RG.** LeipzZ. **08** 234

Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 30. Ist in einem notariellen Grundstückskaufvertrage der Kaufpreis zur Umgehung der Besteuerung anders niedergeschrieben, als die Vereinbarung lautete, so ist der Vertrag wegen mangelnder Form gemäß §§ 125, 139 nichtig. γ. **RG.** BayRpflZ. **08** 462, R. **08** II Ziff. 3763. Wenn bei einem Grundstückstausch Einigkeit darüber besteht, daß der Wert der ausgetauschten Grundstücke sich ausgleicht, so verletzt eine unrichtige Angabe über den Wert in der Vertragsurkunde die Formvorschrift des § 313 nicht. δ. **RG.** BayRpflZ. **08** 337. Zwar kann eine Zuwendung, die gemacht wird, um den Empfänger für erst bevorstehende Kaufverhandlungen geneigt zu stimmen, nicht ohne weiteres als Teil des künftigen Kaufpreises angesehen werden. Hatte aber der Käufer, nachdem er sich überzeugen mußte, daß das Grundstück nicht unter 36 600 M. zu haben war, den Gegner mit einer Barzahlung von 600 M. abgefunden und ist dann ein (notarieller) Kaufvertrag unter Angabe eines Preises von 36 000 M. geschlossen, so ist die Barzahlung auch dann Teil des Kaufpreises, wenn die Parteien erklärt haben, daß sie nicht als Kaufpreis gerechnet werden solle. **c)** Ergänzung, Abänderung des Vertrags (s. insbes. JDR. **6** zu I Ziff. 1 d, **5** zu I Ziff. 1 l m, **3** Ziff. 6 a, **2** zu I Ziff. 2 c, Ziff. 9). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 1511. Dem Formzwang unterliegt ein etwaiger Nachtragsvertrag auch dann, wenn er nur Bestimmungen von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung enthält. β. OLG. **16** 361 Nr. 1 (Kiel). Die nachträgliche Abmachung, die lediglich den Fälligkeitstermin des Kaufpreises verschiebt, ohne die Gestaltung des beurkundeten Vertrags sonst zu ändern, bedarf keiner Form. γ. **RG.** LeipzZ. **08** 934 Ziff. 19, R. **08** II Ziff. 3762. Abänderungen des formgerechten Vertrags bedürfen der Form. δ. **RG.** LeipzZ. **08** 854 Ziff. 11. Nachträgliche Änderungen eines formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrags bedürfen derselben Form wie der Vertrag selbst, wenn sie wesentliche Bestandteile des Vertrags unmittelbar betreffen. Dies ist der Fall, wenn an Stelle der Vorleistungspflicht des Verkäufers diejenige der Käuferin gesetzt werden soll (vgl. **RG. 51** 181 [JDR. **1** zu I Ziff. 19]). **d)** Aufhebung des Vertrags (s. JDR. **6** zu I Ziff. 1 g, **5** zu I Ziff. 1 l n, **4** zu II Ziff. 1 i k, **1** zu I Ziff. 20). **RG.** JW. **08** 479 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 2910. Nachträglicher Verzicht auf den Rücktritt von einem Grundstücksvertrage bedarf der Form (s. auch JDR. **6** zu I Ziff. 1 g α). **e)** Vollmacht, Auftrag zur Grundstücksveräußerung (s. insbes. JDR. **5** zu II Ziff. 1 d, **2** zu I Ziff. 3, 9, **1** zu I Ziff. 3, 10). **RG.** JW. **08** 331 Ziff. 15, PosMSchr. **08** 95, R. **08** II Ziff. 2141. Ein Vertrag, der nur die widerrufliche Erteilung einer Vollmacht zur Grundstücksveräußerung oder den Auftrag zur Beschaffung eines Käufers zum Gegenstande hat, bedarf nicht der Form des § 313 (**RG. 54** 79, **62** 336, JDR. **5** zu II Ziff. 1 d). Hat dagegen der Vollmachtgeber eine Verpflichtung zur Grundstücksübertragung übernommen, sei es, daß der Vertrag als wirklicher Kaufvertrag aufzufassen und dem Käufer die Vollmacht nur zu dem Zwecke erteilt ist, ihm die beabsichtigte Weiterveräußerung möglichst zu erleichtern, sei es, daß nur eine Vollmacht zur Veräußerung des Grundstücks aber unwiderruflich erteilt ist, so unterliegt der Vertrag der Formvorschrift (**RG. 50** 165 ff., 169, JDR. **1** zu I Ziff. 3). **f)** Auftrag zum Grundstückserwerbe (s. JDR. **4** zu II Ziff. 1 g h, **3** zu I Ziff. 5 e, **2** zu I Ziff. 8). **RG.** SeuffBl. **08** 501, GruchotsBeitr. **52** 660. Die Erteilung und Annahme eines Auftrags zur Geschäftsbesorgung unterliegt der Form des § 313 auch dann nicht, wenn die Geschäftsbesorgung für einen anderen auf Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist und der Beauftragte das Grundeigentum zunächst auf seinen Namen erwerben und demnächst auf den Auftraggeber übertragen soll. **g)** Vorkaufsrecht (s. insbes. JDR. **6** zu I Ziff. 1 h, **5** zu II Ziff. 1 a, **4** zu II Ziff. 1 a b, **3** zu I Ziff. 5 h, **2** zu I Ziff. 2 a, **1** Ziff. 11, 12). α. **RG.** V. 9. 11. 07, **67** 42 ff., JW. **08** 68 Ziff. 2, RheinNotZ. **08** 114, ElsLothNotZ. **08** 193, DJZ. **08** 249, R. **08** II Ziff. 470. In Abweichung von seiner Entscheidung vom

4. 3. 05 (**RG. 60** 225 ff., JDR. **4** Ziff. II 1 a) unterstellt der fünfte Zivilsenat den Vertrag über die Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts der Formvorschrift des § 313. Durch den Abschluß des Vorkaufvertrags wird eine bedingte Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke begründet (ebenso **RG.** III. **59** 132, JDR. **4** Ziff. II 1 a). β. HansGZ. **08** Beibl. 157 (Hamburg). Der Vertrag über Einräumung eines persönlichen Vorkaufsrechts unterliegt der Formvorschrift. **h)** Gesellschaftsverhältnis (s. insbes. JDR. **6** zu I Ziff. 1 i, **5** zu II Ziff. 1 k, **4** zu II Ziff. 1 e, **3** zu I Ziff. 5 f, **1** zu I Ziff. 16). α. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 102, LeipzZ. **08** 62 Ziff. 24. Hat ein Gesellschaftsvertrag zum Gegenstande, daß Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden sollen, so greift § 313 ein; denn die Einbringung bedeutet in der Regel, daß die Grundstücke Gesellschaftsvermögen werden sollen. Es ist also gerichtliche oder notarielle Form des Vertrags erforderlich, wobei es keinen Unterschied begründet, ob der Gesellschafter das von ihm einzubringende Grundstück bereits in seinem Eigentume hat, oder ob er es erst erwerben soll. Denn in beiden Fällen enthält der Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung, das Eigentum an den Grundstücken auf die Gesellschaft zu übertragen. β. Anwachsungsrecht. **RG.** V. 22. 5. 08, **68** 410 ff., JW. **08** 450 Ziff. 15, LeipzZ. **08** 698 Ziff. 22, ElsLothJZ. **08** 421, FrankfRundsch. **08** 54, BauersZ **16** 22, R. **08** II Ziff. 2496. Der erste Zivilsenat des RG. hat die Auffassung vertreten, daß eine Vereinbarung, wonach die Erben eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft aus der Gesellschaft ausscheiden und das Handelsgeschäft mit dem Gesellschaftsvermögen, zu welchem Grundstücke gehören, und der Firma gegen eine Abfindungssumme auf den überlebenden Gesellschafter übergeht, der Form des § 313 nicht bedarf, da der Vertrag eine Veräußerung einzelner Sachen, insbesondere der Grundstücke oder des Miteigentums daran, nicht enthalte, der Eigentumsübergang vielmehr mit der Übernahme des Geschäfts kraft Anwachsungsrechts eingetreten sei (**RG. 65** 227, JDR. **6** zu I Ziff. 1 i). Der fünfte Zivilsenat schließt sich dieser Auffassung mit ausführlicher Begründung an und verneint die Notwendigkeit der Auflassung (an Stelle der Grundbuchsberichtigung). — Bei Sonderübertragungen — Übertragung einzelner Gegenstände im Gegensatze zum Übergange des ganzen Anteils an der Gesamthand — an einzelne Gesellschafter ist dagegen Auflassung, Übergabe und Zession von seiten der Gesamthand erforderlich und zwar auch dann, wenn es sich um Umwandlung des Miteigentums zu gesamter Hand in Bruchteilseigentum handelt. γ. Vereinbarung, Dritten gehörige Grundstücke zu zertrümmern. αα. **RG.**, **68** 260 ff. JW. **08** 331 Ziff. 14, LeipzZ. **08** 447 Ziff. 15, DJZ. **08** 707, R. **08** II Ziff. 1954. Ein Gesellschaftsvertrag, mit dem der Zweck verfolgt wird, bäuerliche Anwesen überhaupt oder ein bestimmtes Anwesen dieser Art für die Gesellschaft zu erwerben und unter Zerteilung mit Vorteil weiterzuveräußern — zu zertrümmern —, unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313. Denn die Vereinbarung, Dritten gehörige Grundstücke zu zertrümmern, ist kein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum zu übertragen; daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Grundstücke, wenn sie demnächst für die Gesellschaft erworben sind, deren Zweckbestimmung unterliegen und somit zu veräußern sind. ββ. Ebenso OLG. **17** 377, SchlHolstAnz. **08** 226 (Kiel). δ. OLG. **16** 361 (Cassel). Ein Gesellschaftsvertrag, inhalts dessen zwei Personen ein Grundstück in der Zwangsversteigerung gemeinschaftlich erstehen und es dann in der Weise, wie sie es schon bisher besessen haben, reell unter sich teilen wollen, bedarf, da keiner der Gesellschafter sich zur Übertragung des Eigentums verpflichtet, nicht der Form. Ebenso bedarf der Auftrag des einen Gesellschafters an den anderen, das Grundstück allein zu ersteigern und das Alleineigentum auf die Gesellschaft zu übertragen, nicht der Form, da in solchem Falle die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht schon aus dem Auftragsvertrage, sondern erst nach

Ausführung des Auftrags unmittelbar aus dem Gesetze sich ergibt. **i)** Verpflichtung zum Erwerb ohne Verpflichtung zur Veräußerung (s. JDR. **4** zu II Ziff. 1 c). α. **RG.** LeipzZ. **08** 777 Ziff. 20. Das OLG. führt aus, der der Klage zugrunde liegende Vertrag sei kein Kaufvertrag, weil die Beklagten darin zwar die Verpflichtung eingegangen seien, das Grundstück für den Fall der Ansteigerung durch den Kläger von diesem zu einem bestimmten Preise zu übernehmen, nicht aber auch der Kläger die Verpflichtung übernommen habe, den Beklagten das Grundstück eigentümlich zu übertragen. Der Vertrag ist rechtlich ein Kaufvertrag unter einer Potestativbedingung, die seiner Wirksamkeit keinen Eintrag tut. β. OLG. **16** 362 (KG.). Ein Vertrag, durch welchen der Verkäufer eines Grundstücks sich verpflichtet, dieses zurückzukaufen, ohne daß jedoch der Käufer eine Verpflichtung zur Rückübertragung übernimmt, bedarf nicht der Form. γ. OLG. **16** 382, R. **08** II Ziff. 2463 (Braunschweig). Auch ein Vertrag, durch den sich jemand zum Abkauf eines Grundstücks verpflichtet, ohne daß der Eigentümer eine Verpflichtung zum Verkauf eingeht, unterliegt der Formvorschrift. **k)** Verpflichtung eines Dritten zur Kaufpreiszahlung. **RG.** LeipzZ. **08** 447 Ziff. 16, R. **08** II Ziff. 1761. Auf ein Vertragsverhältnis, durch welches jemand, der weder Käufer noch Verkäufer des Grundstücks ist (am Vertrag interessierter Anlieger), es übernimmt, für den Käufer einen Teil des Kaufpreises zu zahlen, findet § 313 keine Anwendung. **l)** R. **08** II Ziff. 2122 (BayObLG.). Ist hinsichtlich eines Steinbruchs Vertragspflicht nicht die verkaufsweise Lieferung der zu gewinnenden Steine, sondern die Berechtigung, Steine zu brechen, so liegt Pacht, nicht ein Grundstückskauf vor. **m)** OLG. **17** 377, ZBlFG. **9** 184, R. **08** II Ziff. 3761 (Dresden). Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, auf einem von ihm zu beschaffenden Grundstück ein Gebäude zu errichten, und das bebaute Grundstück sodann dem anderen Vertragsteile zu Eigentum zu übertragen, unterliegt der Formvorschrift.

2. Form der Beurkundung (s. JDR. **6** zu I Ziff. 3). RheinA. **105** 58 (Cöln). Auf die Beurkundung eines Grundstückskaufs durch den gemäß Art. 142 EGBGB., Art. 12 § 2 PrAGBGB. zuständigen Beamten finden auch die Vorschriften der §§ 128, 152 BGB. Anwendung.

3. Anwendung auf ausländische Grundstücke. OLG. **16** 362 (Braunschweig). Die Vorschrift des § 313 ist auf ausländische Grundstücke anwendbar, wenn die Parteien vereinbart haben, daß der Vertrag nach deutschem Gesetze zu beurteilen ist.

4. Übergangsvorschriften. **a)** **RG.**, LeipzZ. **08** 234 Ziff. 3. In der Zeit vom Inkrafttreten des BGB. bis zur Anlegung des Grundbuchs unterliegen Grundstücksveräußerungsverträge der Form des § 313 (**RG. 64** 35). **b)** R. **08** II Ziff. 472 (Frankfurt). § 313 findet auch Anwendung, solange das Grundbuch für die betreffenden Grundstücke noch nicht angelegt ist.

II. Satz 2. Heilung (s. JDR. **6** zu II, **5** zu III, **4** zu III, **3** zu II, **2** zu II, **1** zu II). 1. **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1347. Damit der Formangel mündlicher Vereinbarungen geheilt wird, ist erforderlich, daß sie noch zur Zeit der Auflassung und Eintragung von den Beteiligten aufrecht erhalten sind. **b)** PosMSchr. **08** 8 (Königsberg). Der Formmangel einer mündlichen Änderung eines notariellen Grundstücksvertrags wird nicht geheilt, wenn eine Partei vor der Auflassung einseitig von der Abrede wieder abgegangen ist. **c)** WürttRpflZ. **1** 97 (Stuttgart). Die Heilung des Formmangels tritt nicht ein, wenn zwar noch bei der Auflassung, nicht aber mehr bei der Eintragung die Willensübereinstimmung der Parteien bestand.

2. **RG.** JW. **08** 331 Ziff. 15, PosMSchr. **08** 95, R. **08** II Ziff. 2143. Die heilende Wirkung der Auflassung umfaßt nicht nur die zwischen dem auflassenden Eigentümer und dem Auflassungsempfänger unmittelbar getroffenen Abreden, sondern auch etwaige aufeinanderfolgende Verträge mit Zwischenpersonen.

3. OLG. **16** 366 (Braunschweig). Hat der Eigentümer eines in Subhastation befindlichen Grundstücks mit einem Dritten mündlich vereinbart, daß dieser das Grundstück ankaufen und demnächst in eigenem Namen für Rechnung des Subhastaten weiterveräußern solle, so wird der Formmangel dieser Vereinbarung durch die seitens des Dritten an die weiteren Abkäufer vorgenommene Auflassung geheilt.

4. OLG. **16** 365 (Rostock). Der Formmangel wird auch durch die Auflassung an einen weiteren Abkäufer des Käufers geheilt.

5. OLG. **16** 364 (Celle). Ist nachträglich als Bestandteil der das Grundstück betreffenden Abreden mündlich vereinbart, daß der Käufer einen Teil des Grundstücks dem Verkäufer zurückübertragen solle, so wird infolge der Auflassung an den Käufer auch dessen Verpflichtung zur Rückübertragung wirksam.

6. PosMSchr. **08** 96 (Stettin). Wird ein mündlicher Grundstückskauf seitens des Verkäufers durch Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot erfüllt, so ist durch die Abtretung, den Zuschlag und die Eintragung der Formmangel des Kaufvertrags in analoger Anwendung des § 313 Abs. 2 als geheilt anzusehen.

7. Wirkung der Heilung ex nunc. SchlHolstAnz. **08** 217 (Kiel). Auflassung und Eintragung haben nicht die Wirkung, daß eine vor der Heilung liegende Nichterfüllung eines Vertragsteils als Leistungsverzug angesehen werden kann.

8. Übergangsvorschriften. a) **RG.** LeipzZ. **08** 234 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 31. Das bayerische Hypothekenbuch ist kein Grundbuch im Sinne des BGB., die Eintragung in dasselbe daher zur Heilung des Formverstoßes gemäß § 313 Satz 2 nicht geeignet. **b)** R. **08** II Ziff. 473 (Frankfurt). Satz 2 ist entsprechend anwendbar, wenn nach bisherigem Rechte der Eigentumserwerb von der Überschreibung in ein öffentliches Buch (Stockbuch) abhängig ist.

III. ➹ Zu den meisten der für § 313 in Betracht kommenden Tatbestände findet sich auch außer den gegebenen Verweisungen umfangreiches Material in den früheren Jahrgängen von JDR. Red. ⇜

§§ 315, 316. 1. Verpflichtung aus einem Besserungsscheine (s. auch JDR. **4** Ziff. 1). a) **RG.** JW. **08** 478 Ziff. 7, LeipzZ. **08** 597 Ziff. 19, BankA. **7** 331, DJZ. **08** 970. Die Verpflichtung aus einem Besserungsscheine, die Schuld ratenweise oder im ganzen zu zahlen, sobald es die Vermögensverhältnisse des Schuldners unbeschadet seines notwendigen Lebensunterhalts gestatten, ist nach Treu und Glauben, nach Billigkeit zu beurteilen. Die bloße Tatsache, daß Schuldner noch anderweit Geldschulden hat, kann, sofern er nicht durch deren Geltendmachung an der Tilgung der Schuld aus dem Besserungsscheine gehindert ist, ihn seiner Verpflichtung zur Zahlung nach Maßgabe seiner Einkommensverhältnisse nicht entledigen. **b) RG.** LeipzZ. **08** 62 Ziff. 23, HoldheimsMSchr. **08** 110. Ob eine Besserungsklausel den Schuldner zu Teilzahlungen verpflichtet, ist nach Lage des Falles zu entscheiden. In vielen Fällen wird die Vereinbarung dahin zu verstehen sein, daß der Eintritt einer besseren Vermögenslage, die dem Schuldner Teilzahlungen gestattet, ihn zu solchen Zahlungen auch verpflichten soll. **c)** R. **08** II Ziff. 1762 (Colmar). Ein Versprechen des Schuldners, die Schuld „je nach seiner Vermögenslage in Raten zu zahlen", ist dahin zu ergänzen, daß über das nicht ausdrücklich bestimmte (z. B. Zeit und Höhe der Zahlungen) nach billigem Ermessen zu entscheiden ist und nicht der Schuldner nach seinem Ermessen entscheiden soll.

2. **a)** OLG. **16** 367 (Celle). Hat der Arzt innerhalb der Höchst- und Mindestsätze der PrGebO. die Leistung durch Zusendung der Rechnung bestimmt, so ist er an diese Bestimmung gebunden. **b)** RheinARV. **26** 1 (LG. Aachen). Der Arzt, welcher dem Patienten die auf ein Pauschquantum lautende Rechnung zugesandt hat, kann nicht, wenn Spezifizierung der Rechnung verlangt wird, unter Zugrunde-

legung der offiziellen Taxen einen höheren Gebührenbetrag in Rechnung stellen. Die durch Zusendung der Rechnung getroffene Bestimmung der Leistung ist unwiderruflich.

3. **RG.** JW. **08** 327 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 1763. Die Vorschrift des § 316 ist nicht anwendbar, wenn beim Fehlen einer ausdrücklichen Preisbestimmung sich aus der Natur des gegebenen Vertrags, aus Handelsgebrauch oder aus Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die erforderliche Bestimmung ermitteln läßt (Preiserhöhung beim Bierlieferungsvertrage). S. § 242 Ziff. 3d (a. E.), § 326 Ziff. 5h.

4. Hagen, SeuffBl. **08** 821—824. § 316 ist auch auf Verträge zu beziehen, aus denen auf eine angemessene Vergütung geklagt wird.

§ 317. 1. **RG. 67** 71 ff. Eine in dem Auseinandersetzungverfahren zwischen Handelsgesellschaftern getroffene Vereinbarung, daß Schiedsrichter nicht über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens selbst, sondern endgültig nur darüber entscheiden sollen, zu welchen Werten die Auseinandersetzungsgegenstände in die Berechnung des Guthabens einzustellen sind, ist, da es sich nicht um Entscheidung eines Rechtsstreits handelt, kein Schiedsvertrag nach § 1025 ZPO.

2. OLG. **17** 378, LeipzZ. **08** 873 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 1512 (Hamburg). Die Vereinbarung, eine Differenz über die Qualität der gelieferten Ware durch Arbitratoren entscheiden zu lassen, ist kein Schiedsvertrag im Sinne der §§ 1025 ff. ZPO., sondern ein Vertrag nach §§ 317 ff. BGB.

3. OLG. **16** 367 (Kiel). Ist nach den Bedingungen eines Unfallversicherungsvertrags der Invaliditätsgrad durch eine Ärztekommission unter Ausschluß des Rechtswegs festzustellen, so ist Einstimmigkeit der Kommission nicht erforderlich.

4. Sachverständiges Ermessen = billiges Ermessen s. zu § 319 Ziff. 2.

§ 319. 1. **RG. 67** 75. Die Vorschriften des § 319 sind dispositiver Natur.

2. **RG.** SächsRpflA. **08** 111, LeipzZ. **08** 160 Ziff. 19, R. **08** II Ziff. 33. § 319 Abs. 1 ist auch anwendbar, wenn die Bestimmung nach „sachverständigem" Ermessen erfolgen soll.

3. Offenbare Unbilligkeit (s. auch unten Ziff. 4). **a) RG.** JW. **08** 711 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 3764. Offenbare Unbilligkeit im Sinne der Vorschrift ist eine dem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sich sofort aufdrängende Unrichtigkeit der Bestimmung. Wenn auch die Unbilligkeit nicht ohne weitere Beweisführung aus der Bestimmung selbst erhellen muß, so muß doch immer die Unrichtigkeit, und zwar auf den Zeitpunkt der Bestimmung geschehen, eine klar in die Augen springende sein. **b) RG. 69** 167 ff., JW. **08** 565 Ziff. 31, DJZ. **08** 971. Für die Beantwortung der Frage, ob ein — in einer Versicherungssache von einer Ärztekommission erstattetes — Schiedsgutachten „offenbar unbillig" sei, muß ohne Rücksicht auf die etwaigen späteren Befunde der zur Zeit der Erstattung des Gutachtens erkennbar tatsächliche Zustand als Grundlage genommen werden. Nur wenn damals bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung einem Sachverständigen hätte sofort in die Augen springen müssen, daß dem erstatteten Gutachten wesentliche Mängel anhaften, läßt es sich als offenbar unbillig bezeichnen (ALR.). **c) RG.** R. **08** II Ziff. 3765. Ob ein Schätzungsergebnis offenbar unbillig ist, ist mit Rücksicht auf die Erfahrenheit und Gewandtheit der Schätzer und auf die ihnen gestellte Aufgabe zu beurteilen. **d)** ElsLothJZ. **08** 562 (Colmar). Eine Bestimmung ist nur dann offenbar unbillig, wenn sie von jedem Sachverständigen sofort als unbillig erkannt werden kann. **e)** ElsLothJZ. **08** 567 (Colmar). Der Begriff der offenbaren Unbilligkeit schließt eine Beweiserhebung über das Vorliegen der Unbilligkeit nicht aus.

4. **RG. 69** 167 ff., JW. **08** 565 Ziff. 31, DJZ. **08** 971. Ist nach einem Unfallversicherungsvertrage der Grad der Erwerbsunfähigkeit durch ein von einer Ärzte-

kommission zu erstattendes Schiedsgutachten festzustellen, so ist eine offenbare Unbilligkeit des erstatteten Gutachtens oder eine Verletzung der Vertragstreue nicht schon dann als vorhanden anzunehmen, wenn die Versicherungsgesellschaft zum Mitgliede der Schiedskommission ihren Vertrauensarzt berufen hat, auf dessen Rat sie den Schadensanspruch des Versicherten abgelehnt hatte. Dagegen kann ohne Verstoß gegen die das Versicherungsverhältnis beherrschende Vertragstreue zum Obmanne der Kommission nur eine bei dem Streite der Parteien bisher nicht beteiligte, ihm völlig unbefangen gegenüberstehende Person berufen werden (**RG. 45** 350 ff.) (ALR.).

5. OLG. **16** 367 (Kiel). Ist nach den Bedingungen eines Unfallversicherungsvertrags der Invaliditätsgrad durch eine Ärztekommission unter Ausschluß des Rechtswegs festzustellen, so ist die Entscheidung der Kommission für die Vertragschließenden auch im Falle offenbarer Unbilligkeit verbindlich.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung: Aus dem der Rechtsprechung entstammenden Materiale zu diesem Titel sind zu den §§ 320, 321, 325 und den verschiedenen Fragen des § 326 Entscheidungen des RG. von grundsätzlicher Bedeutung hervorzuheben. Literarische Behandlung haben namentlich die Probleme der positiven Vertragsverletzungen und des Kaufes auf Abruf gefunden (s. zu § 326).

§ 320. 1. **RG. 69** 125 ff., JW. **08** 521 Ziff. 5, LeipzZ. **08** 744 Ziff. 5; HansGZ. **08** Hptbl. 44, SchlHolstAnz. **08** 154 (Hamburg). Die Klausel „netto Kasse gegen Faktura" bedeutet, daß der Käufer zur Vorleistung nach Eingang der Faktura verpflichtet sein soll. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß die Faktura mit den Worten „Sandten Ihnen ꝛc." beginnt.

2. **RG.** JW. **08** 548 Ziff. 7, LeipzZ. **08** 778 Ziff. 22, R. **08** II Ziff. 3016. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nur eine verzögerliche. Sie setzt daher voraus, daß die Gegenleistung noch möglich ist. Ist die Gegenleistung teilweise unmöglich geworden, so greifen in betreff des unmöglichen Teiles nicht die §§ 320, 322, sondern die §§ 323 ff. Platz. Denn die Verweigerung der Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung würde in einem solchen Falle nicht bloß eine Hinausschiebung, sondern tatsächlich eine endgültige Weigerung der eigenen Leistung bedeuten.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 376 Ziff. 14. ElsLothJZ. **08** 443, R. **08** II Ziff. 1348. Ein Kontrahent, der die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach §§ 273, 320 seine Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt sei.

4. a) **RG.** JW. **08** 675 Ziff. 3. Beim Werkvertrag ist der Besteller, welcher nach Ablauf der gemäß § 634 gesetzten Nachfrist die Beseitigung des Mangels ablehnt und das Werk überhaupt zurückweist, nicht berechtigt, die Einrede des nicht erfüllten Werkvertrags vorzuschützen. Er muß vielmehr in einem Falle solcher Art seine Einrede derart gestalten, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses möglich ist (**RG.** 58 174, JDR. **3** Ziff. 3). **b)** Lucas, DJZ. **08** 422. Lehnt beim Werkvertrage der Besteller das angebotene Werk wegen angeblicher Sachmängel ab, so kann die Vorschrift des § 320 nicht zu dem Ziele einer richterlichen Nachprüfung der Mangelhaftigkeit führen. Die Klage aus § 320 ist zwar der Form nach eine Leistungsklage, insofern Bewirkung der Gegenleistung verlangt wird, sie ist aber der Sache nach eine Feststellungsklage, insofern nur Gegenleistung gegen Annahme der Leistung verlangt wird. Mit der Klage aus § 320 werden daher nur dann beide Parteien ihren gewollten Zweck erreichen, wenn über den Vertragsabschluß oder die einzelnen Ansprüche aus dem Vertrag unter ihnen Streit herrscht. **c)** Vgl. auch JDR. **6** Ziff. 7.

5. **RG. 68** 17 ff. (22), JW. **08** 193 Ziff. 6, LeipzZ. **08** 301 Ziff. 20, R. **08** II Ziff. 1514. Auch für § 320 gilt der allgemeine Grundsatz, daß nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf Grund der Umstände des einzelnen Falles beurteilt werden muß, in welchem Umfang aus einer Vertragsverletzung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegeben ist. Danach berechtigt bei einem Sukzessivlieferungsvertrage die Nichterfüllung oder sonstige Vertragsverletzung des einen Teiles bezüglich der noch ausstehenden Raten den anderen Vertragsteil nicht schlechthin, seine weit größeren fälligen Leistungen zurückzuhalten.

6. SchlHolstAnz. **08** 110 (Kiel). Wenn die Entgegennahme der Auflassung verweigert wird, weil eine — wenn auch gegenstandslose — Abnahme nicht zur Löschung gebracht sei, so kann darin ein Annahmeverzug auch bei Berücksichtigung des § 320 Abs. 2 nicht gefunden werden.

§ 321. 1. Finger, Rücktritt von Versicherungsverträgen bei geänderten Umständen, LeipzZ. **08** 148—154. Die Veräußerung oder der Untergang des versicherten Gegenstandes befreit den Versicherten nicht von der Verpflichtung zur Weiterzahlung der Prämie für die laufende Versicherungsperiode.

2. **RG.** SeuffA. **63** 263 JW. **08** 193 Ziff. 7, HansGZ. **08** Hptbl. 123, HoldheimsMSchr. **08** 108, R. **08** II Ziff. 1154. Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse ist wesentlich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Erheblich sind nicht nur die Höhe der Aktiven und Passiven und das Verhältnis ihrer Beträge, sondern auch einesteils die Realisierbarkeit der Aktiven und anderenteils die Zeit der Fälligkeit der Schulden (Zahlungsstockung). Maßgebend ist die Zeit, zu welcher Erfüllung verlangt wird.

3. **RG.** R. **08** II Ziff. 1153. Über die Frage der Gefährdung der Gegenleistung entscheidet die Verkehrsauffassung, nicht die individuelle Besorgnis des Vorleistungspflichtigen.

4. ThürBl. **55** 99, R. **08** II Ziff. 2789 (Jena). Der Verkäufer hat im Falle des § 321 keinen Anspruch auf Leistung Zug und Zug.

5. BayRpflZ. **08** 274, SeuffA. **63** 272 (Zweibrücken). Ein Architekt, der sich zur Leitung eines Baues verpflichtet hatte, erhob, nachdem inzwischen in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine Verschlechterung eingetreten war, Klage auf Zahlung einer dem bereits geleisteten Teile der Dienste entsprechenden Vergütung. Der Anspruch ist unbegründet. Die nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des Beklagten eingetretene Verschlechterung gibt dem Kläger, dessen Anspruch auf die Vergütung gefährdet ist, zwar die Befugnis, die ihm obliegende Leistung, d. h. die Fortsetzung der Bauaufsicht, zu verweigern, bis der Beklagte Sicherheit leistet. Jene Verschlechterung gibt dem Kläger auch das Recht, einer Klage des Bauherrn auf Fortsetzung der Dienste mit einer Einrede zu begegnen, der Kläger gewinnt aber nicht das Recht, für den bereits geleisteten Teil der Dienste Bezahlung schon vor Fertigstellung des Baues zu fordern.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 408, HoldheimsMSchr. **08** 14 s. bereits JDR. **5** Ziff. 5.

§ 322. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 18. Der Klagantrag des Verkäufers ist auf Abnahme und Zahlung, bzw. wenn die Übersendungspflicht als eine Vorleistung anzusehen ist, auf Zahlung nach Empfang der Ware (§ 322), nicht auf Abnahme gegen Zahlung zu richten.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 226 Ziff. 18. Die Urteilsformel: die Ware abzunehmen und hiergegen den Preis zu zahlen, ist inkorrekt; sie muß dahin lauten: daß die Ware gegen Lieferung derselben abzunehmen und der Preis dafür zu zahlen ist.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 376 Ziff. 15. Die Klausel „Zahlung netto Kasse ohne Portoabzug" steht dem Verlangen des Verkäufers auf Bezahlung der Ware Zug um Zug gegen ihre Aushändigung nicht entgegen; sie bedeutet nur: Zahlung ohne Abzug.

§ 323. 1. *W. Boethke, EisenbE. **24** 305. Geht das Eisenbahnfrachtgut unter, ohne daß ein Verschulden des Absenders oder der Eisenbahn nachgewiesen wird, so verliert die Eisenbahn den Anspruch auf die Fracht, selbst wenn die Beförderung größtenteils schon bewirkt ist.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 3239. Bildet der Kauf einer patentierten Maschine einen integrierenden Bestandteil eines Lizenzvertrags über das Patent, so erstreckt sich von der Nichtigkeitserklärung des Patents ab die Leistungsunmöglichkeit auch auf die Maschine, selbst wenn sie schon geliefert war, da sie nur dann als vertragliche Lieferung gelten könnte, wenn sie noch patentiert gewesen wäre.

§ 324. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 2790. Hat der Besteller eines Werkes, der sich im Zahlungsverzuge befand, bei der hierauf erklärten Weigerung des Unternehmers zur Fortsetzung der Arbeit (§ 320) das Werk durch einen Dritten fertigstellen lassen, so ergeben sich für den Unternehmer die Rechte aus § 324.

2. ElsLothJZ. **08** 530 (Colmar). Der Fall des Abs. 1 ist gegeben, wenn der Besteller von Bauarbeiten nachträglich die Arbeiten durch einen anderen Unternehmer ausführen läßt.

§ 325. 1. *Brecht, System der Vertragshaftung, JheringsJ. **53** 251. Be einem gegenseitigen Vertrage kann der Gläubiger, soweit er Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern berechtigt ist, statt dessen vom Vertrage zurücktreten; macht er keines dieser Rechte geltend, so hat es bei § 323 sein Bewenden. Dies ist alles, was § 325 Abs. 1 neues lehrt; das übrige steht schon im § 280.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 3112. Hat ein Bauherr im Bauvertrage die Verpflichtung übernommen, in bestimmten Terminen Abschlagszahlungen in der Weise zu leisten, daß er der die Bauarbeiten ausführenden Firma die ihm von Hypothekenbanken zugesagten Darlehnsgelder durch Abtretung seines Anspruchs auf diese Darlehen zur Verfügung stellen sollte, weigert er aber später ungerechtfertigterweise diese Abtretung, so ist die Baufirma nicht nur zur Einstellung der Bauarbeiten, sondern, wenn die Hypothekenbanken darauf wegen Einstellung der Bauarbeiten ihre Darlehnszusagen zurückziehen, auch zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt.

3. Über die Unzulässigkeit des Rücktritts von einem Teile des Vertrags s. u. zu § 326 Ziff. 11.

§ 326. Literatur: Brecht, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzungen und Verzug), JheringsJ. **53** 213—302. — Derselbe, Die einfache und die wiederholte positive Vertragsverletzung, JheringsJ. **54** 83—106. — Kaufmann, Wann ist die Frist des § 326 BGB. angemessen? DJZ. **08** 1100—1101. — Zander, Der Kauf „auf Abruf". Sonderabdruck aus GruchotsBeitr. **52** 304—354. Berlin 1908.

1. *Brecht, JheringsJ. **53** 252—271, **54** 83—106. (S. a. o. zu §§ 275 ff., 306 ff., 306 Ziff. 1, 307.) A. Deckungsgeschäft. Wenn die nachträgliche Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, so ist hierfür der Schuldner nicht unter allen Umständen, sondern nur im Rahmen der juristischen Kausalitätslehre verantwortlich. Ein Deckungsgeschäft des Gläubigers wird also nur dann berücksichtigt, wenn der Gläubiger zu seinem Eingriff in Wahrung berechtigter Interessen (insbes. zur Erreichung seines Vertragszwecks) gezwungen war; anderenfalls ist dadurch der Kausalzusammenhang unterbrochen (**53** 253 f., **54** 85, 91, s. zu § 249 f.). — Wenn die Leistung schon bei geringer Verspätung das Interesse für den Gläubiger verliert, so muß dieser den Schuldner von vornherein hierauf, d. h. auf die Notwendigkeit pünktlicher Leistung aufmerksam machen; dies ergibt § 254 (Droschke zum Zuge, **53** 255).

B. Positive Vertragsverletzungen. §§ 326 Abs. 2 in Verb. mit § 286 gibt dem Gläubiger bei Verzug des Schuldners alle Rechte, die er bei anderen Vertragsverletzungen hat, insbes. bei denen, die zur Unmöglichkeit der Leistung führen (**53** 253). § 326 Abs. 1 fügt eine einzige neue Befugnis hinzu. Warum? Aus den allgemeinen

Vorschriften ergibt sich nur, daß der Schuldner für eine Handlung (insbes. für ein Deckungsgeschäft) des Gläubigers haftet, zu der sein Verzug diesen nötigt (§ 286 in Verb. mit dem juristischen Kausalgesetze, s. oben). Damit ist aber wegen der mangelhaften Präzision bei einer fortlaufenden Verletzung wie dem Verzuge dann nicht auszukommen, wenn das Interesse des Gläubigers nicht mit einem Schlage aufhört, sondern langsam verebbt. Um in diesen Fällen Rechtsklarheit zu bekommen über den Zeitpunkt, wo der Gläubiger freie Hand hat, wird ihm der Rechtsbehelf gegeben: den Schuldner unter Androhung der Folgen zur Einstellung seiner (negativen) Verletzung aufzufordern binnen einer Frist, in der dies nach dem Charakter der Leistung und dem Stande der Vorbereitung geschehen kann (= angemessene Frist; hat der Gläubiger nicht soviel Zeit, so ist Fristsetzung sinnlos und § 326 Abs. 2 setzt ein). Dadurch wird das Schicksal des Vertrags in die Hand des Schuldners gegeben. — Die gleiche ratio gilt für alle übrigen fortdauernden Vertragsverletzungen, die das Interesse des Gläubigers erst nach und nach erlöschen lassen (**54** 86 f., 92 f.). Resultat (91): Verletzt der Schuldner den Vertrag und kommt Fortdauer in Frage, so kann ihn der Gläubiger unter Androhung der Erfüllungsablehnung auffordern, für Abstellung der Verletzung mit angemessener Anstrengung zu sorgen. Wiederholt sich die Verletzung, nachdem der Schuldner sie mit angemessener Anstrengung hätte abstellen können, so darf der Gläubiger zurücktreten oder Totalschadensersatz verlangen, vorausgesetzt, daß die dauernde Wiederholung seinen Vertragszweck vereiteln würde. ➠ Das letzte ist ein wichtiger, dem Wesen des Verzugs entsprechender Zusatz; der Begriff „Gefährdung des Vertragszwecks" scheidet dagegen aus, denn diese — d. h. die Besorgnis dauernder Wiederholung — soll gerade subsumiert werden, wenn der Schuldner auf die Androhung nicht reagiert (91[2], falsch noch **53** 270); in dieser Klärung liegt der Hauptgewinn der Analogie. ⟵ Wird ein Teil des Vertragszwecks betroffen, wie bei der Verletzung des Alleinlieferungsvertrags, so ist § 139 analog anzuwenden. — Der Gläubiger kann gezwungen sein, ohne Androhung, Handlungen zur Wahrung berechtigter Interessen vorzunehmen (Beispiel 93 f., **RG. 67** 5); dafür ist ihm dann der Schuldner nach dem allgemeinen Kausalitätssatze verantwortlich, ebenso wie im Verzuge, wenn zur Fristsetzung keine Zeit übrig ist (89, 96, 103, s. oben). — Daß in einigen Fällen Androhung erforderlich ist, in anderen nicht, entspricht sachlich **RG. 54** 102/3, **63** 297, **67** 5.

2. *Zander, Der Kauf „auf Abruf". Durch die Abrede „auf Abruf" ist für den Käufer der Kreis der Gläubigerrechte erweitert. Der Käufer darf während der Dauer der Abrufsfrist den ihm günstigsten Zeitpunkt zur Abforderung der Ware wählen. Wenn der Käufer von diesem ihm eingeräumten Gläubigerrechte keinen Gebrauch macht, so ist sein Abrufsrecht mit Ablauf der vereinbarten oder handelsüblichen Abrufsfrist untergegangen. Die Leistung des Verkäufers ist fällig geworden. Nach Handelsgebrauch muß der Verkäufer, um den Käufer in Annahmeverzug zu setzen, die Ware „fakturieren" und „andienen", d. h. den Käufer auffordern, „Verladungsorder zu geben", den Bestimmungsort, die Transportart ꝛc. zu bezeichnen. Diese Rechtshandlungen, die im Verkehre meistens mit dem Abrufe verbunden zu werden pflegen (nicht der Abruf), müssen angemahnt werden, und zwar auch dann, wenn eine bestimmte Abrufsfrist vereinbart war (25). Die vergebliche Andienung nach Ablauf der Abrufsfrist löst die Annahme-Verzugsfolgen aus, die nach §§ 373, 374 HGB., 300—304, 383, 274 Abs. 2, 322 Abs. 2, 3 BGB. dem Verkäufer zustehen. — Durch die erfolglose Andienung gerät der Käufer des weiteren dann gleichzeitig in Abnahme-(Schuldner-)Verzug, wenn vor der Andienung die Ware ausgesondert und zur Lieferung bereit gestellt war. Gegen die herrschende Lehre und gegen **RG.** (**53** 164, **57** 110, 401 u. a.) behandelt Zander

die Abnahmepflicht beim Kaufe „auf Abruf" stets als Hauptpflicht und nur da als Nebenpflicht, wo die besonderen Umstände eine andere von den Parteien gewollte Absicht erkennen lassen (26). Alle Verzugsfolgen knüpfen an die erfolglose Andienung an, nicht an den unterlassenen Abruf. Der Abruf ist weder Teil der Abnahmepflicht, noch ist er eine selbständige Schuldnerpflicht des Käufers. Er ist keine Leistung, die geschuldet wird, sondern eine Rechtshandlung, die vorzunehmen zwar der Käufer ein Recht, aber keine Pflicht hat. Die unterlassene Ausübung bewirkt Untergang des Rechtes. Ein Verzug in der Ausübung eines untergegangenen Rechtes ist nicht denkbar (27, 28). Über den unterlassenen Abruf beim Ratenlieferungsgeschäfte das. 30; und über Verzug in der Spezifikation beim Kaufe auf Abruf 28, über positive Vertragsverletzungen bei diesem Geschäfte 19.

3. Verzug (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1). a) **RG. 67** 317, JW. **08** 194 Ziff. 8, R. **08** II Ziff. 1765. Die vom Schuldner zu vertretende ernstliche Erfüllungsweigerung ändert zwar grundsätzlich nichts an den materiellen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs. Sie entbindet aber — als von etwas Überflüssigem — den anderen Vertragsteil sowohl von einer an sich etwa nötigen Mitwirkung zur Fälligkeit der Leistung als auch von dem Erfordernisse der Mahnung (§ 284) und der Aufforderung mit Fristsetzung (§ 326). b) **RG. 67** 320 f. R. **08** II Ziff. 1769. Beim Lieferungsgeschäfte hat die an den Käufer gemäß § 326 gerichtete Aufforderung zur Abnahme nicht gegen den Auffordernden schlechthin die Wirkung, daß er zur Lieferung in der von ihm gesetzten Frist verpflichtet ist gleichviel, welche Bestimmung über Ausführung der Leistung der andere Teil treffen sollte oder ohne Rücksicht auf die dem Auffordernden aus dem Vertragsverhältnisse zustehenden Einwendungen. c) **RG. 69** 305 f., JW. **08** 676 Ziff. 5, LeipzZ. **08** 934 Ziff. 20, DJZ. **08** 1403, R. **08** II Ziff. 3560. Die Lieferfrist war auf zirka Ende Juni festgesetzt. Das OLG. hat den danach dem Verkäufer zu bewilligenden Spielraum in der Lieferungsfrist auf 10 Tage bemessen. Vor Ablauf dieses Spielraums hat der Käufer dem Verkäufer am 1. und 4. Juli die Nachfrist nebst Androhung gemäß § 326 gegeben. Der Berufungsrichter hat trotzdem die Fristsetzung für gesetzmäßig erachtet und hat hierin rechtlich nicht geirrt. Der nach dem Ermessen des Gerichts dem Verkäufer für die Lieferung gewährte Spielraum kann die Fälligkeit, die dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, den Schuldner in Verzug zu setzen, nicht beeinflussen, die Fälligkeit tritt vielmehr in dem für die Parteien gemäß dem Vertrag ersichtlichen Zeitpunkt ein, und das „ungefähr" hat nur Bedeutung für die Bemessung der Nachfrist bzw. dafür, wann sie ihren Anfang zu nehmen hat. Die Nachfrist war im Streitfall angemessen über den Ablauf der Lieferfrist hinaus erstreckt. d) **RG.** R. **08** II Ziff. 1349. Auch wenn ein bestimmter Lieferungstermin bei einem Kaufvertrage nicht vereinbart ist, der Verkäufer vielmehr nur baldmöglichste Lieferung übernommen hat, ist der Käufer bei nicht unwesentlicher Verzögerung zur Fristsetzung gemäß § 326 Abs. 1 berechtigt. e) PosMSchr. **08** 25 (Posen). Wenn nach dem Vertrage der Kaufpreis bei der Abnahme der Ware zu zahlen ist, so hat das Abnahmeverlangen des Verkäufers zugleich als Zahlungsverlangen zu gelten.

4. Leistung im Sinne des § 326 (Hauptleistung) (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2). a) Verpflichtung aus §§ 434, 435. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 295, LeipzZ. **08** 855 Ziff. 16. Die dem Verkäufer nach den §§ 434, 435 BGB. obliegende Verpflichtung ist eine Leistung im Sinne des § 326, nämlich eine Hauptleistung. Dies ergibt sich aus Inhalt und Bedeutung der Verpflichtung und dem Wortlaute des § 440 Abs. 1. b) Entgegennahme der Auflassung. **RG. 69** 103 ff., JW. **08** 523 Ziff. 8, R. **08** II Ziff. 2791. Auf die Abnahme von Grundstücken, insbesondere die Auflassung, können die für den Handelsverkehr mit beweglichen Sachen aufgestellten Grundsätze (**RG. 53** 161,

57 112) nicht ohne weiteres übertragen werden. Wenn auch die Entgegennahme der Auflassung nicht unter allen Umständen für eine die Anwendung des § 326 rechtfertigende Hauptleistung zu erklären ist, so ist sie eine solche jedenfalls im vorliegenden Falle. Denn von ihr hing nicht bloß die Eintragung der Restkaufgelderhypothek ab, sondern sie war auch nach § 416 Abs. 2 Vorbedingung für die Befreiung des Verkäufers von den Hypothekenschulden. c) Abrufspflicht. α. **RG.** R. **08** II Ziff. 3563. Beim Sukzessivlieferungsgeschäft ist eine Unterlassung des Abrufs nicht ohne weiteres als Verletzung einer Hauptverpflichtung im Sinne des Paragraphen anzusehen. β. **RG.** SeuffA. **63** 8, HoldheimsMSchr. **08** 16 s. schon JDR. **6** Ziff. 3 a b. d) Verpflichtung zur Ausstellung eines Schlußscheins. **RG.** R. **08** II Ziff. 3561, LeipzZ. **08** 934 Ziff. 22. Die Ausführung des OLG., daß es sich bei der Verpflichtung zur Ausstellung eines Schlußscheins um eine wesentliche Vertragspflicht gehandelt habe, deren Nichterfüllung den Gegner nach Fristsetzung zum Rücktritte berechtigte, ist im Hinblick auf die §§ 126, 127 BGB. sowie darauf, daß sachliche Differenzen über den den Schlußscheinen zu gebenden Inhalt in Frage standen, rechtlich nicht zu beanstanden.

5. Positive Vertragsverletzungen (s. auch oben zu § 276 Ziff. 4c u. JDR. **6** zu § 276 Ziff. 4, § 326 Ziff. 1, **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 4, 6, 10, § 326 Ziff. 4 u. JDR. **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 5). a) **RG. 67** 5, DJZ. **08** 78, R. **07** 1315 Ziff. 3272. Der ausdrücklich nur vom Verzuge des einen Teiles handelnde § 326 findet auch bei positiven Vertragsverletzungen, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, entsprechende Anwendung (**RG.** II. **54** 98 ff., **57** 114 ff.). b) **RG. 67** 319, JW. **08** 194 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 301 Ziff. 22, R. **08** II Ziff. 1766. Wer selbst durch seine Vertragswidrigkeiten den Vertrag verletzt und den Vertragszweck gefährdet hat, kann aus nachfolgender Vertragsverletzung und Gefährdung des Vertragszwecks durch den Gegner das Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt so lange nicht herleiten, als er nicht seine eigenen Vertragsverletzungen gut gemacht und sich dem anderen Teile gegenüber auf den Standpunkt vertragstreuer Erfülllung gestellt hat. (Positive Vertragsverletzung durch eine unberechtigte Rücktrittserklärung, die durch Vertragswidrigkeiten des anderen Teiles veranlaßt ist.) S. auch unten Ziff. 8d. c) **RG.** LeipzZ. **08** 161 Ziff. 22. Wenn die Schuld an den Mängeln der gelieferten Ware weniger in dem Verhalten des Verkäufers, als in dem des Käufers, nämlich in seinem Drängen auf übermäßige Beschleunigung der Lieferung oder seinen ungenügenden Angaben über die gewünschten Farben der Waren liegt, so ist die Verneinung des von dem Käufer wegen der Mängel der seitherigen Lieferung beanspruchten Rücktrittsrechts rechtlich nicht zu beanstanden. d) **RG.** LeipzZ. **08** 778 Ziff. 23, R. **08** II Ziff. 2909. Wenn der Käufer von vornherein seiner Verpflichtung, monatlich eine bestimmte Zahl von Exemplaren der verkauften Bücher zu beziehen, nicht nachkam, so war die Verkäuferin in der Lage, ihn in Verzug zu setzen und die Rechte aus § 326 geltend zu machen. Da dies nicht geschehen ist, blieb der Käufer berechtigt, sich auf den Standpunkt des Vertrags zu stellen und, wenngleich selbst säumig, wegen der positiven Vertragsverletzung, deren die Verkäuferin sich durch anderweiten Absatz der ihm verkauften Bücher schuldig gemacht hat, zurückzutreten. e) **RG.** LeipzZ. **08** 376 Ziff. 16. Die Erfüllungsweigerung und die Rücktrittserklärung der Verkäuferin waren unberechtigt. Beide Erklärungen sind vor der Fälligkeit der Leistung abgegeben. Ihre Zurücknahme erfolgte bereits nach wenigen Tagen, und noch vor der Fälligkeit der ausstehenden Lieferungen. Eine widerrufene Erfüllungsweigerung verpflichtet zwar zum Schadensersatze, gefährdet aber nicht ohne weiteres den Vertragszweck und gibt dem Gegner dann kein Recht, ohne Beobachtung der Formen des § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. f) OLG. **16** 370 (KG.). Bei einem Gesellschafts-, Miet-, Pacht- oder Dienstvertrag ist mit Rücksicht auf die Bestimmungen über fristlose Kündigung

ein Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen nicht anzuerkennen. **g) RG.** LeipzZ. **08** 778 Ziff. 24. Positive Vertragsverletzung durch Verkauf eines vertragsmäßig ausschließlich an den Beklagten zu liefernden Buches an Dritte. **h) RG.** JW. **08** 326 Ziff. 6, LeipzZ. **08** 455 Ziff. 4. Positive Vertragsverletzung beim Bierlieferungsvertrage durch unberechtigte Preiserhöhung seitens der Brauerei (s. § 242 Ziff. 3d (a. E.), §§ 315, 316 Ziff. 3).

6. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 2—10, § 326 Ziff. 3, **4** § 326 Ziff. 3, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6). **a) RG. 67** 5, DJZ. **08** 78, R. **07** 1315 Ziff. 3272. Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen ist nicht auf die Fälle andauernder oder wiederholter Vertragsverletzungen beschränkt. Handelt es sich um geringwertige Objekte, die in größerer Zahl zu liefern sind, so wird eine einmalige Vertragsverletzung in der Regel noch nicht den Schluß auf die Fehlerhaftigkeit der künftigen Leistungen gestatten. Anders aber z. B. dann, wenn der Leistungspflichtige zwei große kostspielige Wohngebäude herzustellen hat und das erste so mangelhaft ausführt, daß mit Grund auch die fehlerhafte Herstellung des zweiten zu befürchten ist. Es kommt auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles, insbesondere den Umfang, die Schwere, die größere oder geringere Verbesserungsfähigkeit der Mängel, an. (Im vorliegenden Falle hatte die mangelhaft gelieferte maschinelle Einrichtung einen Wert von 270 000 M., die streitige Nachbestellung würde 100 000 M. gekostet haben.) **b) RG.** LeipzZ. **08** 161 Ziff. 21. Der in **RG. 65** 54 (unten lit. f und JDR. **6** Ziff. 2 c) für Sukzessivlieferungsgeschäfte ausgesprochene Grundsatz, wonach dann, wenn das Rücktrittsrecht des Käufers auf rechtzeitig gerügte mangelhafte Lieferungen gestützt werden kann, unter Umständen auch die Mangelhaftigkeit anderer, als genehmigt geltender Lieferungen zur Begründung der Annahme verwendet werden können, daß künftig vertragsmäßige Lieferungen nicht zu erwarten seien, trifft auch dann zu, wenn eine wirkliche Genehmigung ursprünglich bemängelter Ware durch eine nachträgliche Vereinbarung erfolgt ist. **c) RG.** JW. **08** 7 Ziff. 7, LeipzZ. **08** 161 Ziff. 23, R. **08** II Ziff. 269. Bei Beurteilung der Frage, ob dem Käufer wegen mangelhafter Lieferungen das Rücktrittsrecht zusteht, ist die gesamte Art der Vertragserfüllung der Prüfung zu unterwerfen, insbesondere sind auch diejenigen früheren Fälle der Vertragsverletzung heranzuziehen, wegen deren der Käufer erkennbarerweise noch keinen Gebrauch von den ihm hieraus erwachsenen Rechten machen wollte (Bierabnahmevertrag). S. JDR. **6** Ziff. 2 c. **d) RG.** SeuffA. **63** 266, R. **08** II Ziff. 280. Die Vorschrift des § 454, wonach, wenn der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, ihm das im § 325 Abs. 2 und § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zusteht, findet bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte keine Anwendung bezüglich des noch nicht erfüllten Teiles des Vertrags. **e) RG.** R. **08** II Ziff. 1155. Von einem Verzuge des Verkäufers kann keine Rede sein, wenn seine nächste Lieferung erst im März fällig war und er dem Käufer, der mit Zahlung einer Faktura im Januar im Schuldnerverzuge war, bereits im Februar erklärt hatte, wenn der Käufer die rückständigen Fakturen nicht zahle, so liefere er ihm nicht mehr. **f) RG. 65** 50, s. bereits JDR. **6** Ziff. 2 c.

7. Fristsetzung (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 8). a) Angemessenheit der Frist. α. Kaufmann, DJZ. **08** 1100 f. Für den Begriff der Angemessenheit der Nachfrist gelten folgende Grundsätze: αα. Die Frist ist so reichlich zu bemessen, daß innerhalb derselben der Schuldner zur Erfüllung des Vertrags tatsächlich imstande ist. Im allgemeinen wird der Gläubiger davon ausgehen dürfen, daß der Schuldner die Leistung bei Bestimmung der Nachfrist bereits im großen und ganzen bewirkt hat und nur noch mit Teilen rückständig ist; er wird daher eine Frist bestimmen können, welche zur Vollendung einer im wesentlichen erfolgten Leistung ausreicht. Sache des Schuldners ist es, dem-

gegenüber unverzüglich darauf hinzuweisen, daß er mit seiner Leistung weiter oder ganz im Rückstand ist. In einem solchen Falle hat der Gläubiger eine größere Frist, und zwar unter Umständen eine volle Erfüllungsfrist zu gewähren, sofern nicht § 326 Abs. 2 eingreift. ββ. Ob der Schuldner zur Erfüllung innerhalb der Frist imstande ist, richtet sich nach seinen persönlichen Verhältnissen (Handwerker — Fabrikant). Er ist jedoch zu außerordentlichen Bemühungen verpflichtet, soweit sich solche im Rahmen seines Betriebs halten. β. **RG.** R. **08** II Ziff. 270. Dem säumigen Teile braucht bei Bemessung der Nachfrist keine volle Erfüllungsfrist freigelassen zu werden. Die Nachfrist soll ihm nur ermöglichen, die ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen und zu vollenden, nicht aber erst nun die Bewirkung der Leistung in die Wege zu leiten. γ. Ebenso HansGZ. **08** Hptbl. 260 (Hamburg). δ. **RG.** R. **08** II Ziff. 2911. Zwar braucht die Frist nicht unter allen Umständen so lang zu sein, daß die Leistung auch dann möglich ist, wenn für sie noch nichts geschehen ist. Doch ist die Frist nicht angemessen, wenn der sie Bestimmende weiß, daß nach Lage der Sache die Leistung in der Frist nicht erfolgen kann. **b**) Die zu kurz bemessene Nachfrist (s. IDR. **6** Ziff. 4 a, **5** Ziff. 5 a, **4** Ziff. 5 a, **3** Ziff. 5 a, **2** Ziff. 8 a). α. **RG.** LeipzZ. **08** 161 Ziff. 25. Die zu kurze Frist erstreckt sich von selbst zu einer angemessenen, und der Gläubiger ist nicht berechtigt, die ihm innerhalb angemessener Frist angebotene Leistung zurückzuweisen. Wird innerhalb der angemessenen Nachfrist nicht erfüllt, so tritt nach deren Ablauf die Erklärung des nicht säumigen Teiles in Wirksamkeit, ohne daß nach Ablauf der Frist eine nochmalige Rücktrittserklärung erforderlich wäre. β. **RG.** SeuffA. **63** 8, s. schon IDR. **6** Ziff. 4 a γ. **c**) Unrichtige Angabe des Erfüllungsorts beim Übersendungskaufe. **RG. 68** 329 ff. (333), IW. **08** 446 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 598 Ziff. 20, Hans. GZ. **08** Hptbl. 253, R. **08** II Ziff. 2303. Wenn der Käufer dem säumigen Verkäufer, der nach dem Vertrag an seinem Wohn- oder Niederlassungsorte zu erfüllen, die Ware aber dem Käufer zu übersenden hat, eine Nachfrist für die Lieferung der Ware durch Angabe des Zeitpunkts bestimmt, an welchem die Ware am Bestimmungsort einzutreffen hat, so hat hierdurch eine solche Nachfrist als bestimmt zu gelten, die mit dem Zeitpunkt endigte, in welchem die Ware spätestens am Erfüllungsorte zur Weiterbeförderung an den Bestimmungsort dem Frachtführer zu übergeben war, damit deren Eintreffen am Bestimmungsorte zu der vom Käufer bestimmten Zeit im Hinblick auf den gewöhnlichen Verlauf derartiger Transporte erwartet werden konnte. **d**) Frist zur Auflassungserklärung (s. IDR. **6** Ziff. 4 b ξ, **5** Ziff. 10, **2** Ziff. 8 d). α. **RG. 69** 103 ff., IW. **08** 523 Ziff. 8. Besteht die dem säumigen Teile obliegende Leistung in Entgegennahme einer Auflassung, so ist für eine ausreichende Fristsetzung im Sinne des § 326 nicht unter allen Umständen notwendig, daß ein genau bestimmter Auflassungstermin festgesetzt wird, es genügt vielmehr, wenn der die Frist Bestimmende sich bereit erklärt, innerhalb der Frist mit dem anderen Teile einen Termin zu vereinbaren und in diesem Termine zur Auflassung sich einzufinden (**RG. 66** 431). β. OLG. **16** 360 (Posen). Der Kläger war nicht verpflichtet, dem — in unmittelbarer Nähe wohnenden — Beklagten einen genauen Zeitpunkt für die Auflassung zu bestimmen; es genügte die Mitteilung des Verlangens, nunmehr die Auflassung binnen 5 Tagen zu erhalten. **e**) Art der Nachfristsetzung im einzelnen (s. IDR. **6** Ziff. 4 b). α. **RG. 69** 103 ff., IW. **08** 523 Ziff. 8, R. **08** II Ziff. 2792. Hat der Käufer eines Grundstücks von dem Verkäufer die Beseitigung bestimmter Mängel unter Fristsetzung gemäß § 326 verlangt und hat er sich während des Laufens der Frist mit dem Verkäufer unter Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen dahin geeinigt, daß das Grundstück dem Verkäufer zurückgegeben werden solle, so übt dies auf den Fristenlauf keinen Einfluß. β. **RG.** LeipzZ. **08** 162 Ziff. 26, R. **08** II Ziff. 271. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man die dem § 326 Abs. 1

Satz 1 entsprechende Erklärung deshalb für unwirksam erachten wollte, weil sie zwar am Tage der Fälligkeit, aber schon vor deren Eintritt, wenn auch ganz unmittelbar vor diesem Augenblicke, dem Säumigen zugegangen ist und weil ferner der Nichtsäumige tags darauf gemahnt hat, ohne die Erklärungen aus § 326 ausdrücklich zu wiederholen. γ. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 295, LeipzZ. **08** 854 Ziff. 13. Eine vor Fälligkeit erfolgte Mahnung und eine vor Eintritt des Verzugs erfolgte Fristsetzung mit Androhung nach § 326 ist zwar wirkungslos, aber es kann in der Fortführung des Prozesses über die Zeit der Fälligkeit der Leistung hinaus eine Wiederholung der Mahnung und Fristsetzung zu finden sein. δ. OLG. **17** 379 (Posen). Ausschluß der Fristsetzung durch Kommissionskopien.

8. Erfüllungsweigerung. Wegfall der Nachfristsetzung (s. JDR. **6** Ziff. 4 c, **5** Ziff. 5 b, **4** Ziff. 5 b, **3** Ziff. 5 b, **2** Ziff. 8 c). **a)** *Brecht, JheringsJ. **53** 257 ff., **54** 95 f. (S. o. zu §§ 275 ff., 306 ff., 306 Ziff. 1 u. s. w.) Das Wort Leistungsverweigerung enthält eine oberflächliche Zusammenstellung verschiedener Tatbestände. Auf Grund bloßer Leistungsverweigerung des Schuldners kann der Gläubiger nur dann Schadensersatz verlangen, wenn die Erklärung des Schuldners einen Verzicht auf sein Recht der Realerfüllung (also auf Fristsetzung) enthält. Bestreitet der Schuldner lediglich das Bestehen seiner Leistungspflicht, so ist dies nur dann anzunehmen, wenn hervorgeht, daß der Schuldner die ihm ordnungsmäßig zu setzende Frist auch nicht zur Nachprüfung seiner Leistungspflicht verwenden will. — Der schon vor der Fälligkeit die Leistung verweigernde Schuldner haftet für ein Deckungsgeschäft seitens des Gläubigers, wenn dies eine kulpa-kausale Folge seiner Vertragsverletzung ist, aus allgemeinem Grundsatze (s. o. zu § 249 Ziff. 2 a α). Mit § 326 hat das nichts zu tun. — Regelmäßig hat der Gläubiger die Leistungszeit abzuwarten. **b)** Danz, JheringsJ. **54** 52—54. (S. o. zu § 157 Ziff. I.) Die Erfüllungsweigerung und die Klage des Gläubigers auf Schadensersatz sind nach § 157 dahin auszulegen: Der Gläubiger erklärt sich durch die Erhebung der Schadensersatzklage mit der Offerte des Schuldners, daß aus dem Vertrage nicht geleistet werden solle, einverstanden. Da die Verpflichtung des Schuldners aber nicht durch einen gesetzlichen Erfüllungsgrund ihr Ende gefunden hat, bleibt der Schadensersatzanspruch, während der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Mithin ist die nur dispositive Norm des § 326 von der Anwendung ausgeschlossen. **c)** **RG.** SeuffA. **63** 180, JW. **08** 4 Ziff. 3, LeipzZ. **08** 161 Ziff. 24, R. **08** II Ziff. 34. Der Mahnung und Nachfristsetzung bedarf es nur dann nicht, wenn die Erfüllungsweigerung des Schuldners ernstlich und entschieden ist. Bei Beurteilung der Frage, ob eine solche Erfüllungsweigerung vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die einfache Ablehnung der Erfüllung, insbesondere wenn sie wegen Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt erfolgt, und die Erklärung eines bedingten Rücktritts genügt nicht. Vielmehr müssen gewisse tatsächliche Momente vorliegen, welche es als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der säumige Teil sich bei Setzung einer Nachfrist zur Erfüllung entschließen werde. **d)** **RG. 67** 314 ff. (317), JW. **08** 194 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 301 Ziff. 21, R. **08** II Ziff. 1770. Eine unberechtigte Rücktrittserklärung enthält noch nicht schlechthin eine — von dem Erfordernisse der Nachfristsetzung entbindende — ernstliche Erfüllungsweigerung. Sie kann nur Ausgang für eine derartige ernstliche Weigerung sein und zu einer solchen durch weitere begleitende oder hinzutretende Umstände werden. Eine ernstliche Erfüllungsweigerung kann nur dann angenommen werden, wenn entweder der vertragstreue Teil nach der Rücktrittserklärung noch Vertragserfüllung erfolglos verlangt hat oder die Rücktrittserklärung selbst die Antwort auf ein solches berechtigtes Erfüllungsverlangen war. **e)** **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 149, HoldheimsMSchr. **08** 129. Die rechtzeitig — vor Fälligkeit — widerrufene Erfüllungsweigerung verpflichtet zwar zum Ersatze des aus ihr dem Gegner entstandenen Schadens, berechtigt den Gegner

aber nicht ohne weiteres, sich vom Vertrage loszusagen. **f)** **RG.** NaumburgAK. **08** 11, LeipzZ. **08** 63 Ziff. 25, s. bereits JDR. **6** Ziff. 4 c α. **g)** S. auch oben Ziff. 3 a.

9. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6 u. 7, **2** Ziff. 11). **a)** **RG. 68** 163, JW. **08** 298 Ziff. 4, LeipzZ. **08** 538 Ziff. 19, R. **08** II Ziff. 1499. Fordert beim Handelskaufe der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist für die Waren, die keinen Marktpreis haben (neu einzuführende Maschinen), ausreichend, daß die Möglichkeit des Verkaufs bestand; an Stelle des Marktpreises ist der Verkäuflichkeitswert zu setzen und ein solcher ist bei Waren, die einen Gegenstand des Handelsverkehrs bilden, wie dies auch bei neu einzuführenden Waren der Fall ist, ohne weiteres, bis zum Nachweise des Gegenteils, anzunehmen. Der Beweis des Vorhandenseins von Kauflustigen ist nicht zu erfordern. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 17. Der besondere Zweck der abstrakten Schadensberechnung ist Feststellung des Schadens, der dem Käufer durch die entzogene Möglichkeit eines Weiterverkaufs der nicht gelieferten Waren zu dem üblichen Marktpreis entstanden ist; der allgemeine Zweck ist Vereinfachung und Erleichterung des zu erstattenden Schadensbetrags. Daher durfte der Käufer der Schadensberechnung den allgemeinen Engros-Marktpreis, nicht nur den bei besonders großen Einkäufen bestehenden niedrigeren Ausnahmepreis, zugrunde legen. **c)** **RG.** LeipzZ. **08** 301 Ziff. 23. Der Beklagte hat seinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung konkret dadurch liquidiert, daß er Deckungskäufe und die dabei ausgegebenen Preise zugrunde legte. Diese Tatsachen genügen dem Gesetze. Ob und welche Änderungen sich später ergeben haben, insbesondere ob der Verkäufer, bei welchem sich der Käufer eingedeckt hatte, sich demnächst zur Stornierung der Deckungskäufe hat bereit finden lassen, ist unerheblich. **d)** **RG.** R. **08** II Ziff. 708. Steht einer Forderung eine bestrittene Gegenforderung gegenüber und hat sich der Schuldner der ersteren verpflichtet, als Sicherung bis zur gerichtlichen Feststellung einen von ihm und einer angesehenen Bank unterschriebenen Wechsel zu hinterlegen, so ist, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, der Gegner nach gehöriger Fristsetzung befugt, Sicherheit durch Hinterlegung einer Geldsumme zu verlangen. **e)** **RG.** LeipzZ. **08** 160 Ziff. 20, R. **08** II Ziff. 259. Der Käufer hat seinen abstrakten Schaden dahin berechnet, daß er den Unterschied zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis am vertragsmäßigen Ablieferungsort im Augenblicke des Verzugs fordert. Die Rüge, es hätte der Einkaufspreis des Wohnorts des Verkäufers zur Zeit seines Verzugs in Betracht gezogen werden müssen, übersieht, daß der Käufer die Ware zum Zwecke der Gewinnerzielung an seinem Wohnorte haben wollte. Dort war also der Ort der bestimmungsgemäßen Verwertung der Ware. **f)** SchlHolstAnz. **08** 358 (Kiel). Ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist nicht geltend gemacht, wenn das negative Vertragsinteresse liquidiert wird (Rückforderung der Anzahlung beim Grundstückskaufe). **g)** OLG. **16** 369 (Hamburg). Macht der Verkäufer infolge einer nach der Klagerhebung gemäß § 326 gesetzten Nachfrist anstatt des Anspruchs auf den Kaufpreis den Anspruch auf Schadensersatz geltend, so liegt hierin keine Klagänderung (§ 268 Ziff. 3 ZPO.). **h)** HansGZ. **08** Hptbl. 23 (Hamburg). Der Käufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, darf den Schaden auch dann abstrakt berechnen, wenn er sich eingedeckt hat.

10. Wahlrecht (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8). **RG.** LeipzZ. **08** 224 Ziff. 9, BankA. **7** 157. Durch die bloße Androhung des Selbsthilfeverkaufs wegen Annahmeverzugs des Käufers begibt sich der Verkäufer noch nicht des Rechtes auf Schadensersatz wegen des gleichzeitig vorliegenden Erfüllungsverzugs. Die Sache liegt anders als bei der Wahl zwischen den Rechten nach § 326, welche endgültig ist. Während es sich bei § 326 um verschiedene Rechte auf Grund eines und desselben Tatbestandes handelt, stehen hier verschiedene Tatbestände in Frage, nämlich auf der einen Seite Annahmeverzug, auf der anderen Erfüllungsverzug.

11. Rücktritt von einem Teile des Vertrags. **RG. 67** 103 ff., JW. **08** 3 Ziff. 2, NaumburgAK. **08** 17, R. **08** II Ziff. 35. Aus dem aus verschiedenen Stellen des BGB., z. B. §§ 139, 280 Abs. 2, 469 Satz 2, 346, 356, zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß gewöhnlich ein einheitlicher Vertrag auch nur einheitlich stehen oder fallen soll, muß gefolgert werden, daß auch in den Fällen der §§ 325, 326 bei teilweiser Nichterfüllung eines einheitlichen Vertrags dieser nicht in mehrere Stücke zerlegt, daß nicht von einem Teile zurückgetreten, bei dem anderen stehen geblieben werden kann. Deshalb kann bei einem Bierabnahmevertrage, der mit einem Grundstückskauf und Stundung des Kaufpreises verbunden ist, der Wirt nicht von dem Bierabnahmeversprechen allein zurücktreten.

12. Ablehnungserklärung (s. JDR. **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 9). **RG.** JW. **08** 676 Ziff. 4. Mit der Fristsetzung muß die Androhung, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde, deutlich zum Ausdrucke gebracht werden. Die Erklärung, seine etwaigen Ansprüche rechtlich geltend machen zu wollen, genügt nicht.

13. Anspruch auf Erfüllung. OLG. **16** 369 (Hamburg). Nach Ablauf der Nachfrist ist die Erfüllung auch für den säumigen Teil ausgeschlossen.

14. Kein Interesse (s. JDR. **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 8). Marcus, HoldheimsMSchr. **08** 9 f. Die Rechte aus § 326 Abs. 1 stehen dem Nichtsäumigen im Falle des Abs. 2 zwar ohne Fristsetzung zu, jedoch muß er dem Säumigen Anzeige machen, daß er die Annahme der Leistung nunmehr ablehne (gegen Staub [8] II 1525/6).

15. **RG.** R. **08** II Ziff. 2908. Hat ein Schiffseigentümer es übernommen, sein Schiff, das umgebaut werden soll, auf die Werft des Schiffsbauers zu bringen, so finden auf die Erfüllung dieser Tätigkeit nicht der § 326, sondern die §§ 642 ff. Anwendung.

16. *W. Boethke, EisenbE. **24** 303. Beim Frachtvertrage der Eisenbahn wird die Eisenbahn ihrer Beförderungspflicht durch Vertragsverletzung des Absenders (oder Empfängers) nicht enthoben. Dies hängt mit ihrer Beförderungspflicht zusammen.

§ 327. RheinA. **105** 91 (Cöln). Der Rücktritt vom Prozeßvergleiche nach § 326 BGB. läßt die durch den Vergleichsabschluß erloschene Rechtshängigkeit nicht wieder aufleben.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. 1. OLG. **16** 414 (KG.). Ein Vertrag zugunsten Dritter liegt nicht vor, wenn jemand den Vertrag im Namen des anderen mit oder ohne Vollmacht abschließt (Vertragsabschluß im Namen eines erst zu begründenden Vereins).

2. R. **08** II Ziff. 2144 (Colmar). Aus einem vom Haushaltungsvorstande geschlossenen Mietvertrag erwerben im Zweifel die zum Haushalte gehörigen Familienmitglieder keinen selbständigen Anspruch gegen den Vermieter (Schadensersatzanspruch der Ehefrau).

3. LeipzZ. **08** 718 (LG. Leipzig). Ein selbständiges Klagerecht des Adressaten einer Postanweisung gegen die Post ist aus der Vorschrift des § 328 nicht herzuleiten (vgl. auch JDR. **4** zu § 812 Ziff. 10 b).

4. LeipzZ. **08** 475 Ziff. 10 (Cassel). Versichert der Ehemann Gegenstände seiner Ehefrau gegen Feuersgefahr, so ist dieser Vertrag an sich nicht als ein zugunsten der Ehefrau geschlossener anzusehen.

5. LeipzZ. **08** 399 Ziff. 2 (Colmar). Wenn ein Schneider die ihm von seinen Kunden zur Verarbeitung übergebenen Stoffe gegen Feuer versichert, ist nicht an-

zunehmen, daß nach Absicht der Vertragschließenden die Versicherungsansprüche nicht dem Versicherungsnehmer, sondern der beständig wechselnden Mehrheit von Kunden zustehen sollen.

§ 329. Literatur: Reineke, Haftet der rechtsfähige Verein für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, aus welchem er hervorgegangen ist? DJZ. **08** 245 bis 247.

1. Reineke. Der rechtsfähige Verein haftet für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins, aus welchem er hervorgegangen ist, da im Augenblicke der Entstehung der juristischen Person zwischen dieser und den Mitgliedern des aufgelösten Vereins ein Erfüllungsübernahmevertrag zustande kommt, durch welchen den Gläubigern ein unmittelbarer Anspruch gegen den Übernehmer eingeräumt werden soll.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 3401. Daß eine Erfülllungsübernahme den ausgesprochenen Zweck hat, „die Sache ohne Nachteil für den Gläubiger zu regeln", rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß der Gläubiger einen unmittelbaren Anspruch gegen den Übernehmer erwerben sollte.

3. OLG. **16** 391 (Dresden). Hat der Käufer eines Grundstücks die auf diesem ruhenden Hypotheken „als Selbstschuldner" übernommen, so liegt nicht lediglich eine Erfüllungsübernahme im Sinne von § 329 vor.

4. Über die Bedeutung der Übernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis s. auch § 416 Ziff. 1.

Zu §§ 330 ff. Literatur: Behrend, Lebensversicherung und Gläubiger. III. Der Konkurs des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **08** 125—138.

Lebensversicherungsverträge (s. JDR. **6** zu §§ 330 ff., **5** zu § 330 Ziff. 3, 4, **4** zu § 330 Ziff. 1—3, **3** zu § 330 Ziff. 1—6). 1. Behrend aaO. Im Konkurse des Versicherungsnehmers bei der Lebensversicherung fällt in die Konkursmasse, was dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung, beim Nachlaßkonkurse zur Zeit des Todes, gehörte; was aus diesem Vermögen rechtswidrig abgesondert ist, muß auf die Anfechtungsklage zurückerstattet werden. Es gehört also zur Masse der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage. Aber dieser Versicherungsanspruch ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die Versicherungssumme. Vielmehr ist, wie auch aus § 61 des VersicherungsaufsichtG. und aus §§ 165, 177 ff. Entw. des G. über den Versicherungsvertrag erhellt, der Versicherungsanspruch der Anspruch auf die Prämienreserve oder der nach den Versicherungsbedingungen etwa niedrigere Anspruch auf den Rückkaufswert. Dieser Anspruch gehört in seiner jeweils wechselnden Höhe den Gläubigern des Versicherungsnehmers (128—130). Hieraus folgt, daß der Konkursverwalter nicht in den Versicherungsvertrag eintreten und nicht die Bezeichnung des Bezugsberechtigten ändern darf (130 f.). Es folgt ferner, daß jedes Zugriffsrecht der Gläubiger entfällt, sobald ihnen von anderer Seite als dem Versicherer, insbesondere dem Bezugsberechtigten, der ihnen zukommende Betrag zur Verfügung gestellt wird (131). — Hiernach gehört der Anspruch auf die Prämienreserve zum Nachlasse, soweit überhaupt die Versicherung in den Nachlaß fällt. Entgegen der herrschenden Meinung ist, wie bereits früher nachgewiesen (s. JDR. **6** Ziff. 2), jede Versicherung auf den Todesfall als Versicherung zugunsten eines Dritten zu behandeln (132—134). Verf. untersucht schließlich die Anfechtbarkeit der zugunsten des Bezugsberechtigten vorgenommenen Rechtshandlungen (134—137).

2. **RG.** JW. **08** 689 Ziff. 31. Hat bei der Lebensversicherung der Versicherungsnehmer Zahlung „an seine Erben" bedungen, so ist es Frage der Willensauslegung, ob die Versicherungssumme den Erben als solchen zufließen, also Teil des Nachlasses sein solle, oder ob das Wort „Erben" nur zur Bezeichnung derjenigen Personen diente, welchen die Versicherungssumme unmittelbar als bezugsberechtigten Dritten gebühren sollte.

3. **RG.** JW. **08** 689 Ziff. 31. Ist bei der Lebensversicherung Zahlung der Versicherungssumme an die „Erben" des Versicherungsnehmers als unmittelbar bezugsberechtigte Dritte bedungen, so ist es Frage der Willensauslegung, ob mit dem Worte „Erben" lediglich der gemeint ist, der zur Zeit des Todes des Versicherungsnehmers als sein Erbe berufen war, oder derjenige, welcher auch wirklich sein Erbe geworden ist.

§ 331. Bagel, Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz, GruchotsBeitr. **52** 193 ff. (223 f.). Dem noch nicht geborenen Dritten kommt Rechtsfähigkeit zu, soweit die Sicherung der Anwartschaft auf sein späteres Recht in Frage kommt. Die Grundsätze über die rechtliche Stellung des noch nicht erzeugten Vermächtnisnehmers (215 ff.) sind anwendbar.

§ 332. 1. OLG. **16** 371, SeuffBl. **08** 553 (Stuttgart). Hat sich bei einer zugunsten eines Dritten geschlossenen Lebensversicherung (Zahlung „an die Familie") der Versicherungsnehmer den Widerruf der zugunsten des Dritten getroffenen Bestimmung vorbehalten, so kann im Konkurse des Versicherungsnehmers das Widerrufsrecht durch den Konkursverwalter ausgeübt werden.

2. S. auch oben zu §§ 330 ff. Ziff. 1.

3. SeuffA. **63** 181, R. **08** II Ziff. 167 (Marienwerder). Bei einer Lebensversicherung zugunsten eines bestimmten Dritten kann der Versicherungsnehmer jederzeit einen beliebigen anderen an die Stelle dieses Dritten setzen, falls nichts anderes vereinbart ist. Dieses Einschieberecht ist übertragbar und pfändbar.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339. 1. Rogowski, DJZ. **08** 872, wie bereits JDR. **6** Ziff. 1 (Verwirkung der Vertragsstrafe bei Unterlassungsobligationen).

2. Allgemeines. **a)** OLG. **17** 44 (Kiel). Ein selbständiger Strafvertrag, d. h. das Versprechen einer Leistung für den Fall, daß der Versprechende etwas unterläßt, worauf kein unmittelbarer Anspruch besteht, ist zulässig. **b)** BraunschwZ. **08** 109 ff., (112) (Braunschweig). Die Vertragsstrafe erfordert die Einräumung eines von der Hauptverbindlichkeit verschiedenen Anspruchs auf eine Leistung. Eine Vertragsstrafe liegt dagegen nicht vor, wenn sich bei vertragswidrigem Handeln der Hauptanspruch selbst umgestaltet (lex commissoria). **c)** SeuffA. **63** 142, OLG. **16** 373 (Hamburg). Strafvereinbarungen für den Fall der Unrichtigkeit einer Zusicherung über in der Vergangenheit liegende Verhältnisse sind keine Vertragsstrafen im Sinne der §§ 339 ff., sondern nur Vereinbarungen über die Höhe des eventuellen Gewährleistungs- oder Schadensersatzanspruchs. **d)** OLG. **16** 372 (Hamburg) wie JDR. **3** Ziff. 2.

3. Verzug. **RG.** R. **08** II Ziff. 2547. War die bei Vertragsstrafe geschuldete Leistung zu bestimmtem Kalendertage fertigzustellen, ist aber die rechtzeitige Ausführung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterblieben, so ist die Strafe erst fällig, wenn der Schuldner nach Fortfall des Hindernisses besonders in Verzug gesetzt wird.

4. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **6** Ziff. 2). **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 226 Ziff. 19. Der Käufer eines Handelsgeschäfts hatte sich bei Meidung einer hohen Vertragsstrafe verpflichtet, keine Konkurrenz zu machen. Die Auslegung, daß die Strafe beim Abschluß einzelner unbedeutender, die Interessen des Klägers nur unerheblich verletzender Geschäfte in einem gewöhnlich auf Geschäfte anderer Art gerichteter Betriebe nicht verwirkt sei, ist nicht zu beanstanden. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 595 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 2640. Der Verkäufer eines Geschäfts, der sich verpflichtet hat, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe weder mittelbar noch unmittelbar für ein Konkurrenzgeschäft tätig zu sein, handelt dem Konkurrenzverbote zuwider, wenn er nach Abschluß dieses Vertrags auf ein Konkurrenzverbot verzichtet,

das er sich gegenüber seinem Verkäufer desselben Geschäfts ausbedungen hatte. **c) RG.** LeipzZ. **08** 595 Ziff. 7. Bei Vereinbarung eines Konkurrenzverbots bei Veräußerung eines Geschäfts kann bestimmt werden, daß das Verbot den Verkäufer nicht nur so lange binde, als der Erwerber das Geschäft persönlich fortführe. **d)** OLG. **16** 349 (Dresden). Hat sich jemand bei Meidung einer Vertragsstrafe verpflichtet, kein Geschäft „gleicher Branche" zu betreiben, so ist er nicht befugt, im Betrieb eines anderen gewerblichen Unternehmens Waren feilzubieten, die hauptsächlich in Geschäften der erstgedachten Branche entnommen werden. **e)** Über Konkurrenzverbot s. a. o. zu § 138 Ziff. 4, § 157 Ziff. II 2, § 242 Ziff. 3d (a. E.). **f)** LeipzZ. **08** 715 Ziff. 7 (Hamburg). Der klagende Fiskus macht in erster Linie nicht einen Schadensersatzanspruch geltend, sondern fordert gemäß § 53 Ziff. 8 EisenbVerkO. einen nach dem Bruttogewichte des Versandstücks berechneten Frachtzuschlag, weil bei Aufgabe des Versandstücks die gegebenen Sicherungsvorschriften außer acht gelassen seien. Für diesen Gesichtspunkt ist es gleichgültig, ob die Leute des Fiskus deshalb ein Vorwurf trifft, weil sie den durch das versandte Schwefelnatrium verunreinigten Wagen vor Aufnahme der später beschädigten Rinder nicht genügend gereinigt haben. Es handelt sich um eine reine Vertragsstrafe, die gefordert werden kann, auch wenn ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist. — Beweisführung hinsichtlich der Nichtbeobachtung der Sicherungsvorschriften. **g)** OLG. **16** 373, R. **08** II Ziff. 2639 (Hamburg). Der Gläubiger hat zur Begründung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe zunächst nur die Nichteinhaltung des Ablieferungstermins zu beweisen. Sache des Gegners ist es, sich zu entschuldigen. Sind solche Entschuldigungsgründe nachgewiesen, so muß der Gläubiger nunmehr darlegen, zu welchem Zeitpunkte der Gegner in Verzug gekommen ist. **h)** OLG. **16** 347, R. **08** II Ziff. 257 (Colmar). Die Bestimmung eines zwischen einem Unternehmer und einer Stadt geschlossenen Werkvertrags, daß der Unternehmer bei Meidung einer Vertragsstrafe seinen Bedarf an Arbeitskräften vermittels des städtischen Arbeitsnachweises decken müsse, verpflichtet den Unternehmer zu einer Unterlassung. Er kann sich gegenüber dem Anspruch auf die Vertragsstrafe durch den Nachweis entlasten, daß seine Zuwiderhandlung durch die Stadt verschuldet sei.

§ 340. RG. R. **08** II Ziff. 1352. Es ist Auslegungsfrage, ob bei Verabredung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit der Vertragswille dahin geht, daß statt der Vertragsstrafe auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden könne.

§ 341. 1. OLG. **17** 423 (Hamburg). Hat beim Werkvertrage der Besteller vor Vollendung des Werkes den Vertrag aufgekündigt, weil die bisher gelieferten Arbeiten ihrer Qualität nach dem Vertrage nicht entsprachen, so ist er nicht berechtigt, die Vertragsstrafe wegen Verspätung der Vollendung zu fordern.

2. Zu Abs. 3. **a) RG.** R. **08** II Ziff. 36. Der Vorbehalt des Rechtes auf die Vertragsstrafe muß bei der Annahme der Leistung erklärt werden; ein vorher oder nachher erklärter Vorbehalt genügt nicht. Darin, daß die gelieferte Sache oder Arbeit in Gebrauch genommen wird, kann eine stillschweigende Erfüllungsannahme gefunden werden. **b)** SchlHolstAnz. **08** 346 (Kiel). Der Vorbehalt des Rechtes auf die Vertragsstrafe kann auch stillschweigend erklärt werden. **c) RG.** GruchotsBeitr. **52** 664. Hat der Gläubiger, nachdem die Leistung (Zahlung) in seiner Abwesenheit in seinem Kontor erfolgt ist, den Vorbehalt erst nach einem bei Berücksichtigung des regelmäßigen Geschäftsverkehrs größeren Zeitraum erklärt, so hat er Umstände darzulegen, welche den Vorbehalt als noch bei der Annahme erklärt erscheinen lassen. **d) RG.** GruchotsBeitr. **52** 665. Da die Erfüllung nicht einheitlich durch eine einzige Leistung, sondern durch einzelne Zahlungen erfolgte, war die Annahme des Restbetrags der für die Erklärung des Vorbehalts maßgebende Zeitpunkt; Vorbehalte bei früheren Zahlungen waren daher wirkungslos. **e) RG.** JW. **08** 238 Ziff. 10,

LeipzZ. **08** 377 Ziff. 17. Die Abnahme der Steine auf der Baustelle nach Anleitung der Bauleitung war nach dem Vertrage für die Haftung für Schäden, also den Gefahrübergang, maßgebend. Dieser Augenblick war derjenige der Annahme, in ihm mußte sich der Gläubiger das Recht auf die Vertragsstrafe vorbehalten.

§ 342. **RG.**, **68** 41, JW. **08** 238 Ziff. 10, LeipzZ. **08** 377 Ziff. 18. Nach § 342 findet die Bestimmung des § 341 Abs. 3 auch dann Anwendung, wenn in einem Lieferungsvertrage bedungen ist, daß bei verspäteter Lieferung der Verkäufer einen Nachlaß am Kaufpreise zu gewähren hat.

§ 343. 1. **RG. 68** 229 ff., JW. **08** 401 Ziff. 1, HessRspr. **9** 89, DJZ. **08** 761, BayerZ. **15** 273, R. **08** II Ziff. 1942. Die Zulässigkeit richterlicher Herabsetzung der Vertragsstrafe aus § 343 steht der Anwendung des § 138 nicht entgegen. Die Vereinbarung einer übermäßig hohen, die Vermögensstellung des Schuldners vernichtenden Vertragsstrafe kann als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein. (S. a. o. zu § 138 Ziff. 5.)

2. Richterliches Ermessen (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1—3, **3** Ziff. 2—4, **2** Ziff. 3 c, **1** Ziff. 3, 6). a) LeipzZ. **08** 709 Ziff. 1. Eine Herabsetzung der auf die Übertretung des Wettbewerbsverbots gesetzten Vertragsstrafe ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil das Anfangsgehalt des Verpflichteten bei dem Gläubiger monatlich nur 80 M. betrug. **b) RG.** LeipzZ. **08** 226 Ziff. 20, R. **08** II Ziff. 477. Für die Frage, ob die auf Übertretung des Wettbewerbsverbots gesetzte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch sei, ist nicht das Gehalt der Angestellten, sondern das Interesse des Prinzipals an der Unterlassung des Wettbewerbes maßgebend. **c) RG.** R. **08** II Ziff. 951. Der Nachweis eines ziffermäßig festzustellenden Schadens ist nicht Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Vertragsstrafe, es genügt jedes berechtigte Interesse. **d) RG.** SeuffA. **63** 54 f. schon JDR. **6** Ziff. 2 c.

3. **RG.** R. **08** II Ziff. 950. Eine Entrichtung der Vertragsstrafe liegt nicht vor, wenn bei Stundung einer fälligen Kaufpreisrate verabredet ist, daß bei nochmaligem Verzuge der Verkäufer berechtigt sei, den schon gezahlten Kaufpreisteil als Vertragsstrafe zu behalten.

4. Keine rückwirkende Kraft (s. auch JDR. **3** Ziff. 1 a, **2** Ziff. 3 c, **1** Ziff. 6). ElsLothJZ. **08** 130 (Colmar). Ist der Vertrag unter der Herrschaft des früheren Rechtes abgeschlossen, so findet die Vorschrift des § 343 keine Anwendung.

Fünfter Titel. Rücktritt.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist über die wiederholt erörterte Frage berichtet, ob aus Abzahlungsgeschäften Herausgabe neben Zahlung verlangt werden kann (zu §§ 346 ff., 349). Von Bedeutung für das Recht der Wandelung sind die Entscheidung des **RG.** SeuffA. **63** 392 über die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens bei wesentlicher Verschlechterung der Kaufsache und die durch **RG. 64** 374 (s. JDR. **6** Ziff. 2) veranlaßten Ausführungen von Thiesing über den Begriff der wesentlichen Verschlechterung.

Zu §§ 346 ff. Kann aus Abzahlungsgeschäften Herausgabe neben Zahlung verlangt werden? 1. Paehler, DJZ. **08** 190 f. a) Bei Abzahlungsgeschäften ist der Klagantrag auf Zahlung oder Herausgabe mit Rücksicht darauf, daß ein Rücktritt nicht erklärt ist, nicht zulässig. b) Der Antrag auf Zahlung oder im Nichtbeitreibungsfalle Herausgabe ist zulässig; in solchem Falle ist neben der Klage auf Zahlung eine selbständige Klage für den zukünftigen Fall erhoben, daß die Zahlung nicht beizutreiben ist und in Verbindung hiermit der Rücktritt erklärt wird (§ 259 ZPO.). c) Der Antrag auf Rückgabe oder Zahlung ist unzulässig.

2. Lazarus, DJZ. **08** 301 f. a) Eine bedingte Rücktrittserklärung des Abzahlungshändlers für den Fall der Nichtbeitreibung der fälligen eingeklagten Raten und die Einklagung des für den Fall der Nichtbeitreibung entstehenden Rechtes auf

Herausgabe ist zulässig. b) Der Antrag auf Zahlung oder Herausgabe ist meist nur ungenau gefaßt und deckt sich in Wahrheit mit dem Antrag auf Zahlung und im Nichtbeitreibungsfalle Herausgabe (oben zu a).

3. Cohn, R. **08** 34 f. Aus Abzahlungskäufen kann nicht Herausgabe neben Zahlung verlangt werden. Auch der Antrag, den Beklagten zur Herausgabe zu verurteilen, ihm aber anheimzugeben, die Herausgabe durch Zahlung abzuwenden, ist unzulässig (s. auch § 349 Ziff. 2).

4. BreslauAK. **08** 35 (Breslau). Bei Abzahlungsgeschäften ist der Klagantrag auf „Zahlung und, falls die Zwangsvollstreckung fruchtlos ausfallen sollte, Herausgabe" zulässig. Der Rücktritt kann unter der Bedingung der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung erklärt werden.

§ 347. 1. **RG.** SeuffA. **63** 392, JW. **08** 478 Ziff. 8, R. **08** II Ziff. 3120. Steht die Verschlechterung oder die wesentliche Verschlechterung (§ 351) der Kaufsache fest und leitet der Verkäufer hieraus den Schadensersatzanspruch oder den Ausschluß der Wandelung her, so ist es regelmäßig Sache des Käufers, darzutun, daß die Verschlechterung nicht von ihm verschuldet ist (vgl. auch zu § 351 Ziff. 2).

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 1353. Im Falle eines Kreditkaufs braucht der Käufer, der sich den Rücktritt vorbehalten und ihn erklärt hat, den Kaufpreis für die Zeit, während welchet er den gekauften Gegenstand besessen hat, nicht zu verzinsen.

§ 349. 1. Lazarus, DJZ. **08** 301 f. Eine bedingte Rücktrittserklärung des Abzahlungshändlers für den Fall der Nichtbeitreibung der fälligen eingeklagten Raten ist zulässig (s. auch zu §§ 346 ff. Ziff. 4).

2. AM. Cohn, R. **08** 34 f. (vgl. zu §§ 346 ff. Ziff. 3).

§ 351. Literatur: Thiesing, Zum Begriffe der wesentlichen Verschlechterung, R. **08** 877 f.

1. Thiesing führt im Anschluß an **RG. 64** 374 (JDR. **6** Ziff. 2) aus: Wenn auch die Substanz der Kaufsache eine sich als Verschlechterung darstellende Veränderung erfahren haben muß, so braucht doch diese — rein objektiv betrachtet — keine wesentliche zu sein. Vielmehr genügt eine an sich geringfügige Verschlechterung, wenn dadurch nur in Anbetracht der konkreten Verhältnisse eine erhebliche Benachteiligung des Verkäufers hervorgerufen wird. Kommt also die an sich nur wenig verschlechterte Sache für den Verkäufer lediglich als Handelsobjekt in Betracht, so ist gleichwohl der Wandelungsanspruch ausgeschlossen, wenn sie infolge des an sich nicht wesentlichen Fehlers gar nicht oder nur schwer verkäuflich geworden ist.

2. Beweislast. **RG.** SeuffA. **63** 392, JW. **08** 478 Ziff. 8, BayRpflZ. **08** 310. Steht eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache fest und leitet hieraus der Verkäufer den Ausschluß der Wandelung her, so ist es regelmäßig Sache des Käufers, darzutun, daß die Verschlechterung nicht von ihm verschuldet ist.

3. **RG.** SeuffA. **63** 392, JW. **08** 478 Ziff. 8, BayRpflZ. **08** 310, R. **08** II Ziff. 3113. Bei der Wandelung ist deren Vollziehung gemäß § 465 und nicht schon das einseitige Wandelungsverlangen dasjenige Ereignis, bis zu dessen Eintritt ein Verschulden der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat (vgl. auch JDR. **4** Ziff. 2).

4. **RG.** BayRpflZ. **08** 310, R. **08** II Ziff. 3114. Ist Gegenstand eines Kaufes ein Grundstück nebst Fleischereiinventar, nicht aber das auf dem Grundstücke betriebene Fleischereigeschäft, so enthält ein Rückgang des Fleischereibetriebs keine zur Begründung des Ausschlusses der Wandelung oder eines Schadensersatzanspruchs geeignete Verschlechterung des Kaufgegenstandes.

5. ElsLothJZ. **08** 577 (Colmar). Der Verlust eines Teiles der Kundschaft des verkauften Warengeschäfts schließt nicht ohne weiteres das Rücktrittsrecht des Käufers aus.

§ 353. Literatur: Zeiler, Einfluß der Weiterveräußerung der Kaufsache, insbes. eines gekauften Tieres, auf das Wandlungsrecht des Käufers, JW. **08** 292—294.

1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot. Vgl. über den Begriff der Verfügung o. zu § 184 Ziff. I.

2. Zeiler aaO. Die Weiterveräußerung allein bewirkt nach der gesetzlichen Regelung den Verlust des Wandelungsanspruchs selbst dann nicht, wenn der Käufer in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis des Mangels gehandelt hat. Auch ein Verzicht auf die Wandelung kann in der Weiterveräußerung nicht ohne weiteres gefunden werden; ob ein Verzicht anzunehmen ist, ist vielmehr Frage der Auslegung im einzelnen Falle.

3. ElsLothJZ. **08** 576 (Colmar). Der Verbrauch einer weiterveräußerten Sache durch den Dritterwerber schließt den Rücktritt nur dann aus, wenn den Dritten dabei ein Verschulden trifft. In dem Verbrauche von Krämerwaren kann aber weder ein solches Verschulden noch ein Verzicht des verkaufenden Krämers auf das Rücktrittsrecht erblickt werden, da diese Veräußerung und der Verbrauch durch die Verhältnisse, insbesondere zur Vermeidung des Verderbens, geboten sind.

§ 356. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Beim Schuldbeitritte verbleibt das Rücktrittsrecht trotz § 356 unter Umständen dem zunächst allein verpflichtet gewesenen Schuldner (426 f.).

§ 357. R. **08** II Ziff. 3115 (Marienwerder). Die Rückforderung eines bei verspäteter Zinszahlung sofort fälligen Darlehens enthält keinen Rücktritt vom Vertrag; auch ist § 357 als Ausnahme von § 389 nicht analog auf andere Rechtsverhältnisse anwendbar.

§ 359. RG. LeipzZ. **08** 304 Ziff. 35. Beim Vorprämiengeschäfte hat die Prämie den Charakter eines Reugeldes für die Einräumung des Rücktrittsrechts (JW. **02** 101 Ziff. 50). Ist sie bei Eingehung des Geschäfts alsbald beglichen, so liegt darin keine Leistung zur Erfüllung vor oder nach Abwickelung des Geschäfts (BörsG. § 66 Abs. 4).

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

Zu §§ 362 ff. *Klein, ÖstZBl. **27** 114 ff. (s. auch JDR. **6** zu §§ 362 ff. Ziff. 1). Erlischt bei einem Schuldverhältnis aus einem synallagmatischen Vertrage die Verpflichtung zur Leistung durch „Zweckerreichung“, so erlischt auch die Verpflichtung zur Gegenleistung. Für den Gläubiger, der von dem das Schuldverhältnis beendenden Umstand erfährt, besteht gegenüber dem Schuldner eine Anzeigepflicht. — Genaue Untersuchung in jedem Falle notwendig, ob nicht außer dem Erlöschensgrunde der Zweckerreichung der der Erfüllung vorliegt. Soweit Erfüllung vorliegt, Anspruch auf Gegenleistung (vgl. insbes. 118 Note 18).

§ 362. NaumburgAK. **08** 44 (LG. Magdeburg). Bei Einsendung des Schuldbetrags ohne Angabe des Absenders und der zu tilgenden Schuld tritt mangels Beziehung auf die zu zahlende Forderung eine Tilgung der Schuld nicht ein.

§ 363. 1. **RG.** JW. **08** 479 Ziff. 11, BayRpflZ. **08** 378, SächsRpflA. **08** 358, GruchotsBeitr. **52** 860. Behauptet der Käufer gegenüber dem Anspruch auf den Kaufpreis, der Verkäufer habe die Ware vertragswidrig an einen Dritten ausgeliefert, so ist der Verkäufer dafür beweispflichtig, daß die Auslieferung so, wie sie erfolgt ist, dem Vertrag entsprach.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 711. Weigert der Käufer die Zahlung, weil die Ware Mängel zeige, so trifft den Verkäufer die Beweislast, es sei denn, daß die Ware als Erfüllung angenommen ist. Eine solche Annahme als Erfüllung ist nicht zu unterstellen, wenn die Parteien bei einer zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung es als eine der Beantwortung bedürfende Frage behandelt haben, ob die Ware rein sei.

§ 364. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 1156. Durch die Vermischung einer Wechselschuld mit anderen Wechselschulden — durch Stundung, Prolongation u. dgl. — tritt hinsichtlich der materiellen Schuld nicht ohne weiteres Novation ein; es bedarf besonderer Abmachung.

2. **RG. 67** 264, JW. **08** 70 Ziff. 3. § 364 Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn eine schon bestehende Schuld durch Umwandlung in ein irreguläres Depositum einen neuen Schuldgrund erhalten soll (vgl. **RG. 62** 52).

3. R. **08** II Ziff. 3565 (Frankfurt). Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Forderung erfüllungshalber abgetreten, so kann der Gläubiger aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse Zahlung gegen Rückabtretung der erfüllungshalber übertragenen Forderung verlangen.

4. BadRpr. **08** 177 (Karlsruhe). Die Übernahme einer Hypothek auf den Kaufpreis eines Grundstücks erfolgt im Zweifel nicht an Erfüllungsstatt, sondern erfüllungshalber.

§ 366. 1. *Fischer. Darüber, daß die im § 366 vorgeschriebene sukzessive Schuldtilgung (sog. einfache Rechnung) im Gegensatze zur einheitlichen Schuldtilgung des Kontokorrents oftmals gegen die Grundlagen der Jurisprudenz verstößt, s. § 355 HGB.

2. OLG. **16** 373, R. **08** II Ziff. 1355 (Stuttgart). Das Bestimmungsrecht des Abs. 1 steht dem Bürgen, welcher für mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners haftet, nicht zu, und zwar auch nicht bei selbstschuldnerischer Bürgschaft.

3. **RG.** R. **08** II Ziff. 37. Ist ein Betrag als Guthaben des Klägers gebucht und ein gleicher Betrag an ihn gezahlt, so ist der Kläger, wenn er die Zahlungen auf das gebuchte Guthaben sich nicht anrechnen lassen will, dafür beweispflichtig, daß er aus einem anderen Schuldgrunde den gleichen Betrag zu fordern gehabt hat.

§ 368. Literatur: Glatzer, Bankkonto bei X.-Bank, R. **08** 744 f. — Derselbe, Postschein als Quittung und das Eigentum an Lohn- und Gehaltsbüchern, R. **08** 809 f.

1. Glatzer, R. **08** 744 f. Enthalten Geschäftspapiere und insonderheit Rechnungen des Gläubigers einen Hinweis auf ein Bankkonto, so ist der Schuldner berechtigt, den Rechnungsbetrag bei diesem einzuzahlen. Die von der Bank ausgestellte Quittung entspricht in ihren Rechtswirkungen völlig derjenigen, zu der der Gläubiger nach §§ 368, 126 verpflichtet wäre.

2. Glatzer, R. **08** 809 f. Setzt der Gläubiger auf die Rechnung den Vermerk „Postschein als Quittung", so bestimmt er die Quittung eines Zahlungs zwischen-empfängers als rechtsgültige eigene Quittung. Nimmt der Schuldner das Anerbieten an, so hat der Postschein den Charakter einer Quittung im Sinne des § 368.

3. Glatzer, R. **08** 809 f. Der Angestellte überträgt das Eigentum an dem auf eigene Kosten angeschafften Lohn- oder Gehaltsbuche mit der Übergabe der ersten in ihm vollzogenen Einzelquittung auf den Arbeitgeber. Im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses hat er keinen dinglichen Anspruch auf Rückgabe des Buches, sondern höchstens den obligatorischen auf Ausfolgung der ohne Beschädigung der ausgefüllten Quittungen abtrennbaren Quittungsformulare oder Entschädigung hierfür unter dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung.

4. Tuma, SeuffBl. **08** 452. Kein Anspruch auf Erteilung einer Quittung über die Quittungserteilung.

§ 370. 1. *Goldberger, Schutz gutgläubiger Dritter (s. o. §§ 170 ff., 171 ff., 172 u. s. w.) Dieser Paragraph gehört zu den Bestimmungen des BGB. zum Schutze gutgläubiger Dritter im Verkehre mit Nichtbevollmächtigten. Er unterscheidet sich von den übrigen gleichartigen Bestimmungen des BGB. dadurch, daß, während bei diesen das Vertrauen des Dritten in den Bestand einer Vollmacht auf

einem durch den Vertretenen wirklich geschaffenen äußeren Tatbestande beruhen muß, hier ein Tatbestand genügt, welcher den Vertretenen möglicherweise nur scheinbar zum Urheber hat (82). Damit die Schutzwirkung des § 370 BGB. eintreten kann, darf die Quittung zwar nicht gefälscht, wohl aber kann sie verfälscht sein, wie z. B. in dem Falle, daß die Quittung nur über einen Teilbetrag der Forderung des Ausstellers lautete und der Überbringer mittels Verfälschung den Betrag erhöht hat (83).

2. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 542 Note 1. (S. o. bei §§ 164 ff., 164, 165, 166, 168 u. s. w.) Der Überbringer der Quittung ist kein „Verfüger" (Biermann, Festgabe für Dernburg 93), auch nicht unter Umständen (Cosack, Lehrb. I § 67 I 4; Oertmann 1 zu § 370), sondern er ist stets Vertreter, weil er durch Übergabe der von dem Gläubiger ausgestellten und unterschriebenen Quittung die Leistung nur in des Gläubigers Namen annimmt und nur so annehmen kann.

3. **RG. 69** 101 ff., JW. **08** 563 Ziff. 28, LeipzZ. **08** 693 Ziff. 1. Hat der wechselmäßig legitimierte Gläubiger auf dem Wechsel quittiert, so wird dadurch die Legitimation eines früheren, im Besitze des Wechsels befindlichen, Indossanten zur Protesterhebung nicht erbracht; die formalen Vorschriften der WO. über die Erhaltung und Geltendmachung der Wechselrechte werden durch die Vorschrift des § 370 nicht berührt.

4. **RG.** R. **08** II Ziff. 952. Ein Notar, dem eine Löschungsbewilligung in seiner Amtseigenschaft zugesandt wird, kann als Quittungsüberbringer nicht angesehen werden.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

§ 372. 1. **RG. 69** 149, R. **08** II Ziff. 2304. Die Vorschrift greift auch Platz, wenn die Ungewißheit über die Person des Gläubigers auf begründeten Zweifeln über die Auslegung und Anwendung des objektiven Rechtes beruht.

2. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 109. Läßt eine Sparkasse eine Abweichung zwischen dem Namen, auf welchen das Sparkassenbuch lautet, und dem wirklichen Namen des Gläubigers fahrlässig unbeanstandet und entstehen demnächst Zweifel über die Identität des Gläubigers, so befindet sich die Sparkasse nicht in unverschuldeter Unkenntnis (Revision gegen die in JDR. **6** Ziff. 4 mitgeteilte Entsch. zurückgewiesen).

3. **RG.** R. **08** II Ziff. 2145. Hat der Konkursverwalter eine Veräußerung des Gemeinschuldners mit Erfolg als nichtig angefochten, ist aber während des Rechtsstreits der Verkauf der streitigen — bis dahin im Besitze des Gemeinschuldners verbliebenen — Sachen und die Hinterlegung des Erlöses vereinbart worden, so kann der Verwalter auch die Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses an ihn verlangen.

§ 374. OLG. **16** 374, SeuffA. **63** 11 (Dresden). Die Kosten der Anzeige an den Gläubiger fallen diesem nach § 381 zur Last.

§ 376. R. **08** II Ziff. 1157 (Naumburg). Der Gläubiger erwirbt das Recht, die Annahme der Hinterlegung zu erklären und die hinterlegte Sache herauszuverlangen, unabhängig von seiner ursprünglichen Forderung lediglich kraft des Hinterlegungsvertrags.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Der Streit über die Eventualaufrechnung setzt sich fort, ebenso derjenige über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegenüber Gesindelohnforderungen (s. zu §§ 387, 388, § 394). Mehrfach ist die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung beim Geldwechseln erörtert und in verneinendem Sinne beantwortet worden (s. zu § 387).

Zu §§ 387, 388. Literatur: Reichel, AcivPr. **104** 8. — Scholz, R. **08** 481 f. — Stölzel, R. **08** 630 f. — Derselbe, R. **08** 398—405.

1. *Reichel, AcivPr. **104** 8. Aufrechnung mit eigener Forderung gegen fremde Wahnforderung (die in Wahrheit nicht besteht) ist pro nihilo; einer Anfechtung oder Rückforderung bedarf es nicht.

2. Aufrechnung durch Zurückbehaltung einer fälligen Geldforderung gegen eine fällige Geldforderung s. oben zu § 273 Ziff. 3c.

3. Replica compensationis (s. JDR. **6** § 387 Ziff. 2). **RG.** SeuffA. **63** 308 s. bereits JDR. **6** § 387 Ziff. 2.

4. Eventualaufrechnung (s. JDR. **6** § 387 Ziff. 3, **5** §§ 387, 388 Ziff. 4). **a)** *Stölzel, R. **08** 398—405. Das RG. hat mehrfach (zuletzt am 30. Oktober 1907) ausgesprochen, daß in Fällen, in denen eine Klage auf Zahlung nicht am Platze sei, sondern nur eine Klage auf Feststellung, gerichtsseitig auf Änderung der Klage hinzuwirken und, wenn der Kläger sich dazu nicht verstehe, die Klage abzuweisen ist. Daraus folgt, daß bei anerkannter Gegenforderung die auf Zahlung gerichtete Klage bei nicht erfolgender Klagänderung ebenfalls abzuweisen ist. Daran vermögen auch die neuerlichen Äußerungen Geibs, Kohlers und Fr. Leonhards über die Eventualaufrechnung nichts zu ändern, da nach klaren Sätzen des Prozeßrechts in Anwendung ebenso klarer Sätze des materiellen Rechtes ein Kläger, der Zahlung fordert, aber eine entgegengesetzte kompensable Forderung anerkennt, nicht nur dann abzuweisen ist, wenn er nachgewiesenermaßen zu fordern berechtigt oder zu fordern unberechtigt ist, sondern alsbald, ohne daß jener Nachweis geführt oder mißlungen ist. **b)** Scholz, R. **08** 481 f., bekämpft die Klagabweisungstheorie mit Rücksicht auf den Fall, daß einer bestrittenen Klageforderung gegenüber eventuell Zahlung, höchsteventuell eine Gegenforderung geltend gemacht und letztere anerkannt, die Zahlung aber bestritten wird. **c)** Dagegen Stölzel, R. **08** 630 f.

5. Fälligkeit. **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3402, LeipzZ. **08** 934 Ziff. 23. Die Aufrechnung gegen eine noch nicht fällige Hypothekenforderung, die also vom Schuldner nicht ohne Zustimmung des Gläubigers zurückgezahlt werden kann, ist auch ohne den Widerspruch des Gläubigers unwirksam. **b)** R. **08** II Ziff. 712 (Marienwerder). Eine Aufrechnungserklärung gegen eine noch nicht fällige Forderung erhält nicht mit Eintritt der Fälligkeit Wirksamkeit.

6. Aufrechnungsvertrag (s. JDR. **6** § 387 Ziff. 6, **5** §§ 387, 388 Ziff. 6, **4** §§ 387, 388 Ziff. 5). **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2912. Die mit dem Kontokorrent vom Gesetze verbundene Wirkung, daß bei der Ziehung des Passivsaldos eine verhältnismäßige Tilgung aller Debetposten auf dem Wege der Gesamtaufrechnung erfolgt, kann, auch wenn die Voraussetzungen des eigentlichen Kontokorrents fehlen, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung herbeigeführt werden (JW. **92** 374 Ziff. 18). Vereinbarung durch Beibehaltung der Buchungsart, Saldoziehung und Anerkennung des Saldos. **b)** ElsLothJZ. **08** 239, DJZ. **08** 1040 (Colmar). Da die Anerkennung eines Kontokorrentsaldos einen Aufrechnungsvertrag enthält und da die Schuld aus einem nach § 66 BörsG. unwirksamen Börsentermingeschäft erfüllbar ist und demnach auch zum Gegenstand eines Aufrechnungsvertrags gemacht werden kann, ist es zulässig, auf Grund des Anerkenntnisses eines Kontokorrentsaldos gegen eine Forderung aus einem Börsentermingeschäft und mit einer solchen aufzurechnen. Soweit aber ein Teil des Saldos aus einem an sich rechtsunwirksamen Börsentermingeschäfte noch nicht durch Aufrechnung getilgt ist, stellt er trotz Saldoanerkenntnisses eine unverbindliche Schuld dar. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 713. Vereinbaren Gläubiger und Schuldner, daß letzterer seine Schuld abverdienen solle, so liegt darin ein im voraus geschlossener Aufrechnungsvertrag. Einer besonderen Aufrechnungserklärung bedarf es nicht.

7. Aufrechnung beim Geldwechseln. **a)** Eisner, DJZ. **08** 419. Ist Geld nur zum Zwecke des Umwechselns hingegeben, so ist die Aufrechnung einer Kaufpreisforderung gegen die Forderung auf Herausgabe des Wechselgeldes unzulässig, und zwar sowohl gemäß § 393 als gemäß § 387 (mangelnde Gleichartigkeit). **b)** Weigelin, R. **08** 371 f. (zu Eisner, oben lit. a). Beim Geldwechseln

ist die Aufrechnung einer Kaufpreisforderung gegen die Forderung auf Empfang des Wechselgeldes kraft stillschweigenden Vertrags sowie auch wegen mangelnder Gleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen. c) Bendix, BayRpflZ. **08** 244 f. Gibt der eine Teil ein Geldstück nur zum Zwecke des Umwechselns hin, so bekundet er damit deutlich genug seinen Willen, daß er die Tilgung einer etwa bestehenden Gegenforderung ablehne, der andere Teil erklärt hiermit sein Einverständnis, indem er die Umwechselung übernimmt, und verzichtet dadurch vertragsmäßig auf Aufrechnung.

8. Schneider, BayRpflZ. **08** 29—34 (31). Im Falle der Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO.) muß im Grundurteile die Aufrechnungseinrede gänzlich erledigt und festgestellt werden, daß trotz ihres Vorbringens für den Kläger ein Überschuß verbleibt.

9. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** § 387 Ziff. 7, **5** §§ 387, 388 Ziff. 8, **4** Ziff. 10, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 8). a) OLG. **16** 377 (Hamburg). Hat bei einem Darlehen der Schuldner den Gläubiger zur Hergabe des Geldes durch die Erklärung bestimmt, der Gläubiger werde das — zu vorübergehendem Zwecke herzugebende — Geld in einigen Tagen wieder erhalten, so liegt hierin ein Verzicht des Darlehnsschuldners auf Aufrechnung. b) SeuffA. **63** 12, R. **08** II Ziff. 2795 (Kiel). Aus einem Darlehnsvorvertrage kann gegen die Zurückforderung eines anderen Darlehens weder aufgerechnet noch zurückbehalten werden (s. auch § 273 Ziff. 6 b γ).

§ 389. **RG.** LeipzZ. **08** 867 Ziff. 7. Ist nach den Bedingungen eines Versicherungsvertrags die Prämie innerhalb bestimmter Frist zu zahlen, so muß eine zur Tilgung der Prämie erfolgende Aufrechnung bei Meidung der an die nicht fristgemäße Entrichtung geknüpften Nachteile vor Ablauf der Frist erklärt sein.

§ 391. 1. R. **08** II Ziff. 1517 (Frankfurt). Ausschluß der Aufrechnung, wenn die Zahlung nicht nur an einem anderen Orte, sondern auch an eine andere Person zu erfolgen hat.

2. LeipzZ. **08** 798 Ziff. 3 (LG. Leipzig). Die Aufrechnung gegen eine Wechselforderung ist zulässig.

§ 393. 1. **RG.** SeuffA. **63** 361 f. bereits die in JDR. **6** an erster Stelle abgedruckte Entscheidung.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 3566. Hat ein sog. Kommissionsagent, weil er sich zu Unrecht entlassen glaubte, zur Deckung seiner Schadensansprüche Gelder, die von den Kunden bezahlt waren, zurückbehalten, so ist von einer Forderung aus unerlaubter Handlung keine Rede. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung kann daher nicht aus § 393 gefolgert werden.

3. HansGZ. **08** Beibl. 232 (Hamburg). Die Aufrechnung ist auch ausgeschlossen, wenn die unerlaubte Handlung zugleich eine Verletzung vertraglicher Pflichten enthält.

§ 394. 1. Cordes, JW. **08** 294 f. (gegen Fromherz, DJZ. **07** 1248 [JDR. **6** Ziff. 1]). Die Aufrechnung gegenüber Gesindelohnforderungen ist unzulässig. Entgegenstehende landesgesetzliche Vorschriften sind nicht rechtsgültig (s. auch JDR. **6** Ziff. 5 a zu § 273).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 667. Ein über den Umfang der Aussteuer hinausreichender Mitgiftanspruch nach ALR. ist übertragbar und folgeweise aufrechnungsfähig.

3. OLG. **17** 194 (Breslau). Dem Arbeits- oder Dienstverhältnis im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes ist die Abhängigkeit des Arbeiters vom Arbeitgeber wesentlich. Gegen die Lohnforderung eines mit der selbständigen Leitung einer Ziegelei betrauten Ziegelmeisters ist daher die Aufrechnung zulässig.

§ 395. 1. Zu § 395 BGB. vgl. wegen des hier gegebenen fiskalischen Privilegs *Weyl in der zu § 89 BGB. genannten Abhandlung 110 ff. (118 ff.).

2. HansGZ. **08** Beibl. 171, R. **08** II Ziff. 1516 (Hamburg). Der Satz des gemeinen Rechtes, daß die Kompensation gegenüber Steuerforderungen des Fiskus nicht zulässig sei, ist auch unter der Herrschaft des BGB. noch in Geltung.

§ 396. **RG.** SeuffA. **63** 308 s. bereits JDR. **6** Ziff. 1.

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 1955. In dem auf einen Kontoauszug gesetzten Vermerk „ab laut Verabredung 1800 M." ist nicht der Antrag eines von dieser Verabredung losgelösten, abstrakten Vertrags zu finden, wie es ein Erlaß sein müßte.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 698 Ziff. 23. Die Parteien hatten vereinbart, daß der Kläger den Kaufpreis zu bestimmter Stunde an den Beklagten auf der Amtsstube des Notars zu zahlen habe. Der Kläger fand sich pünktlich ein und zahlte nach einiger Zeit an den Notar gegen dessen Quittung. Beim Verlassen des Hauses begegnete er dem Beklagten und zeigte ihm die Quittung mit der Erklärung, er sei das Geld los; der Beklagte erwiderte, es sei gut. Die Auffassung des OLG., der Beklagte habe durch diese Äußerung anerkannt, daß der Kläger seiner Zahlungspflicht ihm gegenüber durch die Zahlung an den — nicht bevollmächtigten, demnächst flüchtig gewordenen — Notar nachgekommen sei, ist unbedenklich, zumal das OLG. noch angenommen hat, daß der Beklagte auch durch sein ferneres Verhalten den Empfang der Zahlung an den Notar als für seine Rechnung geschehen stillschweigend anerkannt hat (Beklagter kehrte nämlich nach jenem Zusammentreffen um und wandte sich wegen des Geldes erst nach einigen Monaten an den Notar).

3. Pactum de non petendo. **RG.** JW. **08** 750 Ziff. 21. Hat der beklagte Aussteller eines Wechsels mit dem Wechselgläubiger vereinbart, daß dieser ihn zwecks Schaffung eines Gerichtsstandes gegen einen dritten Wechselverpflichteten (§ 603 Abs. 2 ZPO.) mitbelangen, ihn aber aus seiner Wechselunterschrift „materiell nicht in Anspruch nehmen" werde, so ist nicht bloß die Zwangsvollstreckung, sondern auch die Erwirkung eines Urteils gegen diesen Beklagten ausgeschlossen.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Voranzustellen war zu §§ 398 ff., 414 ff. der Aufsatz von Hölder über die Ablösung einer Vertragspartei bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen durch einen Dritten. Zu § 398 haben die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen (v. Tuhr) und Fragen der Inkassozession (Wienstein) literarische Behandlung gefunden. Auch in der Judikatur ist die Inkassozession wieder mehrfach hervorgetreten und gegen die Klaganstellung durch einen Beauftragten ohne Abtretungsvertrag abgegrenzt worden. Bezüglich der Frage der Abtretbarkeit des Anspruchs aus einem Darlehnsversprechen stellt das RG. (**RG. 68** 355 ff., JW. **08** 676 Ziff. 6) fest, daß die Abtretung des Anspruchs auf die Auszahlung der Geldsumme mit der Wirkung, daß der Abtretende der Darlehnsschuldner werde, rechtswirksam ist (s. zu § 399). Der Streit über die Erfordernisse der Kenntnis des Schuldners beim gesetzlichen Forderungsübergang setzt sich fort (zu § 407).

Zu §§ 398 ff. Literatur: Hölder, Die Ablösung der Vertragspartei durch einen Dritten, R. **08** 469—472.

Hölder aaO. Innerhalb der Kategorie der Vertragsänderung sind bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen zu unterscheiden die Übertragung der Forderung einer Partei durch Abtretung, die Übertragung ihrer Verbindlichkeit durch Schuldübernahme und die Übertragung der ganzen Stellung einer Partei, so daß ein Dritter der anderen Partei als Gläubiger und Schuldner gegenübertritt. Auf die Übertragung der ganzen Stellung müssen die Erfordernisse sowohl der Abtretung als der

Schuldübernahme zutreffen. Sie kann nicht nur durch Vertrag mit beiden Parteien, sondern auch durch einen von der anderen Partei gebilligten Vertrag mit einer Partei bewirkt werden. Hat die eine Partei die andere zu einem solchen Vertrag ermächtigt, so spricht man von einer Substitutionsbefugnis. — Substitution beim Auftrage.

§ 398. Literatur: v. Tuhr, Abtretung künftiger Forderungen, BankA. 7 277—279. — Wienstein, Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäft, LeipzZ. **08** 881—886.

1. R. **08** II Ziff. 714 (Stettin). Absolute Bestimmtheit dessen, was Gegenstand der Abtretung sein soll, ist nicht erforderlich; es genügt Bestimmbarkeit.

2. Wirkung der Abtretung auf den Prozeß (s. JDR. **6** Ziff. 3, **4** Ziff. 1 b, **3** Ziff. 1 b). a) **RG.** JW. **08** 303 Ziff. 11, BauersZ. **15** 162. Der Abtretung der Klageforderung während des Rechtsstreits ist nur in rein prozessualer Beziehung jede Einwirkung auf die Streitsache entzogen. Die materiellen Rechtsfolgen der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs treten auch während des Rechtsstreits ein. Die Abtretung äußert ihre Wirkung dahin, daß der Kläger seinen Klagantrag in der Weise, daß der Beklagte zur Leistung an den Zessionar verurteilt werde, nicht nur ändern kann, sondern daß er, sobald der Beklagte ihm aus der Abtretung einen Einwand entgegenhält, bei Meidung der Klagabweisung den Antrag sogar in der angegebenen Weise stellen muß (**RG. 40** 340, **56** 302 [JDR. **3** Ziff. 1 b]). **b)** SchlHolstAnz. **08** 27, R. **08** II Ziff. 2960 (Kiel). Ein zwischen dem Zedenten und dem Schuldner abgeschlossener Prozeßvergleich ist auch für den Zessionar wirksam, dem die Forderung während der Rechtshängigkeit abgetreten ist.

3. Übertragung beim Vinkulationsgeschäfte (s. JDR. **6** Ziff. 4). Könige, GruchotsBeitr. **52** 293 ff. (295). Beim Vinkulationsgeschäfte werden dem Bankier mit der Ware alle Rechte des Verkäufers aus dem Kaufvertrag übertragen mit der einzigen Ausnahme, daß der Vinkulant den Kaufvertrag nach § 443 Abs. 1 vollziehen und dazu die Ware verwenden muß. In dieser Abmachung liegt somit ein Eintritt des Vinkulanten in den Kaufvertrag, aber nur in die Aktivseite, nicht auch in die Passivseite, d. h. nicht in die Gewährleistungspflichten. Der Bankier macht jedoch mit Zustimmung des Verkäufers gegenüber dem Käufer die Eigentumsübertragung von Bedingungen abhängig, die dem Kaufvertrage widersprechen. Der Vinkulationsbrief enthält daher einen Antrag des Vinkulanten und des Verkäufers auf Abänderung des Kaufvertrags.

4. Formlosigkeit der Abtretung (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 1 c). LeipzZ. **08** 477 Ziff. 2 (LG. Cöln). Der Wirt tritt dem Kellner, welcher ihm den Preis für Speisen und Getränke selbst zu zahlen hat, nicht die Forderung gegen den Gast stillschweigend ab.

5. Abtretung künftiger Forderungen (s. JDR. **6** Ziff. 7, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** § 398 Ziff. 3, § 399 Ziff. 3). **a)** von Tuhr, BankA. **7** 277 ff. Die Abtretung künftiger Forderungen ist prinzipiell zulässig. Eine Abtretung aller künftigen Forderungen oder auch nur aller künftigen Geschäftsforderungen hält das RG. für unzulässig, aus Gründen, die nicht zutreffen, wenn es sich um fiduziarische Abtretung zur Sicherung von Forderungen des Zessionars handelt. Jedenfalls auch vom Standpunkte des RG. aus sind zulässig: a) die Abtretung aller künftigen Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner, b) die Verabredung, daß die Buchforderungen mit der Diskontierung der zu ihnen gehörenden Wechsel auf den Indossatar übergehen sollen. **b) RG.** (V. Straff.) BayRpflZ. **08** 20, BankA. **7** 121. Wer sich eine noch nicht bestehende Forderung abtreten läßt, muß darauf gefaßt sein, daß ihm damit nicht mehr Rechte gegen den künftigen Schuldner übertragen werden, als dieser dem abtretenden Gläubiger nachmals einräumen wird, und kann sich wegen des darüber hinaus Abgetretenen allein an den Abtretenden halten. Dies gilt nicht bloß von dem Umfange der Abtretung, sondern auch von

der Abtretung überhaupt, wenn der Schuldner bei Eingehung des Schuldvertrags durch Vereinbarung mit dem Gläubiger die Abtretung ausschließt. c) **RG. 67** 166, SeuffBl. **08** 621 s. bereits JDR. **6** Ziff. 7 a. d) BadRpr. **08** 177 (Karlsruhe). Die Abtretung und Pfändung künftiger Forderungen ist jedenfalls unter der Voraussetzung zulässig, daß in einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse bereits die bindende Grundlage für die künftige Forderung besteht. e) Aufschiebend bedingte Forderungen. α. **RG. 67** 425 ff., R. **08** II Ziff. 2016. Die Anwartschaft auf ein aufschiebend bedingtes Erbschaftsvermächtnis (Universalfideikommiß) ist nach dem Eintritte des Erbfalls wie eine auf Vertrag beruhende aufschiebend bedingte Forderung abtretbar und pfändbar. β. RheinA. **105** 206 (Düsseldorf). Die Abtretung des Anspruchs auf Erstattung der Prozeßkosten ist auch während schwebenden Verfahrens zulässig.

6. Fiduziarische Abtretung (s. JDR. **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 3, **3** § 117 Ziff. 1, § 398 Ziff. 3, **2** § 117 Ziff. 2, § 398 Ziff. 3, **1** §§ 398, 399 Ziff. 6). a) Begriff. Allgemeines. Insbesondere vom Inkassomandat (s. insbes. JDR. **6** Ziff. 8 a, **5** Ziff. 4 a, **4** Ziff. 3 a, **3** Ziff. 3 a, **2** Ziff. 3 a). α. Wienstein, LeipzZ. **08** 883—886, erörtert zunächst Fragen der fiduziarischen Eigentumsübertragung, insbesondere das Aussonderungsrecht des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars und sein Widerspruchsrecht bei Pfändungen gegen den Fiduzianten (881—883), und behandelt sodann die Inkassozession (883—886). Die Begriffsbestimmung wird dahin gegeben, daß die Inkassozession eine Abtretung zum Zwecke der Einziehung einer Forderung sein solle. Eine reine Inkassozession sei nicht vorhanden, wenn die eigentliche Parteiabsicht dahin gehe, daß die volle Gläubigerstellung auf den Zessionar übergehen solle, wie z. B. in dem Falle, daß nach der Parteiabrede der Zessionar die beigetriebene Summe in Anrechnung auf eine Forderung gegen den Zedenten behalten solle (883 f.). Nach Meinung des Verf. ist die Frage, ob im Falle der „Inkassozession" eine wahre Zession vorhanden sei und ob der „Zessionar" seine Zulassung im Prozeß als Partei beanspruchen könne, zu verneinen. Dem „Zessionar" solle keineswegs die freie Verfügung über die Forderung übertragen werden, sondern er solle diese nur einziehen, event. einklagen (884). — Vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus sei es verfehlt, die Inkassozession, wenn sie zu dem Zwecke, daß der Zedent als Zeuge vernommen werden solle, geschehen sei, als gegen die guten Sitten verstoßend zu charakterisieren. Denn die Beteiligten könnten sehr wohl ausschließlich bezwecken, einem böswilligen Schuldner die Geltendmachung unberechtigter Einwendungen zu erschweren (884 f.). — Verf. wünscht, besonders mit Rücksicht auf die Frage der Bewährung der Inkassozession im Prozeß, erneute Nachprüfung der herrschenden Lehre (vgl. auch JDR. **4** Ziff. **3 a** α). β. **RG.** LeipzZ. **08** 454 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 479. Der Rechtswirksamkeit der Inkassoabtretung steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen. Der Abtretende bleibt nach dem Willen der Vertragschließenden im Verhältnisse zwischen diesen der Forderungsberechtigte und beauftragt den nach außen durch die Abtretung als Forderungsberechtigten legitimierten Inkassozessionar mit der Einklagung im eigenen Namen. Nach innen wird auf diese Weise ein Auftragsverhältnis, nach außen eine Vollmachtserteilung hergestellt (vgl. auch unten δ). γ. **RG.** R. **08** II Ziff. 953. Daraus daß dem Kläger eine Forderung nur zum Inkasso zediert ist, kann ein Einwand gegen seine Legitimation nicht hergeleitet werden. δ. Widerruf der Einklagungsvollmacht. **RG.** LeipzZ. **08** 162 Ziff. 27 und 454 Ziff. 3, BauersZ. **15** 238, R. **08** II Ziff. 458. Bei der Inkassozession kann der Zedent nicht willkürlich die von ihm erteilte Einklagungsvollmacht widerrufen, wenn nach dem der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte der Inkassomandatar auf eigenes Risiko die Forderung einklagen soll und nur im Falle des Prozeßgewinns Kostenerstattung und einen Anteil am Erlangten beanspruchen kann und er die Klage bereits

vor dem Widerruf erhoben hatte. ➸ Das hierdurch bestätigte Urteil des OLG. Colmar ist abgedruckt ElsLothJZ. **08** 342. Red. ⟵ **b)** Verhältnis zum Scheingeschäfte (s. JDR. **6** Ziff. 8 b, **5** Ziff. 4 b, **4** Ziff. 3 b, c, **3** Ziff. 3 b, c, **2** Ziff. 3 c). α. **RG.** R. **08** II Ziff. 1939 (s. o. § 117 Ziff. II 2 a). Der Einwand, die Zession an den Kläger sei nur zum Scheine erfolgt, kann bedeuten, daß die Abtretung nicht ernstlich gemeint gewesen sei und ohne jede Rechtswirkung habe bleiben sollen; sie kann aber auch bedeuten, daß die Vertragsteile wenigstens eine beschränkte Rechtswirkung gewollt haben und daß Kläger, wenn auch nicht Gläubiger der Forderung werden, so doch zu deren Einziehung ermächtigt werden sollte. Ob der Einwand in diesem oder jenem Sinne zu verstehen ist, ist Tatfrage. β. ElsLothJZ. **08** 113 (Colmar) (s. o. § 117 Ziff. II 2 b.). Der Nachweis, daß ein bereits vollzogener Forderungskauf ein Scheingeschäft darstellt, steht der Möglichkeit nicht entgegen, daß die Abtretung fiduziarisch behufs Einziehung der Forderung erfolgt sei. γ. **RG. 69** 44 s. o. § 117 Ziff. II 1. **c)** Der Zedent als Zeuge (s. JDR. **5** Ziff. 4 c, **4** Ziff. 3 d, **2** Ziff. 3 d). α. KGBl. **08** 19, DJZ. **08** 597 (KG.). Eine Zession, die an sich das Klagerecht überträgt, ohne daß die Forderung in das Vermögen des Zessionars übergeht, ist nach §§ 117 Abs. 2, 398, 409 wirksam. Ist sie aber lediglich zu dem Zwecke erfolgt, damit der Zedent als Zeuge auftreten könne, so ist sie gemäß § 138 Abs. 1 nichtig. β. Dagegen Wienstein, LeipzZ. **08** 884 f., oben Ziff. 6 a α. **d)** Klaganstellung eines Beauftragten ohne Abtretungsvertrag. **RG.** JW. **08** 479 Ziff. 10, LeipzZ. **08** 779 Ziff. 26. Für das geltende bürgerliche und Prozeßrecht ist es grundsätzlich zu verneinen, daß ein Auftrag, dem zufolge der Beauftragte im eigenen Namen eine Forderung des Auftraggebers zur Leistung an diesen einzuklagen habe, allein schon zureiche, eine Berechtigung des Beauftragten zur Klage in eigenem Namen zu begründen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Beauftragte hierbei Zahlung an sich als Bevollmächtigten des Berechtigten oder unmittelbar an den letzteren verlangt. Denn entscheidend ist, daß nicht der wirklich Anspruchsberechtigte als Kläger auftritt. Die hier in Frage stehende, nur auf Wahrnehmung und Verfolgung der Rechte des Auftraggebers in jeder Art lautende Vollmacht genügt daher nicht, um die Übertragung der Ansprüche auf die Klägerin (§ 398) insofern zu ersetzen, als es sich um die Frage der Aktivlegitimation im Rechtsstreite handelt. **e)** Schadensersatzanspruch im Falle gemeinschaftlicher Vertragsverletzung durch die mehreren fiduziarischen Zessionare s. zu § 427 Ziff. 3.

7. Bürgschaft. Gesamtschuldverhältnis. **a)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Zession der Bürgschaftsforderung ohne Hauptforderung ist nicht zulässig. Die Forderung gegen einen Gesamtschuldner kann unter Rückbehalt der gegen den anderen gerichteten abgetreten werden (390). **b) RG.** R. **08** II Ziff. 1519. Es ist rechtlich zulässig, die Rechte gegen den einen Gesamtschuldner abzutreten, gegen den anderen aber zu behalten.

8. Aus der Rechtsprechung (s. JDR. **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 5). **a)** Abtretung des Anspruchs auf den Werklohn. **RG.** R. **08** II Ziff. 1518. Die Abtretung des Anspruchs auf den Werklohn gibt dem Zessionar kein Widerspruchsrecht gegen eine Änderung des Vertrags zwischen Unternehmer und Besteller, insbesondere gegen eine Einstellung der Arbeit mit oder ohne Zustimmung des Bestellers. **b)** Abtretung von Forderungen, die der Testamentsvollstrecker als solcher erworben hat, an den Alleinerben. **RG. 68** 257, JW. **08** 413. Haben Testamentsvollstrecker als solche ein Nachlaßgrundstück verkauft und in der über den Verkauf errichteten Urkunde erklärt, daß sie die Kaufgelderforderung an den — alleinigen — Erben abtreten, so liegt eine Abtretung im Sinne des § 398 nicht vor, denn der Rechtserwerb aus dem Kaufvertrage hat sich unmittelbar zugunsten des Erben vollzogen (preuß. Abtretungsstempel).

9. Örtliches Recht (s. JDR. **6** Ziff. 11, **5** Ziff. 6). ElsLothJZ. **08** 405 (Colmar). Die Form der unter Inländern im Inlande vorgenommenen Abtretung eines dem Zedenten gegen eine ausländische Versicherungsgesellschaft aus einer Lebensversicherung zustehenden Anspruchs wird durch Art. 11 EG., ihre Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber, insbesondere gegenüber den Gläubigern des Zedenten, aber durch das Recht desjenigen Ortes bestimmt, in welchem das den übertragenen Anspruch begründende Rechtsverhältnis seinen Sitz hat.

§ 399. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot. Das pactum de non cedendo, sowohl das ursprüngliche wie das nachträgliche, enthalten kein Veräußerungsverbot. Vgl. das o. zu § 135 Bemerkte. — Das nachträgliche pactum ist eine Verfügung und wird daher von Veräußerungsverboten, z. B. des § 1395 BGB., getroffen; das ursprüngliche pactum dagegen ist keine Verfügung (174 u. 111).

2. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **1** Ziff. 8). OLG. **16** 378 (KG.). Beim Baugeldvertrag ist der Anspruch des Darlehnsnehmers auf eine vor der Fertigstellung des Baues fällig gewordene Rate nicht abtretbar und folgeweise nicht pfändbar.

3. Darlehnsversprechen (s. JDR. **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 4). a) **RG. 68** 355 ff., JW. **08** 449 Ziff. 13, LeipzZ. **08** 699 Ziff. 24, R. **08** II Ziff. 2306, SchlHolst. Anz. **08** 251. In **RG. 66** 359 ff. (JDR. **6** Ziff. 3 a) ist der Standpunkt vertreten, daß der Regel nach der Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrage nicht abtretbar sei und Ausnahmen nur auf besondere Vereinbarung begründet werden können. Dabei ist davon ausgegangen, daß den Gegenstand der Zweifelsfrage immer nur die Abtretung des Anspruchs auf Abschluß eines Darlehnsvertrags im ganzen bilde, in dem Sinne, daß der Zessionar ein Recht darauf erwerbe, daß der Gegenkontrahent das Darlehen ihm persönlich als dem Darlehnsschuldner gewähre. Die Abtretung kann indes auch in einem anderen Sinne gemeint sein. Der zukünftige Darlehnsschuldner hat den Anspruch auf Zahlung der Geldsumme mit der Wirkung, daß er dafür Darlehnsschuldner des Zahlenden werde, und der Abtretung dieses Anspruchs steht nichts entgegen. In einer solchen Abtretung ist zugleich die Ermächtigung des Zessionars enthalten, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den zukünftigen Darlehnsschuldner entgegenzunehmen, und deshalb liegt die Voraussetzung des § 399, daß die Leistung an den Zessionar nicht ohne Veränderung ihres Inhalts würde erfolgen können, nicht vor. Selbstverständlich kann selbst die Abtretung in diesem Sinne durch stillschweigende oder ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen sein. b) **RG.** JW. **08** 676 Ziff. 6, R. **08** II Ziff. 3403. Die Entsch. erachtet mit **RG. 68** 355 ff. (oben lit. a) die Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung von Geld mit der Wirkung, daß der Abtretende Darlehnsschuldner des Zahlenden werde, für rechtswirksam und wendet sich gegen die Ausführungen des ersten Richters, der die Zulassung der Abtretung eines solchen Anspruchs für unvereinbar mit der Bestimmung des § 610 erklärt hatte. c) OLG. **16** 377 (KG.). Beim Darlehnsvorvertrag ist zulässiger Gegenstand der Abtretung zwar nicht der Anspruch auf Abschluß eines Darlehnsvertrags mit dem Zedenten, wohl aber das Recht auf Empfang der Geldsumme.

4. SächsOLG. **29** 385 (Dresden). Unübertragbarkeit der Rechte aus Verträgen (Kaufvorverträgen), welche die Vertretung eines wirtschaftlichen Ringes mit den Abnehmern über fortlaufende Lieferungen geschlossen hat.

5. Gegenseitige Verträge (Anspruch auf Gewährleistung) (s. JDR. **6** Ziff. 5, **3** Ziff. 4). SächsRpflA. **08** 536 (Dresden). Der dem Käufer einer Forderung aus einem Garantieversprechen des Verkäufers für Bonität und Einbringlichkeit entstandene Gewährleistungsanspruch ist der Abtretung zugänglich.

6. § 306 HGB. (Übergang des Anspruchs auf Bierbezug). **RG.** JW. **08** 219 Ziff. 43, LeipzZ. **08** 298 Ziff. 6. Nachdem die Brauereiaktiengesellschaft, die mit der Beklagten einen Bierlieferungsvertrag geschlossen hatte, erloschen ist, ist die Klägerin nach § 306 HGB. die Gesamtrechtsnachfolgerin der Brauereigesellschaft geworden. Demgemäß ist auch der Anspruch der Brauereigesellschaft an die Beklagte auf Bierbezug, so wie er für Beklagte bestand, auf Klägerin übergegangen. Ein derartiger Rechtsübergang ist nach dem insoweit anzuwendenden gemeinen Rechte zulässig. Hier war nach den tatsächlichen Feststellungen die Person des Übernehmers nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Da Klägerin die dem Zedenten obliegenden Gegenleistungen beschaffte und zu beschaffen in der Lage war (ROHG. **12** 77, **RG. 6** 379), so ist ihr Anspruch auf Fortsetzung des Bierlieferungsvertrags berechtigt.

§ 400. RG. 67 16. Die Vorschrift des § 400 läßt im Interesse des Gläubigers aus sozialen Erwägungen die Abtretung nicht zu und ist daher auch dann anzuwenden, wenn im übrigen die Übertragbarkeit nach altem Rechte zu beurteilen ist.

§ 401. 1. **RG. 67** 215 ff., JW. **08** 78 Ziff. 14, DJZ. **08** 305. Ein an dem zollpflichtigen Gute dinglich berechtigter Dritter (Pfandgläubiger), der die Zollschuld bezahlt, erwirbt gemäß §§ 1249, 1257, 268 Abs. 3, 401, 412 BGB., § 61 Ziff. 2 KO. den Zollanspruch des Fiskus mit dessen konkursrechtlichem Vorrechte.

2. Recht aus § 648 (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3). OLG. **17** 426 (Cöln) s. bereits JDR. **6** Ziff. 2.

3. Anspruch auf Gewährleistung (s. oben zu § 399 Ziff. 5 u. JDR. **6** § 401 Ziff. 5, **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). a) **RG.** LeipzZ. **08** 779 Ziff. 27. Die vertragliche Gewährleistung ist kein der Forderung anhaftendes und mit ihr übergehendes Akzessorium der Forderung, es bedarf vielmehr zu einem solchen Übergang einer besonderen vertraglichen Übereignung seitens des alten an den neuen Gläubiger (JW. **05** 338, JDR. **4** Ziff. 1 c). **b)** BayObLG. **9** 61, SeuffA. **63** 223, R. **08** II Ziff. 1158. Der Anspruch auf Gewährleistung geht im Falle der Abtretung der Forderung nicht kraft Gesetzes auf den Erwerber über. Eine Abtretung des Gewährleistungsanspruchs kann nicht ohne weiteres in der Formel gefunden werden, daß die Forderung „mit allen Rechten und Vorzügen" abgetreten werde.

4. Zinsanspruch. HessRspr. **9** 135 (LG. Mainz). Wird ein zinstragendes Kapital übertragen, so ist anzunehmen, daß der neue Gläubiger auch das Recht auf die Zinsen haben soll, sofern der alte Gläubiger keinen besonderen Vorbehalt macht.

5. Bürgschaft. **RG.** R. **08** II Ziff. 38. Die Rechte aus einer Bürgschaft gehen bei einer Abtretung der Forderung nicht über, wenn die Bürgschaft mit ausdrücklicher Beschränkung auf einen bestimmten Gläubiger unter Ausschließung der Abtretbarkeit übernommen ist.

§ 402. Verpflichtung der unehelichen Mutter zur Namhaftmachung des unehelichen Vaters gegenüber der Unterstützungsanstalt s. unten zu § 412.

§ 404. 1. OLG. **17** 97 (KG.). Der Schuldner kann die mit dem ursprünglichen Gläubiger getroffene Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes auch dem Zessionar entgegensetzen.

2. ElsLothNotZ. **08** 359 (Colmar). In der Erklärung des Schuldners im Zessionsakte, die Zession als ihm gehörig zugestellt anzunehmen und sich zu verpflichten, an niemand anderen als den Zessionar zu zahlen, liegt kein abstraktes Schuldversprechen und kein Verzicht darauf, von den ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehenden Einreden Gebrauch zu machen.

§ 406. OLG. **16** 376 (Dresden). Der Schuldner einer gepfändeten Forderung kann eine ihm gegen seinen Gläubiger zustehende Forderung mindestens unter den Voraussetzungen aufrechnen, unter denen er hierzu im Falle der Abtretung berechtigt wäre.

2. OLG. **16** 375, 376 (Dresden). Die zweite der im § 406 aufgestellten Ausnahmen von der Aufrechenbarkeit bezieht sich nur auf Forderungen, die der Schuldner erst von Dritten erworben hat.

§ 407. 1. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Dem Bürgen gegenüber gilt mangels seiner Kenntnis von der Abtretung der Zedent weiter als Gläubiger. Die Hauptforderung geht bei Leistung des Bürgen an den Zedenten in Unkenntnis der Abtretung auf den Bürgen über (389).

2. Kretzschmar, R. **08** 267. Die Vorschriften der §§ 407 ff. finden gemäß §§ 413, 1070, 1275 auch bei Verfügungen über einen Erbteil entsprechende Anwendung.

3. Rechtsgeschäft (s. JDR. **6** Ziff. 1, **3** Ziff. 1). Die schon JDR. **6** Ziff. 1 mitgeteilte Entscheidung s. jetzt **RG. 67** 9, LeipzZ. **08** 60 Ziff. 8.

4. Kenntnis des Schuldners (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 1). Kenntnis von dem gesetzlichen Übergange. a) DJZ. **08** 980 (Düsseldorf). Die Kenntnis des Schuldners von dem gesetzlichen Übergange der Forderung ist anzunehmen, wenn der Schuldner sowohl von den Tatsachen, die den Übergang begründen, als auch von dem Rechtssatze, der ihn ausspricht, Kunde hat. Erlangt der Schuldner dagegen nur von den Tatsachen Kunde, ohne zu wissen, daß das Gesetz an diesen Tatbestand den Übergang der Forderung knüpft, so liegt Kenntnis des Überganges nicht vor (Übergang der Forderung des Beschädigten auf die Berufsgenossenschaft). Anders **RG. 60** 204 f. (JDR. **4** 147). b) WürttJ. **20** 7, R. **08** II Ziff. 1159 (Stuttgart) s. bereits JDR. **6** Ziff. 2 b α.

5. **RG. 67** 9 f. bereits JDR. **6** Ziff. 3.

6. R. **08** II Ziff. 954 (Cassel). Die Vorschrift des § 407 findet auch Anwendung, wenn der Schuldner gegen den Zedenten die negative Feststellungsklage erhebt.

7. Verhältnis der Vorschrift des § 407 zu § 416 s. unten zu § 416 Ziff. 4.

§ 411. Vgl. wegen des im § 411 steckenden Privilegs für den Fiskus und der Abänderung des bisherigen Rechtszustandes *Weyl in der zu § 89 genannten Abhandlung 110 ff. (118 ff.).

§ 412. *W. Kiese, R. **08** 163 f. Die uneheliche Mutter ist zur Namhaftmachung des unehelichen Vaters gegenüber der Unterstützungsanstalt nach erhaltener Unterstützung verpflichtet (vgl. KrankVG. §§ 20, 57, BGB. §§ 1715, 402).

§ 413. Abtretbarkeit der Anwartschaft auf ein aufschiebend bedingtes Erbschaftsvermächtnis s. oben zu § 398 Ziff. 5 e α.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme, für welche der Verf. den Ausdruck „Schuldbeitritt" vorschlägt, werden in der Monographie von Westerkamp behandelt; dieser will im Zweifel Schuldbeitritt als vorliegend annehmen. Reichel befaßt sich mit der Frage der Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte im Falle der Schuldübernahme. Die Rechtsprechung hat bezüglich der kumulativen Schuldübernahme im wesentlichen die schon früher gewonnenen Ergebnisse ausgestaltet. Zu § 416 ist über die im Berichtsjahre mehrfach erörterte Auslegung der Wendung in einem Grundstückskaufe, daß der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis Hypotheken übernehme, berichtet worden. Zum gleichen Paragraphen liegen bemerkenswerte Entscheidungen des RG. vor. Zahlreiche Fragen des § 419 werden in der Entsch. **RG. 69** 284 ff. erörtert.

Zu §§ 414 ff. Hölder, Die Ablösung der Vertragspartei durch einen Dritten, R. **08** 469—472 s. oben zu §§ 398 ff.

§ 414. Literatur: Reichel, Zuständigkeit des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts für Klagen gegen Bürgen und Schuldübernehmer, SächsRpflA. **08** 73/74. — W. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908.

1. *Westerkamp. Form der sog. kumulativen Schuldübernahme: a) Die Schuldbeitrittserklärung bedarf nicht der Form des § 766. Wenn auf den Tatbestand der Verpflichtung für fremde Schuld der § 766 für anwendbar erklärt wird, so wird damit gleichzeitig erklärt, daß der Interzedent für den Verzug, für das Verschulden des Hauptschuldners, für die Kosten der Rechtsverfolgung gegen diesen hafte. Die Frage, ob der Erklärungstatbestand solche Haftungsgestaltung gerechtfertigt erscheinen läßt, sollte vor Beantwortung der Formfrage stets in Erwägung gezogen werden, weil eben Beantwortung dieser Frage auch Entscheidung jener ist (263 f., 313 f., 537—543). Auf den Schuldbeitrittsvertrag findet auch § 780 (543—553) und § 518 Satz 2 (554 f.) keine Anwendung; er ist vielmehr keiner Formvorschrift unterworfen. b) Über Unterscheidung des Tatbestandes des Schuldbeitritts von dem der Bürgschaft vgl. zu § 765. c) Der Schuldbeitrittsvertrag ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, er ist nicht auf Begründung irgendeiner Verpflichtung gerichtet, wenn er auch genau wie die Schuldübernahme die Entstehung einer neuen subjektiven Richtung der Verpflichtung zur Folge hat. Der Schuldbeitrittsvertrag ist wie die Abtretung ein Veräußerungsvertrag, sog. dinglicher Vertrag, dieser aber ist seinem Begriffe nach ein abstraktes Geschäft (219 bis 226). Große Vorsicht ist aber bei Beantwortung der Frage geboten, ob der abstrakte Vertrag bereits vorliegt, und sein Abschluß nicht nur für die Zukunft verabredet ist (227—233). — Folge der abstrakten Natur des Schuldbeitritts ist, daß der Beigetretene durch ihn Gesamtschuldner des Erstschuldners wird (233), denn der Schuldbeitrittsvertrag schafft nur einen neuen Schuldner, nicht einen neuen Schuldgrund (43). d) Daß der Verkehr des Schuldbeitritts neben der Bürgschaft bedarf, geht aus den unterschiedlichen Folgen und Wirkungen beider Rechtsinstitute hervor (das Einzelne darüber vgl. 360—533). e) Über Einzelfragen aus dem Rechte des Schuldbeitritts vgl. zu §§ 262, 356, 398, 417, 425, 426, 462, 467, 478, 669.

2. Wesen der Schuldübernahme (s. JDR. **6** Ziff. 2). *Westerkamp. Die Zugehörigkeit der Schuldübernahme zu den abstrakten Rechtsgeschäften kann nicht aus § 417 Abs. 2 gefolgert werden (208—215), folgt vielmehr allein aus den §§ 414, 415 (215—218).

3. Kumulative Schuldübernahme (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 2 **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 4 b). a) Wesen. Verhältnis zu §§ 421 ff., 765 ff. (s. JDR. **6** Ziff. 4 a, b, **5** Ziff. 2 c, **4** § 414 Ziff. 1 c, § 421 Ziff. 5, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 4 b). α. **RG.** JW. **08** 31 Ziff. 6, SeuffA. **63** 389. Die kumulative Schuldübernahme hat im Zweifel und regelmäßig Bürgschaftscharakter. Wenn aber aus besonderen Umständen auf den Willen des eintretenden Schuldners zu schließen ist, derart für die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von derjenigen des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll, so ist eine selbständige, einer Formvorschrift nicht unterliegende Verbindlichkeit des Eintretenden nach § 421 BGB. als begründet anzunehmen (**RG. 51** 120 [JDR. **1** Ziff. 4 b], **59** 233 [JDR. **4** Ziff. 1 c], **64** 318 [JDR. **6** Ziff. 4 b α], GruchotsBeitr. **50** 946 [JDR. **5** Ziff. 2 c]). Ein besonderer Umstand, aus dem auf den bezeichneten Willen des Eintretenden zu schließen wäre, wird namentlich dann gegeben sein, wenn die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners auf einem Vertrage beruht und die Vorteile aus diesem Vertrage ganz oder zum Teil dem Eintretenden zugute kommen, wiewohl er selbst Vertragsteil nicht ist; denn es ist dann der ursprüngliche Schuldner zwar rechtlich der Verpflichtete, aber wirtschaftlich ist der in die Schuld Eintretende derjenige, der die geschuldete Leistung zu bewirken hat. β. **RG.** JW. **08** 137 Ziff. 5, SächsRpflA. **08** 140, R. **08** II Ziff. 956. Die Begründung, daß Beklagter eine Haftung als Gesamtschuldner neben dem ursprünglichen Schuldner nicht habe übernehmen wollen, sondern höchstens eine Bürgschaft, weil er erklärt habe, zahlen zu wollen, wenn

der ursprüngliche Schuldner nicht zahle, scheint rechtsirrig. Das Hinzutreten als Gesamtschuldner kann auch unter einer Bedingung erfolgen, und diese kann darauf abgestellt sein, daß der ursprüngliche Schuldner nicht zahlen sollte. γ. **RG.** JW. **08** 676 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 3768. Haben Bauhandwerker, die wegen Unsicherheit des Bauherrn ihre Arbeiten eingestellt haben oder einzustellen drohen, sich wegen Bezahlung ihrer Arbeiten und Lieferungen an einen Dritten gewandt und hat dieser erklärt, man solle ruhig weiter arbeiten, er werde die Arbeiten bezahlen, so ist im Einzelfalle zu prüfen, welchen Inhalt diese Erklärung haben sollte. Hat den Dritten lediglich ein persönliches Interesse, sei es für den Bauhandwerker, sei es für den Bauherrn, veranlaßt, für die Bezahlung einzutreten, so wird eine weitergehende Verpflichtung als eine Bürgschaft als gewollt nicht anzunehmen sein. Wenn dagegen für den Dritten ein eigenes sachliches, wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an dem Fortgange der Arbeiten und der Vollendung des Baues gegeben ist, und er aus diesem Interesse heraus die Handwerker bestimmen will, weiter zu arbeiten und den mit dem Bauherrn geschlossenen Vertrag zu erfüllen, so kann entweder eine eigene Bestellung hinsichtlich der noch nicht ausgeführten Arbeiten oder aber eine sog. kumulative Schuldübernahme hinsichtlich der bereits fertiggestellten wie der noch zu leistenden Arbeiten für gegeben erachtet werden. Dieses eigene Interesse des Dritten wird namentlich durch seine Eigenschaft als Hypothekengläubiger begründet (s. auch JDR. **6** Ziff. 4 b β, **5** Ziff. 2 c). **b)** Insbesondere Form. α. HansGZ. **08** Beibl. 27 (Hamburg). Die kumulative Schuldübernahme erfordert, sofern sie überhaupt von der Bürgschaft begrifflich zu scheiden ist, schriftliche Eingehung (**RG. 51** 121, JDR. **1** Ziff. 4 b). β. S. oben unter a α. **c)** Vertragsabrede, ein Dritter solle sich mithaftbar erklären. OLG. **16** 368, WürttJ. **20** 10, (Stuttgart). In welchem Sinne die Abrede zu verstehen ist, auf Seite des Schuldners solle sich eine weitere Person mithaftbar erklären, ist Auslegungsfrage. Die Parteiabsicht kann dahin gehen, daß bis zur Zustimmung des Dritten ein Vertrag nicht abgeschlossen oder daß er als unter der Bedingung jenes Beitritts geschlossen gelten solle; sie kann auch dahin gehen, daß nur der Gläubiger, falls sich der Dritte weigert, zurückzutreten berechtigt ist. Denkbar ist auch die Auslegung, daß der Schuldner als Teil seiner Leistung die Handlung des Dritten zugesagt hat. **d)** Zuständigkeit des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts s. unten Ziff. 6.

4. HansGZ. **08** Hptbl. 291 (Hamburg). Die Erklärung, für einen anderen liefern zu wollen, enthält nicht ohne weiteres die Übernahme einer Verpflichtung zur Lieferung.

5. **RG.** R. **08** II Ziff. 2308. Hat der Berechtigte dem Verpflichteten gegenüber auf sein Recht verzichtet, so kann die Verpflichtung gleichwohl noch Gegenstand einer Schuldübernahme sein.

6. Zuständigkeit des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts. Reichel, SächsRpflA. **08** 73 f. Im Falle der privativen Übernahme einer Schuld, deren Ausklagung vor ein Sondergericht (Gewerbegericht, Kaufmannsgericht) gehört, ist der Übernehmer ausschließlich vor dem Sondergerichte zu verklagen, wenn er zu dem Personenkreise gehört, der von dem Spezialforum an sich betroffen wird und er als solcher eine dem Spezialforum unterfallende Schuld, die seinem Arbeitgeber gegenüber besteht, übernimmt, oder wenn er, dem Sonderpersonenkreis an sich nicht angehörig, eine solche Schuld dergestalt übernimmt, daß er mit und kraft der Übernahme in den Sonderpersonenkreis eintritt. In allen übrigen Fällen dagegen ist das ordentliche Gericht zuständig. — Nach denselben Grundsätzen bemißt sich die Zuständigkeit in Ansehung des sog. kumulativen Schuldübernehmers.

§ 415. 1. Genehmigung oder auch Einwilligung? (s. insbes.

JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1). Weyl, BayRpflZ. **08** 54 Note 16. Genehmigung im Sinne dieser Vorschrift ist nur die nachträgliche Zustimmung.

2. **RG.** SeuffBl. **08** 406. Genehmigung der Schuldübernahme durch Vereinbarung und Annahme einer Vergütung für die Entlassung des ursprünglichen Schuldners aus der Schuldverbindlichkeit.

3. Zu Abs. 3. **a) RG.** JW. **08** 713 Ziff. 9. Abs. 3 enthält nur eine Auslegungsregel. **b) RG.** JW. **08** 713 Ziff. 9. Unter der „rechtzeitigen Befriedigung" des Gläubigers zu der der Übernehmer nach Abs. 3 „im Zweifel" verpflichtet sein soll, ist eine so rechtzeitige Befriedigung zu verstehen, daß der alte Schuldner vom Gläubiger nicht mit Erfolg in Anspruch genommen werden kann. Der Übernehmer braucht den Gläubiger deshalb jedenfalls nicht zu befriedigen, bevor dieser Befriedigung beanspruchen oder die Forderung einziehen kann, also auch nicht vor der Fälligkeit und nicht schon dann, wenn diese durch Kündigung hätte herbeigeführt werden können. Es wird sogar anzunehmen sein, daß eine vom Schuldner ohne oder gegen den Willen des Übernehmers herbeigeführte Fälligkeit den letzteren zur Befriedigung des Gläubigers ersterem gegenüber nicht verpflichtet. **c) RG.** R. **08** II Ziff. 3567. Hat der Käufer eines Grundstücks eine Hypothek zur Deckung des Kaufpreises als Selbstschuldner übernommen, so kann der Verkäufer, auch wenn nicht er, sondern — wegen mangelnder Genehmigung der früheren Schuldübernahme — sein Vorgänger persönlicher Schuldner der Hypothek ist, vom Käufer Zahlung an die Hypothekengläubiger und auch an einen neuen gemäß § 1173 eingetretenen Gläubiger verlangen. **d)** R. **08** II Ziff. 1520 (Cassel). Übernimmt der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine auf dem Kaufgrundstück eingetragene Grundschuld, die zugleich auf einem anderen Grundstücke des Verkäufers eingetragen ist, so ist er dem Verkäufer gegenüber nicht verpflichtet, seinerseits durch Kündigung die Fälligkeit der Grundschuld herbeizuführen.

§ 416. 1. Übernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis des Grundstücks. **a)** Hallbauer, Sächs. RpflA. **08** 97—104. Die Wendung in einem Grundstückskaufe, daß „Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen werden", ist mehrdeutig. a) Die engste Auslegung ist die, daß die Anwendbarkeit des § 439 Abs. 2 beseitigt werden soll. Diese Auslegung ist unabweisbar, wenn der Verkäufer für die Hypothek nicht als persönlicher Schuldner haftet und auch nicht in Beziehung auf sie eine persönliche Verbindlichkeit übernommen hat. b) Ist der Verkäufer zwar nicht persönlicher Schuldner, aber gemäß § 329 oder §§ 416, 415 Abs. 3 dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet, so entsteht die nach Lage des Falles zu entscheidende Auslegungsfrage, ob die erwähnte Wendung nur § 439 Abs. 2 ausschließen oder auch die persönliche Liberationsverpflichtung auf den Käufer abwälzen solle. c) Ist der Verkäufer persönlicher Schuldner der Hypothek, so kommt zu den Auslegungsmöglichkeiten unter a und b die weitere im Sinne einer Schuldübernahme gemäß § 416 BGB. hinzu. d) Kombinationen der Fälle zu a—c. — Vorschläge zur Abfassung von Kaufverträgen. Dazu: Siecke das. 230 f., Kretzschmar, das. 281—287. **b)** OLG. **16** 390 (Dresden). Sofern der Käufer des Grundstücks die auf diesem lastenden Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, entsprang daraus für ihn nicht eine rein dingliche Haftung. Vielmehr verpflichtete er sich damit, dem Veräußerer dafür einzustehen, daß dieser wegen der Hypotheken nicht in Anspruch genommen wurde. Diese Verpflichtung ist persönlicher Natur und kennzeichnet sich, wo nicht als Schuldübernahme, so doch wenigstens als Erfüllungsübernahme im Sinne von § 415 Abs. 3 verb. mit § 329. **c)** BadRpr. **08** 177 (Karlsruhe). Die Übernahme einer Hypothek auf den Kaufpreis eines Grundstücks enthält zunächst einen Verzicht des Käufers auf den Anspruch auf Beseitigung der Hypothek gemäß § 439 Abs. 2. Darüber hinaus übernimmt der Käufer die Ver-

pflichtung, durch Tilgung der hypothekarischen Schuld nach Maßgabe der für diese bestehenden Zahlungsbedingungen den Veräußerer von der persönlichen Schuld zu befreien und in dem Falle, daß die Hypothek als Gesamthypothek auch auf weiteren Grundstücken des Veräußerers eingetragen ist, weiter noch die Verpflichtung, durch Abtragung der Gesamthypothek die übrigen Grundstücke von der Zahlung zu befreien. Hinsichtlich der Tilgung der Kaufpreisschuld ist zu unterscheiden, ob die Hypothekenübernahme erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt erfolgt ist; im Zweifel ist das erstere anzunehmen.

2. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung (s. JDR. **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 3, 4 a). **a)** **RG. 67** 413 ff., JW. **08** 239 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 1522. Hat im Falle einer vor der Veräußerung und Schuldübernahme erfolgten Abtretung der hypothekarisch gesicherten Forderung der Veräußerer die Mitteilung an den früheren Gläubiger gerichtet und dieser sie an den neuen Gläubiger weitergegeben, so kann nach den Vorschriften über die Stellvertretung, insbesondere den §§ 180, 177, nach Lage des Falles eine Mitteilung des Veräußerers an den neuen Gläubiger vorliegen. **b)** **RG.** SeuffA. **63** 96, JW. **08** 32 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 272. Ob die Mitteilung und Genehmigung gemäß § 416 noch erfolgen kann, nachdem die Hypothek in der Zwangsversteigerung ausgefallen ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann auch nach diesem Zeitpunkte der Gläubiger die Übernahme der Hypothekenschuld gemäß §§ 415, 182 genehmigen. **c)** **RG.** SeuffA. **63** 96, JW. **08** 32 Ziff. 7, ElsLothNotZ. **08** 139, R. **08** II Ziff. 272. Die Mitteilung des Veräußerers von der Schuldübernahme kann auch noch erfolgen, nachdem der Erwerber das Grundstück weiterveräußert hat (**RG. 56** 200). **d)** **RG.** BayRpflZ. **08** 124 s. bereits JDR. **6** Ziff. 1 a.

3. Verhältnis zu §§ 414, 415 (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, 3). **a)** **RG.** JW. **08** 713 Ziff. 9. Die im § 416 geregelte Übernahme einer Hypothekenschuld ist ein besonderer Fall der im § 415 behandelten Vereinbarung einer Schuldübernahme zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer. Auf sie finden daher die Vorschriften des § 415 insoweit Anwendung, als sie nicht durch die besonderen Bestimmungen des § 416 ausgeschlossen werden. Insbesondere git § 415 Abs. 3. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3117. Die Parteien hatten einen Grundstückstausch miteinander abgeschlossen. Dabei hatten die Beklagten die auf den ihnen tauschweise überlassenen Grundstücken lastenden Hypotheken in Anrechnung auf den Tauschpreis übernommen. Später hatten die Parteien den Tausch rückgängig gemacht, aber die Hypothekengläubiger weigerten sich nunmehr, die Beklagten aus der Haftung für die Hypothekenschulden zu entlassen. Hieraus erwuchs für die Kläger die Verpflichtung den Beklagten gegenüber, die Hypothekengläubiger rechtzeitig zu befriedigen. **c)** **RG.** SeuffBl. **08** 406 s. bereits JDR. **6** Ziff. 2 a. **d)** S. auch oben Ziff. 1 und Ziff. 2 b.

4. Verhältnis zu § 407. **RG. 67** 413 ff., JW. **08** 239 Ziff. 11, R. **08** II Ziff. 1521. § 416 hat die gleichfalls zugunsten des Schuldners gegebene Vorschrift des § 407 nicht eingeschränkt. Hat daher der Gläubiger die hypothekarisch gesicherte Forderung abgetreten, ohne daß der Veräußerer hiervon Kenntnis erlangt hat, so genügt zur Wahrung der Rechte aus § 416 eine an den ursprünglichen Gläubiger erfolgende Mitteilung der Schuldübernahme. Dies gilt nicht nur bei Brief-, sondern auch bei Buchhypotheken. Auch bei letzterer kann trotz § 55 GBO. die Kenntnis des Schuldners von der Person des Gläubigers nicht vorausgesetzt werden, und eine Verpflichtung, vor Erlassung der Mitteilung nach § 416 sich durch Grundbucheinsicht über den dermaligen Gläubiger zu vergewissern, besteht nicht. — Der nach § 407 für die Kenntnis des Schuldners maßgebende Zeitpunkt ist, falls der Gläubiger auf die Mitteilung des § 416 stillschweigt, der Ablauf der auf die Mitteilung folgenden 6 Monate.

5. SeuffBl. **08** 59 (Dresden). Ein zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Hypothekengläubiger getroffene Vereinbarung, wonach die Genehmigung einer gemäß § 416 erfolgten Übernahme der Schuld für alle Fälle als vom Gläubiger im voraus verweigert zu gelten hat, kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 670, HansGZ. **08** Beibl. 35. § 416 findet auch Anwendung, wenn die Hypothek unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründet, die Übernahme dagegen unter der Herrschaft des BGB. erfolgt ist.

§ 417. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. a) § 417 hat einen von der abstrakten Natur der Schuldübernahme völlig unabhängigen und selbständigen Zweck (211—215). b) Der Schuldübernehmer kann dem Gläubiger trotz § 417 rechtsverfolgende Einreden nicht entgegensetzen (436—440). c) Dem Schuldübernehmer ist die Wahl zwischen der Wandelungs- und Minderungseinrede aus § 478 zu versagen; er ist auf Geltendmachung der Minderungseinrede beschränkt (452—455). d) Dem nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils gegen den Erstschuldner die Schuld Übernehmenden oder der Schuld Beitretenden sind alle Einwendungen abgeschnitten, die als Wirkung der Rechtskraft des Urteils dem Erstschuldner zu versagen wären (anders bei Schuldübernahme oder bei Schuldbeitritt vor oder während der Rechtshängigkeit) (456 f.).

§ 419. 1. **RG. 69** 284 ff. (287 f.), JW. **08** 548 Ziff. 8, DJZ. **08** 1169, R. **08** II Ziff. 2796 f. Die Bestimmung des § 419 setzt, wie aus ihrer geschichtlichen Entwickelung und aus ihren Abs. 2 und 3 hervorgeht, nicht den Tatbestand einer vertragsmäßigen Schuldübernahme nach §§ 414, 415, sondern lediglich denjenigen der Übernahme eines Vermögensinbegriffs, eines Aktivvermögens, voraus, kraft welcher, einerlei, was die Vertragsparteien über die Übernahme der Schulden bestimmt haben, selbst entgegen einem diese ausschließenden Parteiwillen, der Übernehmer des Vermögens neben dem bisherigen Schuldner mit dem Bestande des übernommenen Vermögens, d. i. mit den Gegenständen, aus denen das Aktivvermögen besteht, den Gläubigern unmittelbar verhaftet wird. Von einem Vorwegabzuge der Schulden von dem übernommenen Aktivvermögen kann ebensowenig die Rede sein wie im Falle der entgeltlichen Übernahme von einem Abzuge des von dem Übernehmer entrichteten Entgelts; die Gegenleistung für die Übertragung kommt nicht in Betracht.

2. **RG. 69** 289 f. Der Ausschluß einzelner, im Verhältnisse zum Ganzen unbedeutender Vermögensgegenstände ändert an dem Charakter eines Vertrags als Vermögensübertragung und -übernahme nichts (**RG. 24** 260). S. auch JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 1, **1** Ziff. 5.

3. **RG. 69** 284, 288, JW. **08** 548 Ziff. 8, DJZ. **08** 1169 hebt gelegentlich hervor, daß die Haftung des Übernehmers aus § 419 bereits mit dem Abschlusse des Vertrags (§ 311) beginnt (s. auch JDR. **6** Ziff. 3, 4, **2** zu § 419).

4. Kleinschmidt, HessRspr. **9** 102 f. Die Haftung nach § 419 tritt überall da ein, wo ein Schuldner sich seines gesamten Eigentums zugunsten eines anderen tatsächlich entäußert, einerlei, in welcher der sachlich verschiedenen rechtsgültigen Vertragsformen und in wie vielen Verträgen das geschieht.

5. Verhältnis zu § 25 HGB. (s. auch JDR. **5** Ziff. 1, **1** Ziff. 6). **RG. 69** 290, JW. **08** 548 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 853 Ziff. 3, DJZ. **08** 1169, R. **08** II Ziff. 2981. Der § 419 BGB. hat die Übertragung des ganzen Vermögens einer Person, § 25 HGB. nur die Übertragung eines Handelsgeschäfts zur Voraussetzung. Wo nun das Handelsgeschäft das ganze Vermögen darstellt, wie dies bei dem geschäftlichen Zweckvermögen juristischer Personen meist der Fall ist, da greift § 419 durch und setzt die Vorschrift des § 25 Abs. 3 außer Anwendung.

6. Zu Abs. 2. **RG. 69** 291 f., JW. **08** 548 Ziff. 8. Hat der Übernehmer die Beschränkung seiner Haftung gemäß Abs. 2 geltend gemacht, so bedarf es zur

Wahrung des Vorbehalts der Beschränkung nicht einer Aufnahme des Verlangens auf Ausspruch des Vorbehalts in den verlesenen Antrag. Das Gericht ist ferner nicht verpflichtet, schon in dem den Vorbehalt aussprechenden Urteil über das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen der Beschränkung zu entscheiden.

7. **RG. 68** 216 f., (JW. **08** 221 Ziff. 47, DJZ. **08** 362, R. **08** I 170). Die Vorschrift ist auf den — lediglich nach öffentlichem Rechte zu beurteilenden — Fall der Eingemeindung nicht anwendbar.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist die Monographie von Last (zu §§ 420 ff.) hervorzuheben. Auch auf Tackens „Ausgleichungsanspruch" sei hingewiesen; doch muß sein Selbstbericht dem nächsten Jahrgang vorbehalten bleiben. Zu § 420 finden sich interessante Entscheidungen über die Frage, wieweit im Falle der Anfechtung eines Vertrags die mehreren Empfänger der teilbaren Leistung zu deren Herausgabe als Gesamtschuldner verpflichtet sind. Dem Begriffe des unechten Gesamtschuldverhältnisses wird in der Entsch. **RG. 67** 128 (zu §§ 421, 426) ein bemerkenswerter Umfang beigelegt.

Zu §§ 420 ff. Literatur: Last, Anspruchkonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes, herausgegeben von R. Leonhard, Heft 26. Breslau 1908.

*Last aaO. Die angeführten drei Kriterien der Leistungsidentität (oben zu § 194) sind auch für die Unterscheidungen innerhalb des Gesamtschuldverhältnisses von Bedeutung. a) Wird die Leistungsidentität in konkurrierenden Ansprüchen durch Privatdisposition bestimmt und entspringen die Ansprüche aus einem Gesamtschuldverhältnisse, liegt Korealität vor. Korrealität kann jedoch auch durch Gesetz begründet werden. b) Wird die Leistungsidentität in konkurrierenden Ansprüchen durch den gleichen, auf dieselbe Spezies bezüglichen Inhalt bestimmt und entspringen die Ansprüche aus einem Gesamtschuldverhältnisse, liegt Solidarität wegen Unteilbarkeit der Leistung vor. Auch im Falle der Berechtigung mehrerer zu unteilbarer Leistung spricht man trotz § 432 BGB. von aktiver Solidarität, wenn die Leistung so beschaffen ist, daß sie, einmal vollzogen, notwendig allen Mitberechtigten zustatten kommt. c) Wird die Leistungsidentität in konkurrierenden, aus einem Gesamtschuldverhältnis entspringenden Ansprüchen durch die Identität des juristischen Anspruchszwecks bestimmt, liegt „unechte" Solidarität vor. Das gilt nur für die Verpflichtetenseite; eine „unechte" aktive Solidarität gibt es nicht. — In jedem Gesamtschuldverhältnisse liegt ein Fall der Anspruchkonkurrenz. Jede Rechtswirkung, die einen der konkurrierenden Ansprüche im gemeinsamen Anspruchelemente, der Leistung, trifft, erreicht dadurch auch den anderen Anspruch. Die Geltendmachung dieser Rechtswirkung ist entweder Anspruchverneinung oder Anspruchverfolgung (Einrede im engeren Sinne). Einige Beispiele: § 422 Abs. 1 Satz 2, 429 Abs. 3 Satz 1 BGB. Beim widerruflichen Erlaß ist zu unterscheiden, ob ein Gesamtschuldner deponiert hat oder ob zugunsten eines Gesamtgläubigers deponiert wurde. Im ersten Falle kann sich jeder Gesamtschuldner auf den Erlaß durch Einrede berufen, ebenso wie jeder den Erlaß rechtfertigen kann. Ebenso gesamtwirkend ist der Erlaß, wenn er auch nur zugunsten eines der Gesamtgläubiger geschieht. Wird über diese Einrede die Klage abgewiesen, dann ist der Erlaß gerechtfertigt und dann ist der Hinweis auf den Erlaß nicht mehr Einrede im engeren Sinne, sondern Anspruchsverneinung. — §§ 425, 429 BGB. Die Novation ist prinzipiell nicht gesamtwirkend. Doch in drei Fällen wirkt sie als Erfüllungssurrogat, nämlich wenn der Gläubiger oder ein Gesamtgläubiger zum novierenden Versprechen delegiert, ferner wenn der Schuldner oder ein Gesamtschuldner zur Zahlung delegiert und der Delegat einvernehmlich mit dem Delegatar

noviert, endlich im Falle der Schuldumwandlung, der sog. unechten Novation. Im Zweifel ist nach § 607 Abs. 2 echte Novation anzunehmen. — Die Confusio hat bei der Gesamtschuld subjektive, bei der Gesamtforderung objektive Wirkung. Die erste Wirkung beruht auf dem Zusammentreffen der inkompetiblen Gläubiger- und Schuldnerqualität in einer Person, die zweite auf der Annahme der Selbstzahlung. Diese Verschiedenheit der Konfusionswirkung beim Gesamtschuldverhältnisse hängt mit der Regelung, die das Innenverhältnis zwischen Gesamtschuldnern und Gesamtgläubigern im BGB. erfahren hat, zusammen.

§ 420. 1. **RG.** SeuffA. **63** 165. Ob ein gegen mehrere auf Entrichtung einer teilbaren Leistung gerichteter Klagantrag Verurteilung als Gesamtschuldner oder nur zur Leistung von Bruchteilen begehrt, ist eine unter Berücksichtigung des dem Klagantrage zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses zu beantwortende Auslegungsfrage.

2. Gesamtschuldnerische Haftung bei dem Bereicherungsanspruche (s. auch u. zu § 431 Ziff. 1). **a) RG. 67** 260, JW. **08** 70 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 480. Im Falle der Anfechtung eines Vertrags, durch den mehrere sich gemeinschaftlich verpflichtet haben, sind diese als Empfänger der teilbaren Vorleistung zu deren Herausgabe als Gesamtschuldner verpflichtet. Denn aus § 427 BGB. ist zu folgern, daß in solchem Falle jeder der Vertragsteilnehmer als Empfänger des Ganzen zu gelten hat. **b) RG.** LeipzZ. **08** 545 Ziff. 2. Im Falle der Anfechtung eines Gesellschaftsvertrags, auf Grund dessen ein Gesellschafter Gelder zu Gesellschaftszwecken hingab, sind die mehreren anderen Gesellschafter zur Herausgabe der Gelder nicht als Gesamtschuldner, sondern nur insoweit verpflichtet, als der einzelne bereichert ist. Die Entscheidung zu a steht nicht entgegen, da in dem dortigen Falle die Beklagten dem Kläger von vornherein als Gesamtschuldner gegenüberstanden. **c)** OLG. **16** 379 (380) (Braunschweig). Gemeinschaftliche Verkäufer haften im Falle der Nichtigkeit des Kaufes für den Bereicherungsanspruch des Käufers auf Rückzahlung einer Anzahlung als Gesamtschuldner (JW. **08** 70 Ziff. 4 [oben Ziff. 2 a]).

3. OLG. **17** 1 (KG.). Bei gemeinschaftlicher Vermietung einer Sache durch die Miteigentümer findet auf die Ansprüche der Vermieter die Regel des § 420 keine Anwendung, diese Ansprüche sind vielmehr ungeteilt gemeinschaftliche

§ 421. 1. Unechtes Gesamtschuldverhältnis (s. zu § 426 Ziff. 2 u. JDR. **5** § 421 Ziff. 2). **RG. 67** 128, JW. **08** 33 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 162 Ziff. 28, R. **08** II Ziff. 39. Wenn ein Dritter mittels eines abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB.) dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung mit Rücksicht auf letztere die Zahlung einer diesem Kaufpreise gleichen Summe verspricht, so entsteht zwischen diesen beiden Schuldnern ein unechtes Gesamtschuldverhältnis und nicht ein solches im Sinne des § 421, auf das die Vorschriften der §§ 426 und 1153 Abs. 1 BGB. Anwendung finden. Denn bei beiden Schuldverhältnissen ist zwar der Leistungsinhalt und der Obligationszweck derselbe; die Verpflichtungen beruhen aber auf verschiedenen, rechtlich unabhängigen materiellen Schuldgründen, nämlich die eine auf dem Kaufvertrage, die andere auf dem abstrakten Schuldversprechen. Es besteht daher bezüglich des materiellen Schuldgrundes der Obligationen keine Gemeinschaft, wie sie für Anwendung der §§ 421, 426 BGB. erforderlich ist. Der Fall unterscheidet sich hierdurch wesentlich von dem in **RG. 64** 318, in welchem der neue Schuldner nicht ein abstraktes Schuldversprechen geleistet, sondern die Zahlung der ursprünglichen Kaufpreisschuld selbständig in eigenem Interesse übernommen hatte.

2. R. **08** II Ziff. 273 (Stuttgart). Wird während des gegen Eheleute als Gesamtschuldner geführten Rechtsstreits die Forderung gegen den Ehemann ge-

pfändet, so ist unter gesamtschuldnerischer Haftung der Ehemann zur Zahlung an den Pfändungsgläubiger, die Ehefrau zur Zahlung an den Kläger zu verurteilen.

§ 423. R. **08** II Ziff. 276 (KG.). Bei einem mit einem der Gesamtschuldner geschlossenen Vergleiche spricht die Vermutung nur für das Ausscheiden des einen Schuldners.

§ 425. 1. *Westerkamp. Es ist eine bemerkenswerte Ausnahme zu den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes der Gesamtschuldverhältnisse, wenn § 474 bestimmt, daß die Rechtslage des einen Gesamtschuldners insoweit durch den anderen geschädigt werden kann, als der eine durch Vollziehung der Minderung dem anderen den Wandelungsanspruch entziehen kann, der beiden Gesamtschuldnern bis dahin zur gemeinsamen Ausübung zustand (455).

2. Josef, LeipzZ. **08** 680—684. Verbinden sich Rechtsanwälte zur Ausübung des Berufs, so liegt zwar, da jeder den Beruf selbständig ausübt, keine Gesellschaft vor; wohl aber liegt in der Verbindung die öffentliche Erklärung, daß, wie die Anwälte durch ihre Tätigkeit gemeinschaftlichen Erwerb suchen, jeder von ihnen auch gesamtschuldnerisch für Verschulden des anderen haften wolle.

§ 426. 1. *Westerkamp. Ist das Gesamtschuldverhältnis durch Schuldbeitritt entstanden, so wird man da im Innenverhältnis auf materielle Teilung schließen dürfen, wo zwischen Erstschuldner und Beigetretenem ein sozietätsähnliches Verhältnis besteht. In allen anderen Fällen wird materielle Alleinhaftung eines der mehreren Schuldner in ihrem Verhältnisse zueinander die Regel bilden. Wer intern belastet ist, entscheidet sich nach den Zwecken, denen die Interzession diente (490—493).

2. Unechtes Gesamtschuldverhältnis. **RG. 67** 128, JW. **08** 33 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 162 Ziff. 28, R. **08** II Ziff. 40. § 426 ist nur bei Gesamtschuldverhältnissen im Sinne des § 421 anwendbar. Ein solches liegt nicht vor, wenn ein Dritter mittels eines abstrakten Schuldversprechens (§ 780 BGB.) dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung mit Rücksicht auf letztere die Zahlung einer dem Kaufpreise gleichen Summe verspricht (s. o. zu § 421 Ziff. 1).

3. **RG.** R. **08** II Ziff. 2146. Ob Gesellschafter einer GmbH., welche sich für eine Gesellschaftsschuld verbürgt haben, als Bürgen untereinander mit Rücksicht auf ihre ungleichen Anteile am Gesellschaftsvermögen auch zu ungleichen Teilen ausgleichspflichtig sind, ist nach dem Einzelfalle zu beurteilen. Tatsächliche Vermutung.

§ 427. 1. Gemeinschaftlichkeit der Verpflichtung (s. JDR. **3** zu § 427). **RG.** JW. **08** 137 Ziff. 5, LeipzZ. **08** 301 Ziff. 24, R. **08** II Ziff. 957. Das Berufungsgericht hat erwogen, die auf Erfüllung eines Bierlieferungsvertrags mitverklagte Ehefrau des Käufers der Wirtschaft hafte als Gesamtschuldnerin, weil ihr Ehemann die Erfüllung des von seinem Vorgänger, dem Verkäufer der Wirtschaft, abgeschlossenen Bierbezugsvertrags übernommen habe, schon deshalb, weil nach den Erfahrungen des täglichen Lebens davon auszugehen sei, daß die als Mitkäuferin auftretende Ehefrau sich allen Vertragsbestimmungen unterwerfen wolle, welche ihr Ehemann mündlich oder schriftlich getroffen habe, und besondere Tatsachen, die dieser Annahme hier entgegenständen, nicht bekannt geworden seien. Diese Begründung ist unzureichend. Der aufgestellte Erfahrungssatz ist in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen. Eine Vertretungsmacht des Ehemanns ist nicht festgestellt.

2. Bereicherungsanspruch bei Anfechtung eines gemeinschaftlich verpflichtenden Vertrags s. o. zu § 420 Ziff. 2 a—c.

3. **RG.** SächsRpflA. **08** 308. Ist eine Hypothek fiduziarisch an mehrere abgetreten worden und zedieren diese sie vertragswidrig an einen Dritten, so haften sie für den dem ursprünglichen Gläubiger entstandenen Schaden als Gesamtschuldner, und zwar sowohl auf Grund der §§ 427, 280 als der §§ 826, 830.

§ 431. 1. Gesamtschuldnerische Haftung gegenüber dem Bereicherungsanspruche (s. auch o. § 420 Ziff. 2). **RG. 67** 260, JW. **08** 70 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 481. Im Falle der Rückforderung der teilbaren Vorleistung aus einem nichtigen Vertrag ist die von den mehreren Vertragsteilnehmern geschuldete Rückgewähr nicht deshalb eine unteilbare Leistung, weil es untunlich ist, das auszusondern, was der einzelne von ihnen erhalten hat.

2. **RG. 67** 273 ff., JW. **08** 119 Ziff. 20, R. **08** II Ziff. 1772 f. Durch die Umwandlung des Anspruchs auf die unteilbare Naturalrestitution in eine Geldforderung (§§ 249 Satz 2, 251 BGB.) verwandelt sich die ursprüngliche solidarische Verpflichtung mehrerer Schuldner nicht in eine anteilige. Jedoch ist bei Schadenszufügung durch mehrere deren Verpflichtung zur Naturalrestitution nicht notwendig eine einzige und einheitliche; insbesondere ist bei sukzessiven Beschädigungen die Verpflichtung des ersten Beschädigers inhaltlich eine andere als die des anderen, dessen Einwirkung die Sache schon in beschädigtem Zustande getroffen hat.

§ 432. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 2464. Ist zwischen den Beteiligten vereinbart, daß eine im Miteigentume stehende Sache, bezüglich deren ein Dritter Ansprüche erhoben hat, veräußert und der Erlös hinterlegt werden solle, so kommt es für die Frage, ob ein einzelner der früheren Miteigentümer die Ansprüche aus dem Eigentum in Ansehung des ganzen Erlöses geltend machen kann (§§ 1011, 432 einerseits, § 420 andererseits), auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarung an.

2. R. **08** II Ziff. 482 (Frankfurt). Die Anwendung des Paragraphen auf die Gesellschaft ist durch die Sondervorschriften des 14. Titels ausgeschlossen.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Was die Literaturberichte anbetrifft, so sei besonders hingewiesen auf die Ausführungen des Reichsgerichtsrats Könige und des Rechtsanwalts Breit zum Vinkulationskauf, ferner auf die Erörterung der Streitfrage bezüglich des Schadensersatzes wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer (§ 463 Ziff. 1) und auf Flataus Zwangsvollstreckung in Leihmöbel (§ 455 Ziff. I 1). Zahlreiche, für die Praxis wichtige Entscheidungen finden sich insbesondere zu den §§ 459, 460, 463.

Literatur: Bendix, Zur Auslegung des § 437 Abs. 1 BGB., ABürgR. **32** 323 bis 340. — Breit, Vinkulation und Zurückbehaltungsrecht, LeipzZ. **08** 886—900. — Flatau, Die Zwangsvollstreckung in die sog. Leihmöbel. Berlin 1909. — Friedenthal, Wandelung und Minderung seitens des Bürgen, JW. **08** 132—133. — Graßhoff, Die Elektrizität und ihre Stellung im Sachgüterrechte des Zivilrechts, Greifswalder Diss. 1908. — Könige, Der Vinkulationskauf, GruchotsBeitr. **52** 286—304. — Lipsiensis, Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung des Käufers durch den Verkäufer, R. **08** 500—504. — Matthiessen, Zur Rechtsprechung des RG. über Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung, JW. **08** 60—64. — Meisner, Die Vorschriften des BGB. über die Viehgewährschaft nebst der hierzu ergangenen Kais. VO. vom 27. März 1899 (2). München 1908. — Oertmann, Zur Lehre von der Beweislast bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache, R. **08** 345—351. — Wurzer, Zum Begriff der Nebenforderung, GruchotsBeitr. **53** 48—78. — Samter, Die Giltigkeit der in einem Bestellschein nicht enthaltenen mündlichen Abreden, KGBl. **08** 53—55. — Zeiler, Einfluß der Weiterveräußerung der Kaufsache, insbes. eines gekauften Tieres, auf das Wandelungsrecht des Käufers, JW. **08** 292—294. — Zencke, Gaslieferungsvertrag Berlin 1907.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Vinkulationsgeschäft (s. JDR. **6** Ziff. 2 zu § 243 und unten § 462 Ziff. I 1, sowie oben Ziff. 2 zu § 267 u. Ziff. 3 zu § 398). a) *Könige, GruchotsBeitr. **52** 293 ff. Das Vinkulationsgeschäft bezweckt den Abschluß eines Kaufvertrags. Der im Einverständnisse mit dem Verkäufer abgefaßte Vin-

kulationsbrief enthält den Antrag des Vinkulanten und des Verkäufers auf Abänderung des Kaufvertrags dahin, daß der Vinkulant (der bevorschussende Auslandsbankier) gegen Übertragung des Eigentums an der Ware auf den Käufer den vollen Kaufpreis oder seinen dem Verkäufer gemachten Vorschuß erhalte, daß durch diese Zahlung die Kaufpreisschuld des Käufers gegenüber dem Verkäufer ganz oder in Höhe des Vorschusses erloschen sei und der Käufer sich wegen etwaiger Gewährleistungsansprüche allein an den Verkäufer zu halten habe. Der Vinkulant ist kraft Sicherungsübereignung (Staub [8] § 368 Anm. 94 ff.) wahrer Eigentümer, nicht Pfandgläubiger; gegenüber dem Verkäufer tritt er in ein Treueverhältnis. Das Verhältnis gegenüber dem Käufer hängt davon ab, ob der Käufer den Antrag im Vinkulationsbrief annimmt oder ablehnt. Nimmt der Käufer den Vinkulationsantrag ausdrücklich oder stillschweigend an (z. B. durch Akzepterteilung, Inangriffnahme der Ware, die über bloße Untersuchung hinausgeht), so genehmigt der Käufer die im Vinkulationsbriefe vorgeschlagene Abweichung vom Kaufvertrag; er muß danach volle Zahlung leisten, kann nicht mit Gegenforderung, die er gegen den Verkäufer hat, aufrechnen; nicht der Vinkulant, sondern nur der Verkäufer haftet nun für Gewährleistungsansprüche. Um diese Wirkungen zu erzielen, muß sich der Vinkulant im Vinkulationsbriefe deutlich ausdrücken, sonst ist er bloßer Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. — Lehnt der Käufer die Vinkulation ab, so hat er nur noch Aufbewahrungspflichten (Staub [8] § 379 Anm. 15) und kann nach § 379 HGB. verfahren; auch ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm zu im Umfange der Anm. 44 § 369 Staub [8]. Im einzelnen kann sich die Sachlage ja nach dem Inhalte des Vinkulationsbriefs ändern, denn er gibt den Vertragsinhalt an (hierüber näheres aaO. 302). Wendet sich der Vinkulant zur Vermittelung der Ausführung an einen Inlandsbankier, so ist letzterer Inkassomandatar. **b)** Breit nimmt LeipzZ. **08** 395 ff. zu einigen Punkten der Ausführungen Königes Stellung. Unter anderem heißt es dort: Nach Könige tritt der Bankier in den Kaufvertrag ein. Aber er tritt nicht ein in die Totalität der Rechtsbeziehungen des Verkäufers, sondern es werden ihm nur alle Rechte des Verkäufers aus dem Kaufvertrag übertragen, während die Pflichten bei dem Verkäufer verbleiben. Nur die eine Verbindlichkeit übernimmt er: den Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 zu vollziehen, und dazu die Ware zu verwenden.

2. Kauf auf Abruf (vgl. o. § 326 Ziff. 2 und unten Ziff. II 1). *Zander, GruchotsBeitr. **52** 304 ff. Unter der Abrede „auf Abruf" wird das zeitlich begrenzte Recht des Käufers verstanden, den Zeitpunkt der Leistung dem Verkäufer bindend vorzuschreiben. Ist die Abrede ordnungsmäßig getroffen, dann wird in dem Vertrage die Frist ausdrücklich bestimmt, bis zu der der Abruf zu bewirken ist (z. B. „auf Abruf bis Ende 1908"). Ist keine Frist vereinbart, dann muß zunächst aus dem Vertrag und dem Geschäftsverkehre der Parteien der Vertragswille ermittelt werden. Wo es an einem solchen Auslegungsmittel fehlt, da entscheiden die für die einzelnen Warengattungen bestehenden Handelsgebräuche. Bei sog. „Saisonwaren" gilt der Schluß der Saison handelsüblich als Endzeitpunkt für den Abruf. Bei anderen Waren neigt der Handelsverkehr zur Bildung von Handelsgebräuchen, die ein Jahr als längste übliche Abrufsfrist anordnen. Die einzelnen Handelsgebräuche sind in der Arbeit dargestellt. — Über die Rechtsfolgen bei unterlassenem Abrufe s. oben § 326 Ziff. 2.

3. Samter, KGBl. **08** 53 ff. Mündliche, in einem Bestellscheine nicht enthaltene Abreden sind rechtswirksam, wenn nach den Verhandlungen zwischen dem Besteller und dem Agenten der Bestellschein nur als eine schriftliche Festlegung einzelner hauptsächlicher Vertragsabreden in Betracht kommen soll, oder, wenn nach Lage des Einzelfalls bei Unterfertigung des Bestellscheins durch den Besteller, dessen aus eigennützigem Beweggrunde han-

delnder Vertragspartner erkannt hat, daß der von dem Besteller vorausgesetzte Vertragsinhalt ein anderer als der Bestellschein-Inhalt ist. In diesem Falle begründen die nur mündlichen, im Bestellscheine nicht enthaltenen Abreden eine Anfechtbarkeit des ganzen Vertrags aus § 123 BGB. und damit die Unverbindlichkeit des Bestellscheins.

4. a) *Zencke, Gaslieferungsvertrag. Der Gaslieferungsvertrag geht bei der Eigenart seines Wesens in keinem der typischen Schuldverhältnisse des BGB. auf. Vielmehr muß das durch den Gaslieferungsvertrag zwischen der Gasanstalt und ihrem Abnehmer geschaffene, von den Parteien als einheitlich gedachte Rechtsverhältnis zum Zwecke der Subsumtion zerlegt werden: in einen Vorvertrag, der die Kontrahenten für längere Dauer in obligatorische Rechtsbeziehungen zueinander bringt, und eine Reihe einzelner untergeordneter, eigenartig gestalteter Kaufverträge auf der Grundlage des Vorvertrags (vgl. JDR. **6** Ziff. I 7). b) Verträge auf Lieferung elektrischer Energie (s. JDR. **1** Ziff. 2, **3** Ziff. I 2). Graßhoff, Elektrizität 44 ff., gelangt hinsichtlich derartiger Verträge angesichts der analogen Ausdehnung des Sachbegriffs zu dem Ergebnisse, daß sie als Kaufverträge anzusehen sind.

5. Cohn, R. **08** 34. Aus Abzahlungskäufen kann nicht Klage auf Zahlung des Kaufpreises oder Rückgabe der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen erhoben werden. In dem Antrag auf Zahlung oder Herausgabe kommt ein Rücktritt vom Vertrage nicht zum Ausdrucke. Dem Beklagten wird, auch wenn er nur nicht zahlen will, überlassen, statt der vertraglichen Zahlung die Rückgabe der Sachen zu leisten. Nach dem Kaufvertrag ist der Beklagte nur verpflichtet, Zahlung zu leisten, nur zu dieser kann er verurteilt werden.

6. Beweislast (s. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. I 4). Oertmann, R. **08** 345. Hat der Käufer dem Verkäufer die Ware sofort zur Verfügung gestellt oder sie doch noch nicht als Erfüllung angenommen, so ist gegen Endemann § 99 Anm. 31, Dernburg II § 184 V, Staudinger zu § 459 Note 8 unter Aufgabe des bei Oertmann, Komm. zu § 459 Note 7, vertretenen Standpunkts gleichfalls dem Käufer der Nachweis für die Fehlerhaftigkeit aufzuerlegen Da die Mangelfreiheit der Kaufsache nicht zu den vertragsmäßigen Verpflichtungen des Spezieskäufers gehört, sondern nur besondere Gewährschaftsansprüche auslöst (ebenso Cosack § 127, Crome § 220, Planck zu § 462, Leonhard, Beweislast 392 ff. u. Hellbach, R. **05** 8). Weist dennoch der wandelnde Käufer nach, daß die Ware im Zeitpunkte des Eintreffens bei ihm mangelhaft war, so kann ihm ein weiterer Beweis wegen der Zeit der Entstehung des Mangels nicht noch aufgebürdet werden. Der Verkäufer ist vielmehr nur durch einen Doppelbeweis der Wandelung zu entgehen imstande: einmal, daß der Mangel erst nach dem Gefahrübergang eingetreten war, zum anderen, daß er bei der Versendung usw. die nötige Sorgfalt beobachtet habe (350). War das Geschäft ein Gattungskauf, so hindert das nach § 480 den Käufer nicht, bei Mangelhaftigkeit des Gelieferten Wandelung oder Minderung zu begehren. Verlangt der Käufer, daß ihm an Stelle der mangelhaften eine mangelfreie Sache geliefert werde, so ist gegen Planck, § 480 Note 3, anzunehmen, daß der Verkäufer die beanstandete Vertragsmäßigkeit der Ware seinerseits so lange beweisen muß, als nicht der Käufer die Ware bereits im Sinne des § 363 als Erfüllung angenommen hat und damit beweispflichtig geworden ist.

II. Aus der Praxis. 1. Kauf auf Abruf (s. JDR. **5** Ziff. II 1 b, **6** Ziff. II 1). a) **RG.** R. **08** 647 f. Bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte hatte der Käufer sich unter Vertragsstrafe zu regelmäßigem monatlichen Abruf einer bestimmten Warenmenge verpflichtet, jedoch mit der Einschränkung, daß er bei einer etwaigen Betriebsstörung in seiner Fabrik keine Ware abzurufen brauchte. Er hat dann mit der — von der Gegenseite bestrittenen — Behauptung, daß eine solche

Betriebsstörung vorliege, eine Zeitlang keine Ware abgerufen, später aber darauf verzichtet, die von ihm behauptete Betriebsstörung weiter zu seinen Gunsten geltend zu machen, und sich bereit erklärt, die nicht abgerufene Ware nachträglich zu beziehen. Der hierin liegende Verzicht kann nicht ohne weiteres auch dahin verstanden werden, daß nunmehr der andere Vertragsteil auch berechtigt sein sollte, aus dem Nichtbezuge der Ware in jener Zeit einen Anspruch auf die Vertragsstrafe herzuleiten. **b)** OLG. **16** 386, HansGZ. **08** Hptbl. 116 (Hamburg) darüber, ob der Käufer, der mit der Klausel „auf Abruf per 1906" gekauft hat, noch im Jahre 1907 abrufen kann.

2. Analoge Anwendung der §§ 433 ff. (s. JDR. **5** Ziff. II 2 a, **6** Ziff. II 2). R. **08** 298 (Frankfurt a. M.). Auf den Verkauf einer Zeitschrift, d. h. der Redaktion und des Verlags derselben, finden die Vorschriften über den Verkauf von Sachen entsprechende Anwendung, obwohl Gegenstand des Vertrags weder eine Sache noch ein Recht im Sinne der §§ 459, 433 ist.

3. Distanzkauf (s. auch JDR. **1** Ziff. 4 f). R. **08** 121 (Frankfurt a. M.). Durch die bei einem Distanzkaufe getroffene Bestimmung eines bestimmten Ortes als Erfüllungsorts für die Lieferung und Zahlung wird eine Verpflichtung des Käufers, die Ware an diesem Orte abzunehmen, nicht begründet.

4. **RG.** 6. 3. 08, HoldheimsMSchr. **08** 128. Der Käufer, der eine nach den Umständen des Falles als übermäßig zu bezeichnende Frist verstreichen läßt, ohne die Lieferung zu verlangen, handelt illoyal und ist nicht zu hören, wenn er nach so langer Zeit auf einen Abschluß zurückkommt, von dem der andere Teil annehmen mußte, daß er durch stillschweigende Übereinkuft seine Erledigung gefunden habe.

5. Beweislast (s. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. I 4, **6** Ziff. II 5). **a) RG.** 28. 4. 08, **68** 305, DJZ. **08** 818, verwirft die Ansicht des BerG., daß der Käufer, der eine Befristung der Kaufpreiszahlung behaupte, dafür die Beweislast übernehmen müsse. Wenn der Schuldner die Vereinbarung von Zahlungsfristen behaupte, so sei dies als Leugnung des Klagegrundes, nicht als Aufstellung einer Einrede anzusehen. Nur für die Behauptung nachträglich vereinbarter Stundung sei der Käufer beweispflichtig. **b) RG.** 19. 6. 08, HoldheimsMSchr. **08** 312, JW. **08** 479 f., Bay. RpflZ. **08** 378, GruchotsBeitr. **52** 858. Beruft sich der Käufer zur Verteidigung gegen die Kaufpreisforderung auf die auftragswidrige Auslieferung der Kaufsache, so hat der Verkäufer zu beweisen, daß er der Anweisung des Käufers gemäß gehandelt habe. Ging die Anweisung dahin, daß die Ware nur gegen Kassazahlung ausgeliefert werden sollte, so hat der Verkäufer, der ohne Kassazahlung ausgeliefert hat, seinen Auftrag überschritten. Diese Überschreitung des Auftrags braucht der Käufer nicht gegen sich gelten zu lassen.

6. Sukzessivlieferungsvertrag (s. JDR. **6** Ziff. II 6). **RG.** 23. 12. 07, HoldheimsMSchr. **08** 84. Wird beim Sukzessivlieferungsgeschäfte das Rücktrittsrecht des Käufers auf die rechtzeitige Rüge der Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen gestützt, so kann unter Umständen auch die Mangelhaftigkeit anderer Lieferungen, deren Mängel als genehmigt gelten, ebenfalls zur Begründung der Annahme verwertet werden, daß künftighin vertragsmäßige Lieferungen überhaupt nicht zu erwarten seien. Das trifft auch dann zu, wenn eine wirkliche Genehmigung ursprünglich bemängelter Ware durch eine nachträgliche Vereinbarung der Parteien erfolgt ist.

7. **RG.** 15. 5. 08, BadRpr. **08** 258. Ist in einem Kaufvertrage bestimmt, daß ein Teil des Kaufpreises zur Verrechnung mit dem Kaufpreis aus einem weiteren zwischen den Parteien beabsichtigten Kaufgeschäfte getilgt werden sollte, und kommt es dann nicht zu diesem weiteren Kaufgeschäft oder wird dieses weitere Kaufgeschäft nachträglich wieder rückgängig gemacht, so ergibt sich für den Käufer aus dem ersteren Kaufgeschäft ohne weiteres auch die Verpflichtung zur Barzahlung auch des Restes des Kaufpreises.

8. a) **RG. 68** 329 ff., JW. **08** 446. Wenn der Käufer dem säumigen Verkäufer, der nach dem Vertrag an seinem Wohn- oder Niederlassungsorte zu erfüllen, die Ware dem Käufer aber zu übersenden hat, eine Nachfrist gemäß § 326 für die Lieferung der Ware nach dem Zeitpunkte bestimmt, in welchem diese an dem Bestimmungsort einzutreffen hat, so hat hierdurch eine solche Nachfrist als bestimmt zu gelten, die mit dem Zeitpunkt endigt, in welchem die Ware spätestens von dem Verkäufer an seinem Wohnorte zur Weiterbeförderung nach dem Bestimmungsorte dem Frachtführer zu übergeben war, damit deren Eintreffen am Bestimmungsorte zu dem vom Käufer bestimmten Zeitpunkt im Hinblick auf den gewöhnlichen Verlauf derartiger Transporte erwartet werden kann. **b) RG.** 10. 1. 08, **67** 313 ff. Die Aufforderung des Verkäufers zur Abnahme der Ware unter Setzung einer Frist nach § 326 Abs. 1 hat nicht d i e Wirkung, daß der Auffordernde seine in der Aufforderung nicht benannten weiteren Rechte und Verteidigungsmittel in bezug auf die erwähnte Abnahme nicht mehr geltend machen kann, wenn der andere Teil sich zur Abnahme bereit erklärt. Der Auffordernde ist nicht v e r p f l i c h t e t zu leisten, wenn der andere Teil n u r das tut, was in der Aufforderung enthalten ist, falls nach dem Vertrag er noch weiteres zu tun hat, um die Erfüllung beanspruchen zu können.

9. a) **RG. 69** 125, JW. **08** 521. Es ist nicht zu beanstanden, wenn das Gericht die Vertragsklausel: „Netto Kasse gegen Faktura" in Übereinstimmung mit den von Handelskammern erstatteten Gutachten dahin versteht, daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises nach Eingang der Faktura verpflichtet sei und daß der Verkäufer das Recht habe, mit der Absendung der Ware bis nach Eingang des Kaufpreises zu warten. **b)** SchlHolstAnz. **08** 357 (Kiel). Bei Vereinbarung in einem Kaufvertrage „Zahlung nach Erhalt der Ware" oder „bei Empfang der Ware" ist es nicht zulässig, die Ware unter Nachnahme zu senden.

10. HansGZ. **08** Hptbl. 285 ff. (Hamburg). Bei einem Kaufe von Prima-Schmalz of choice quality mit der Klausel: laut amerikanischem Zertifikate, das ausschließlich für Qualität und Beschaffenheit der Ware maßgebend ist, darf der Käufer die Ware zurückweisen, weil in das ihm übergebene Zertifikat die Bezeichnung „prima" erst nach Andienung der Ware nachgefügt war.

11. **RG.** 24. 6. 08, **69** 103 ff. behandelt einen Fall, in dem es darauf ankam, ob darin, daß der Käufer nach Ablauf einer vom Verkäufer für die Auflassung gesetzten Frist auf dessen Verlangen das Grundstück unter Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen zurückgibt, eine vertragsmäßige Einigung über die Nichterfüllung des Kaufes erblickt werden kann.

12. BraunschwZ. **08** 158 (Braunschweig). Eine Vereinbarung, wonach eine Anzahlung „bei der Auflassung" zu leisten ist, ist dahin auszulegen, daß die Anzahlung vor der für die Entgegennahme der Auflassung zuständigen Amtsstelle zu leisten ist.

13. a) SchlHolstAnz. **08** 94 (Kiel). Unter Lasten und Abgaben, die von dem Käufer eines Grundstücks zufolge des Vertrags übernommen werden, sind auch Rentenbankrenten zu verstehen. **b)** OLG. **16** 398 (Frankfurt) handelt darüber, ob der Käufer, der die Umsatzsteuer übernommen hat, auch die Wertzuwachssteuer zu tragen hat.

14. **RG.** R. **08** 514. Wer verpflichtet ist, ein Grundstück zu einem bestimmten Preise zu übernehmen, kann, auf Zahlung dieses Preises verklagt, nicht einwenden, daß das Grundstück seit dem Vertragsschlusse durch das Verschulden des anderen Teiles erheblich verschlechtert worden sei, sofern die behaupteten Verschlechterungen sich wieder beseitigen lassen.

15. OLG. **16** 383 (Breslau) behandelt einen Fall, in dem ein Kaufvertrag wegen vorbehaltener Einigung über die Zahlungsweise nicht zustande gekommen war.

16. BankA. **7** 187, HansGZ. **08** Hptbl. 45 (Hamburg). Der Bankier, welcher

von dem Käufer überseeischer Waren gegen Vorlage von Konnossementen Akzepte einholt, ist dem Käufer für die Echtheit der ihm vorgelegten Konnossemente nicht verantwortlich.

17. SchlHolstAnz. **08** 49 (Kiel). Der durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschlusse veranlaßte Käufer kann nicht verlangen, daß er so gestellt werde, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre (gegen **RG. 59** 155).

18. **RG.** 30. 5. 08, BayRpflZ. **08** 337, handelt über den Unterschied zwischen einer Zuwendung, die den Verkäufer für die Unterhandlungen günstig stimmen soll, und der Vorauszahlung eines Teiles des Kaufpreises.

19. **RG.** 21. 1. 08, HoldheimsMSchr. **08** 212, JW. **08** 192. Nach dem örtlichen Rechte des Verkäufers bestimmen sich sowohl die Art, wie er zu leisten hat, als auch die Folgen seiner nicht gehörigen Leistung.

20. MecklZ. **27** 47 (Rostock). Die Zwangsvollstreckung wegen Abnahme einer beweglichen Sache im Sinne des § 433 Abs. 2 hat nach § 887 ZPO. zu erfolgen.

21. **RG.**, JDR. **6** Ziff. II 4 d, jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 973 ff.

22. Über ein Zurückbehaltungsrecht im Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer vgl. oben § 273 Ziff. 6 a β u. b α.

23. **RG.** LeipzZ. **08** 777 vgl. oben § 313 Ziff. II 1 i.

§ 434. 1. **RG.** 10. 4. 08, R. **08** 363. Werden noch nicht volleingezahlte Geschäftsanteile einer GmbH. veräußert, so ist hinsichtlich der für den Verkäufer wie für den Käufer bestehenden Verpflichtung zur Leistung des noch nicht rückständigen Teiles der Stammeinlage — § 16 Abs. 3 GmbHG. — die Gesellschaft nicht als Dritter im Sinne des § 434 anzusehen. Es ist daher nicht § 434, sondern § 437 anzuwenden.

2. ElsLothJZ. **08** 526 (Colmar). Der Verkäufer eines Hauses, auf welchem ein Stockwerkseigentum lastet, ist nach § 434 an sich verpflichtet, das Stockwerkseigentum abzulösen und das Eigentumsrecht am ganzen Hause dem Erwerber zu verschaffen.

3. **RG.** 21. 10. 08, JW. **08** 712. Eine privatrechtliche Baubeschränkung ist kein Sachmangel, sondern ein Rechtsmangel, auch wenn sie in gleicher oder ähnlicher Weise wie eine öffentlich-rechtliche Baubeschränkung wirkt. — Über gesetzliche Eigentumsbeschränkungen vgl. JDR. **5** Ziff. 1.

4. **RG.** 24. 10. 08, R. **08** 694. Verkauft der Konkursverwalter einer Aktiengesellschaft, der ein Grundstück verkauft und aufgelassen war, während die Eintragung des Eigentumsüberganges noch beanstandet war, dies Grundstück einem Dritten, so liegt darin nicht eine Abtretung eines Anspruchs aus § 434 gegen den noch eingetragenen Eigentümer, der inzwischen einem anderen eine Grunddienstbarkeit eingeräumt hat.

5. **RG.**, JDR. **6** Ziff. 3 b, jetzt auch SeuffA. **63** 268.

§ 435. **RG.** 31. 1. 08, R. **08** 237. Der Käufer eines Grundstücks, zu dessen Gunsten der Verkäufer eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung hatte eintragen lassen, kann von dem Verkäufer vor der Auflassung Beseitigung einer nach jener Vormerkung für einen Dritten eingetragenen Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung verlangen, braucht die Auflassung des Grundstücks also nur nach Löschung der zweiten Vormerkung entgegenzunehmen (die Entsch. des OLG. Cassel findet sich OLG. **16** 387). Vgl. hierzu die Ausführungen von Fuchs und Francke, JDR. **6** sub a nnd b u. Fuchs, R. **08** 237.

§ 436. 1. SächsOLG. **29** 392 (Dresden). Die Vorschrift des § 436 erstreckt sich nicht auf Rückstände von öffentlichen Abgaben und Lasten.

2. a) PosMSchr. **08** 96 (Königsberg). Der Domänenzins ist keine öffentliche Last im Sinne des § 436, denn es handelt sich nur um ein privatrechtliches Erbzinsverhältnis, wenn auch der Verleiher des Zinsguts der Staat ist. b) R. **08** 655 (Frankfurt a. M.). Die bezüglich eines Grundstücks infolge seiner Lage im Überschwemmungsgebiet eines Flusses bestehende gesetzliche Eigentumsbeschränkung, daß Bauten in

bestimmter Entfernung vom Flußufer nur mit behördlicher Genehmigung errichtet werden dürfen, ist keine öffentliche Last im Sinne des § 436, da ein Dritter, der ein der öffentlichen Last entsprechendes Recht gegen den Käufer geltend machen könnte (§ 434), nicht vorhanden ist; es liegt kein Rechtsmangel, sondern ein Sachmangel vor. c) OLG. **17** 385 (KG.) erörtert, wann Kanalisationsbeiträge als öffentliche, zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignete Lasten zu gelten haben.

§ 437. I. 1. *Bendix, ABürgR. **32** 325. Der § 437 erblickt in dem Verkaufe der Forderung die Versicherung der unbeschränkten Gläubigerschaft des Verkäufers mit seiner Erklärung, für die Wahrheit seiner Versicherung einzustehen, für die rechtliche Realisierbarkeit der Forderung bedingungslos zu haften. Verkäufer garantiert insoweit für den Erfolg, er hat deshalb für den Rechtsbestand der Forderung aufzukommen (vgl. jetzt auch **RG.** JW. **08** 447 Ziff. 12). Die Haftung aus § 437 hat nicht Bürgschaftscharakter. Sie ist nicht akzessorisch. Der Verkäufer macht sich nicht zum Schuldner der Forderung selbst, er will nicht, wie der Bürge, die fremde Schuld, die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllen, sondern verpflichtet sich selbständig für eine eigene, davon ganz verschiedene Verbindlichkeit. Er haftet aber auch nicht bloß subsidiär. Daraus ergeben sich praktisch erhebliche Folgerungen. a) Bei Übertragung der verkauften Forderung findet der Übergang des für ihren Rechtsbestand oder ihre Sicherheit bestehenden Gewährschaftsanspruchs auf den Erwerber nicht wie der aus der Bürgschaft ohne weiteres statt (PrObTr. **71** 31, **RG. 60** 369). b) Der Anspruch aus der Bürgschaft unterliegt selbständiger Abtretung nicht, da er keine selbständige Geltendmachung gestattet, von dem Hauptrechte nicht getrennt und der unmittelbaren Disposition des Gläubigers der Hauptforderung nicht wirksam entzogen werden kann (**RG. 15** 278 ff.). Dagegen hat der Gewährschaftsanspruch selbständige Bedeutung, seine Abtretung ist auch ohne die der Forderung zulässig; durch solche Abtretung vermag auch der nicht regreßpflichtige Veräußerer einer Forderung den Erwerber zu legitimieren, den Ersatzanspruch wegen des ihm aus dem Mangel im Rechte des ersten Zedenten erwachsenen Schadens gegen diesen zu verfolgen (**RG. 39** 250), selbstverständlich allerdings nur in den Grenzen, wie er dem Veräußerer gegen seinen Vormann zustand. c) Der Verkäufer verliert den Gewährsanspruch gegen seinen Vorgänger nicht, wenn er die Forderung ohne ihn weiterveräußert. Auf der gleichen Auffassung beruht das Erkenntnis des PrOTr., StriethA. **31** 177, das sich allerdings nur auf den Regreß wegen mangelnder Sicherheit bezieht. d) Dem Käufer der Forderung steht die Befugnis zu, ohne vorherige Inanspruchnahme des Drittschuldners sich an den verantwortlichen Verkäufer zu halten (§ 440 Abs. 1). Die §§ 771, 772 sind unanwendbar. — Die rechtliche Möglichkeit des Bestehens der Forderung in der Person des Verkäufers bildet eine zwingende Voraussetzung der Verantwortlichkeit (vgl. jetzt auch **RG.** JW. **08** 448 Ziff. 12). Wird beispielsweise eine Spielschuld als solche oder der Anspruch aus einem nach §§ 50, 65 BörsG. vom 22. Juni 1896/8. Mai 1908 ungültigen Börsentermingeschäfte verkauft, so wird aus dem nach der Regel des § 306 nichtigen Rechtsgeschäfte dem Käufer nur der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung gebühren (329). Die unbedingte Haftung bezieht sich auf den Zeitpunkt des Kaufvertrags, nicht der Forderungsübertragung. Nach der diesseitigen Auffassung liegt mithin grundsätzlich ein Rechtsmangel, der unter die Gewährspflicht des Verkäufers fiele, nicht vor, wenn dieser nach dem Verkaufe die Forderung selbst einzieht. Durch solche Einziehung würde sich Verkäufer zur Übertragung der Forderung außerstand setzen und Käufer deshalb die Rechte aus § 325 gegen ihn geltend zu machen in der Lage sein; sein etwaiger Verzicht auf Gewährleistung stünde dem nicht entgegen (330). Die Kenntnis eines bestimmten Rechtsmangels beseitigt nicht notwendig die Vertretungspflicht wegen eines anderen, insbesondere dann nicht, wenn der bekannte Mangel die Forderung nicht vollständig,

sondern nur teilweise oder nur ein ihr anhaftendes Nebenrecht betrifft. Käufer hat dann wissentlich über eine in einzelnen Beziehungen mangelhafte Forderung kontrahiert und nur insoweit der Gewährleistung entsagt (334).

2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 169. Auch der Verkauf einer zwar bestehenden, aber unübertragbaren Forderung fällt unter § 437.

II. Aus der Praxis. 1. Verhältnis des § 306 zu § 437 Abs. 1 (s. oben Ziff. 3 zu § 306). **RG.** 8. 4. 08, **68** 292 ff. JW. **08** 448. Abs. 1, dem die Auffassung eines Garantieversprechens zugrunde liegt, kann nicht auf den Fall des Verkaufs eines Rechtes erstreckt werden, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist (unter Billigung des OLG. Dresden, JDR. **6** Ziff. 2).

2. a) **RG.** 27. 5. 08, R. **08** 465. Erklärt bei Abtretung einer Hypothek der Abtretende, daß er für die Hypothek bis zu einem bestimmten Zeitpunkte die Garantie übernehme, so hat er für nichts Weiteres einzustehen, als daß die Hypothek bei einer vor diesem Tage eintretenden Fälligkeit aus dem Grundstücke bezahlt werde. b) **RG.** 23. 9. 08, R. **08** 587. Ist ein Recht „ohne Gewähr" abgetreten und hat der Abtretende einen dem Rechte anhaftenden Mangel nicht arglistig verschwiegen, so ist eine Haftung des Abtretenden auch dann ausgeschlossen, wenn ihn mit Bezug auf das Verschweigen eine Fahrlässigkeit trifft.

3. OLG. Dresden, JDR. **6** Ziff. 3, jetzt auch OLG. **16** 392.

§ 438. 1. Zu den Ausführungen Würzburgers über die Haftung des Verkäufers für die Güte und Einbringlichkeit der verkauften Forderung (s. JDR. **6** Ziff. 1) nimmt Hagemann, R. **08** 331, Stellung. Er weist darauf hin, daß hinsichtlich der Voraussetzungen und des Inhalts dieser Haftung die §§ 771 ff. BGB. heranzuziehen seien, wenngleich die primäre Haftung des Verkäufers nicht auf einem Bürgschaftsvertrage beruhe (Einzelheiten s. aaO. 332).

2. BayObLG. **9** 61 ff. Wer die Haftung für die Güte und Einbringlichkeit einer Forderung übernimmt, die erst nach mehreren Jahren fällig wird, hat dafür einzustehen, daß der Gläubiger zu der Zeit Befriedigung zu erlangen vermag, zu der er sie zu erwarten hat. Die Auslegungsregel des § 438 ist für einen solchen Fall nicht maßgebend.

§ 439. 1. *Klein, SeuffBl. **09** 24/5. Übernimmt der Käufer durch Vereinbarung mit dem Verkäufer Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis, so ist der Verkäufer bei Abschluß des Kaufes verpflichtet, dem Käufer mitzuteilen, daß eine der Hypotheken bereits gekündigt war. — Rechtsfolge der Verletzung dieser Anzeigepflicht (§ 276) ist Verpflichtung zum Schadensersatze (gegen **RG.** III Strs. 9. 4. 08, SeuffBl. **08** 798/9).

2. *Klein, ÖstZBl. **27** 119. Der Käufer, gegen den ein Dritter ein Recht an der Kaufsache geltend macht, hat dem Verkäufer, der für die Entwehrung einzustehen hat, den Streit zu verkünden.

§ 440. 1. Abs. 2. *Wurzer, GruchotsBeitr. **53** 48, wendet sich gegen **RG. 55** 80 ff., wonach nur eine Nebenforderung vorliegt, wenn der Käufer neben dem Entwehrungsanspruch auch noch Erstattung der ihm durch die Prozeßführung mit dem Dritten entstandenen Kosten verlangt. Diese Kosten seien Hauptforderung.

2. **RG.** (StrafS.) 10. 12. 07, R. **08** 50. Hat der Verkäufer eines Grundstücks in der Zwischenzeit zwischen Abschluß des Kaufvertrags und der Eintragung des Käufers das Grundstück widerrechtlich mit einer Grunddienstbarkeit belastet, so gestaltet sich die hieraus entspringende Verantwortlichkeit des Verkäufers in seinem Verhältnisse zum Käufer verschieden, je nachdem die Beseitigung der Belastung möglich ist oder nicht. Im ersten Falle läßt § 440 Abs. 1 die im § 326 aufgestellten Grundsätze über Leistungsverzug zur Anwendung kommen; im zweiten Falle gewährt § 325 Abs. 1 Satz 1, auf den § 440 Abs. 1 Bezug nimmt, die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt und zwar hinsichtlich des ganzen Vertrags, wenn voll-

ständige Unmöglichkeit der Vertragserfüllung anzunehmen ist. Ist dagegen in der Bestellung der Dienstbarkeit nur eine teilweise Unmöglichkeit zu erblicken, so kommt Satz 3 Abs. 1 § 325 in Betracht, der auf § 323 verweist. An letzterer Stelle ist ausdrücklich ein Preisminderungsanspruch nach §§ 472, 473 eingeräumt.

§ 443. Über Abtretung eines Rechtes, „ohne Gewähr", vgl. **RG.** oben § 437 Ziff. II 2 b.

§ 446. *Zencke, Gaslieferungsvertrag. Die Gefahr geht vom Verkäufer auf den Käufer mit der Übergabe nur dann über, wenn die Übergabe erfolgt zur Erfüllung eines Kaufvertrags, d. h. zur Erfüllung der sich für den Verkäufer aus § 433 Abs. 1 Satz 1 ergebenden Verbindlichkeiten. Eine solche Übergabe findet bei der Gaslieferung nicht bereits in dem Augenblicke statt, in welchem das Gas durch das Zuleitungsrohr in den Machtbereich des Konsumenten gelangt, sondern erst dann, wenn das Gas auf den Abruf des Konsumenten die für die Abgrenzung der beiderseitigen Interessensphären maßgebende Stelle des Gasmessers durchströmt.

§ 447. a) OLG. **16** 396 (Dresden). Die Ordnungsmäßigkeit der Verpackung ist nicht nach der Ortsüblichkeit zu beurteilen. **b) RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 253. Dadurch, daß der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat, wird der Erfüllungsort nicht verändert (vgl. OLG. Kiel, JDR. **4**). **c)** LeipzZ. **08** 637 (LG. Hamburg). Der Gefahrübergang einer vom Verkäufer innerhalb desselben Ortes „frei Schiffsseite" zu liefernden Ware wird durch diese Klausel nicht hinausgeschoben.

§ 448. 1. Kiesel, DJZ. **08** 639. Ist eine vom § 448 abweichende Regelung über die Versendungskosten getroffen, indem der Verkäufer „franko Waggon Versandstation" zu liefern hat, so hat der Verkäufer nur diejenigen Aufwendungen zu tragen, die bis zur Beendigung der Verladung entstehen. Da der Frachtvertrag erst nach vollständig beendeter Verladung durch Annahme des Gutes zur Beförderung abgeschlossen wird und da erst durch den Abschluß des Frachtvertrags die Stempelpflicht entsteht, werden die Kosten des Frachturkundenstempels durch die Klausel „franko Waggon" nicht mitumfaßt. Sie trägt auch in diesem Falle der Käufer.

2. *Zencke, Gaslieferungsvertrag. Die Bestimmungen des § 448 enthalten kein zwingendes Recht, sondern sind lediglich nachgiebiger Natur (vgl. KG., JDR. **3**). Daher kann eine Verpflichtung des Gasverbrauchers zur Entrichtung eines Mietzinses für den Gasmesser rechtsgültig vereinbart werden (ebenso Witthoff, DJZ. **02** 270, JDR. **1**).

3. **RG.** 28. 2. 08, **68** 43, JW. **08** 284. Der Frachturkundenstempel gehört zu den Kosten der Versendung; er ist daher vom Käufer zu tragen (ebenso Senckpiehl, JDR. **6** Ziff. 1).

§ 454. RG. 10. 12. 07, JW. **08** 29 f., HoldheimsMSchr. **08** 83, SeuffA. **63** 266, GruchotsBeitr. **52** 976, LeipzZ. **08** 311. Die Natur des § 454, als einer Ausnahmevorschrift, verbietet, seine Anwendung weiter auszudehnen und demgemäß das Rücktrittsrecht des Verkäufers weiter auszuschließen, als der Grund und Zweck der Vorschrift es erfordert. Dieser aber erfordert die Ausschließung des Rücktrittsrechts nur bezüglich des erfüllten Teiles; es liegt kein Grund vor, eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der §§ 325 und 326 auch bezüglich des nicht erfüllten Teiles anzunehmen. Im Gegenteil erfordern das Verkehrsbedürfnis und billige Rücksicht auf die Interessen des Verkäufers die Zulassung des Rücktrittsrechts insoweit, als der Vertrag noch nicht erfüllt ist. Dies gilt namentlich bei einem Sukzessivlieferungsvertrage bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen.

§ 455. I. 1. Leihmöbelvertrag. *Flatau, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Die sog. Leihmöbelverträge und gleichgearteten Abzahlungsverträge stellen nicht bedingte, sondern modifizierte, kaufähnliche Verträge dar, durch welche an Stelle der sofortigen Leistungspflicht eine Stundung des Kaufpreises auf der einen

Seite, an Stelle der Eigentumsverschaffungspflicht die Verschaffung lediglich des bedingten Eigentumsrechts, genauer einer Anwartschaft auf das Eigentum auf der anderen Seite nachgelassen wird. Mithin ist dieser Vertrag durch bedingte Übereignung der auf Abzahlung gekauften Sache restlos erfüllt. Für den Vollstreckungsgläubiger ist demnach als Zugriffsobjekt bei dem Abzahlungskäufer nicht ein Anspruch irgendwelcher Art, sondern nur das diesem aus Übergabe und bedingter Einigung (§§ 929, 158 BGB.) erwachsene Anwartschaftsrecht, das bedingte Eigentum vorhanden. Dieses kann mangels eines Anspruchs nicht nach § 846 ZPO., wegen der durch die fehlende Sachverstrickung bedingten Unverwertbarkeit auch nicht nach § 857 ZPO. gepfändet werden; vielmehr ist dem § 844 in Verb. mit §§ 846, 857 ZPO. der Grundsatz zu entnehmen, daß nicht nur obligatorische, sondern auch absolute und dingliche Rechte in gleicher Weise zu pfänden sind, mögen sie bedingt oder unbedingt sein. Das bedingte Eigentumsrecht ist mithin wie das unbedingte, also durch Sachpfändung zu pfänden; eine Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. ist unzulässig, da an dem so gepfändeten bedingten Eigentum irgendein die Veräußerung hinderndes Recht nicht besteht. Mit dem Pfändungspfandrecht an den Leihmöbeln, genauer an dem an ihnen bestehenden bedingten Eigentumsrecht erlangt der Vollstreckungsgläubiger ein eigenes Recht zur Bewirkung des Bedingungseintritts und Eigentumsüberganges auf den Vollstreckungsschuldner (Abzahlungskäufer) durch Zahlung der Restraten, so daß nunmehr einer Versteigerung der Sachen nichts mehr im Wege steht; er kann aber statt dessen auch die Leihmöbel, d. h. die Anwartschaft auf das Eigentum als solche versteigern lassen. Der von dem Vollstreckungsgläubiger zur Tilgung der Restraten aufgewendete Betrag gehört zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 788 ZPO.

2. Schneider, R. **08** 29. Der Eigentumsvorbehalt des § 455 läßt sich nach dem Wortlaute dieser Bestimmung nicht in der Weise verwerten, daß bei mehreren aufeinander folgenden Lieferungen das Eigentum an den Stücken der ersten vertraglich dem Verkäufer auch bis zur Bezahlung der zweiten, dritten usw. vorbehalten bleiben kann.

3. Gegen **RG. 64** 204 und 334 ff. (s. JDR. **6** Ziff. II 1 zu § 17 KO.) wendet sich Lubowski, ZBlFG. **9** 68. Hat bei einem Verkaufe beweglicher Sachen mit Eigentumsvorbehalt der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer übergeben, so hat er im Sinne des § 17 KO. den Vertrag vollständig erfüllt. Dem Konkursverwalter steht, auch wenn der Gemeinschuldner Zahlung noch nicht geleistet hat, das Wahlrecht des § 17 KO. nicht zu.

II. Aus der Praxis. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (s. JDR. **1** Ziff. 3, **2**, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 3, **5** Ziff. 1). R. **08** 694 (Colmar). Die Gefahr geht mit der Übergabe der verkauften Sache auch dann auf den Käufer über, wenn sich der Verkäufer das Eigentum bis zu seiner Befriedigung für den Kaufpreis vorbehalten hat und dieser noch nicht ausgezahlt ist.

2. Über Pfändung der eigenen, einem anderen unter Eigentumsvorbehalt übertragenen Sache RheinA. **105** I 67 (Cöln) im wesentlichen wie **RG.**, JDR. **6** Ziff. 2 a. Den Wegfall des Eigentumsvorbehalts wird man nur dann annehmen dürfen, wenn neben dem Pfändungsauftrag und dessen unbeanstandeter Vollziehung der hierauf gerichtete Wille des Gläubigers und Schuldners besonders hervorgetreten ist.

3. **RG.** 4. 2. 08, **67** 383 ff., JW. **08** 195 ff., ElsLothNotZ. **08** 143. § 455 enthält keine für den Kauf allgemein geltende Bestimmung, vielmehr bezieht er sich nur auf den Verkauf beweglicher Sachen und schließt damit seine Anwendbarkeit auf den Verkauf von Grundstücken aus. Ferner setzt § 455 einen Eigentumsvorbehalt voraus. Ein solcher ist aber nur bei Sachen im Sinne von körperlichen Gegenständen möglich, mithin bei einem Vertrage nicht möglich, der die Übertragung eines Geschäfts als Ganzes zum Gegenstande hat.

4. OLG. Colmar. Eigentumsvorbehalt auch an verbrauchbaren Sachen, JDR. **6** Ziff. 3, jetzt auch ElsLothJZ. **08** 182.

5. Über Flechtheims Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung, RheinA. **104** 275—291, ist unten beim 8. Buche der ZPO. zu vergleichen.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. 1. Analoge Anwendung der §§ 459 ff. (s. JDR. **5** Ziff. II B 3 c zu § 459, **6** Ziff. II 1 u. oben II 2 zu § 433). **a)** **RG.** 1. 4 08, ZBlFG. **9** 466. Gegen die analoge Anwendung der §§ 459 ff. auf den Verkauf bloßer Rechte spricht entscheidend der Umstand, daß der § 433 den Verkauf von Rechten dem Verkaufe von Sachen gegenüberstellt und daß die §§ 459 ff. immer nur von Mängeln verkaufter Sachen sprechen. **b)** **RG.** 7. 12. 07, R. **08** 84 läßt es dahingestellt, ob §§ 459 ff. BGB. auf Patentverkäufe anwendbar sind. **c)** **RG.** 15. 11. 07, **67** 86 ff. über die analoge Anwendung der §§ 459 ff. bereits JDR. **6** Ziff. II 1 a. **d)** OLG. Colmar, JDR. **6** Ziff. II 1 b, über Veräußerung eines Handelsgewerbes, jetzt ausführlicher ElsLothJZ. **08** 569 ff. **e)** **RG.** 1. 2. 08, R. **08** 161 läßt es dahingestellt, ob die Vorschriften der §§ 459 ff. nicht nur auf den Verkauf eines körperlichen Gegenstandes, sondern auch eines Geschäfts Anwendung finden (vgl. aber **RG. 63** 57, JDR. **5** Ziff. II B 3 c).

2. **RG.** 18. 1. 08, R. **08** 161. Verlangt der Käufer einer ihm als baureif verkauften Grundfläche von dem Verkäufer die Vornahme der Rechtshandlungen, welche noch erforderlich sind, die Baureife herbeizuführen, so handelt es sich nicht um einen Anspruch auf Gewährleistung wegen Mängel der Sache im Sinne der §§ 459 ff., sondern um Vertragserfüllung durch Gewährung der zugesicherten Eigenschaft. Hier kommen daher nicht die speziellen Vorschriften über die Gewährleistung, sondern die allgemeinen Grundsätze über Erfüllung der Vertragspflichten zur Anwendung.

§ 459. 1. **RG.** 28. 3. 08, JW. **08** 329 ff. Für gewöhnlich ersetzt die Gewähr für einen gewissen Zustand, d. h. das Versprechen, für sein Vorhandensein vertragsmäßig zu haften, diesen Zustand selbst. Der Gewährempfänger begnügt sich in den meisten Fällen mit dieser Gewähr; durch *sie*, nicht durch die Überzeugung, daß augenblicklich schon der Zustand vorhanden ist, wird er zur Eingehung des Vertrags bewogen und der Gewährleistende, der den versprochenen Zustand herstellen will und kann, denkt nicht daran, eine arglistige Handlung zu begehen, wenn er verschweigt, daß jener Zustand augenblicklich noch nicht gegeben ist. Dies gilt insbesondere auch bei Verträgen über Grundstücke, deren Hypothekenverhältnisse ohnedies gewöhnlich erst zur entscheidenden Zeit der Auflassung, nicht schon zuvor geordnet zu sein brauchen. Vorausgesetzt ist allerdings hierbei, daß der Gewährleistende den versprochenen Zustand herstellen kann. Die Gewährleistung hat somit grundsätzlich nur rechtlichen Inhalt, sie kann aber allerdings auch in Ausnahmefällen die Bedeutung der Versicherung eines jetzt schon bestehenden tatsächlichen Zustandes im Bewußtsein beider Vertragsteile haben. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn wegen besonderer Wichtigkeit des augenblicklich bestehenden Zustandes, wegen Schwierigkeit, ihn, wenn er fehlt, herzustellen, besonders auch wegen geringer Zahlungsfähigkeit des Gewährleistenden oder wegen Prozeßgefahr usw. der Gewährempfänger den jetzigen Zustand gewiß wissen will und der Gewährleistende diese Absicht kennt. Solche besondere Eigenschaft der Gewährleistung muß aber der sich darauf Berufende beweisen.

2. SeuffA. **63** 315 (Zweibrücken). Die auf Preislisten befindliche Klausel, daß jede nicht befriedigende Sendung gegen Erstattung des bezahlten Betrags zurückgenommen werde, ist, sofern es sich nicht etwa um eine für jeden erkennbare Reklame

handelt, dahin auszulegen, daß sie dem Käufer jedenfalls dann das Recht auf Umtausch oder auf Rücknahme gewährt, wenn die Ware mit Fehlern behaftet ist, die nicht ganz unwesentlich sind, wenn sie auch etwa ein Recht nach § 462 nicht gewähren.

3. **RG.** 13. 11. 07, R. **08** 9. Ansprüche auf Preisminderung oder Entschädigung wegen eines Mangels der Kaufsache können nicht geltend gemacht werden, wenn der Kaufpreis gemäß dem Vertrage durch das sachverständige Ermessen eines Dritten bestimmt worden ist.

4. **RG.** R. **08** 694. Wenn der Käufer schuldhafterweise dem Verkäufer durch Verarbeiten der Ware den Beweis ihrer vertragsmäßigen Beschaffenheit unmöglich gemacht hat, so hat die Ware als vertragsmäßig zu gelten, wenn nicht der Käufer für das Gegenteil Beweis erbringt.

5. R. **08** 393 (Oldenburg). Unter Fehler einer Sache ist das Zurückbleiben der Kaufsache hinter der Normalbeschaffenheit von Stücken der fraglichen Warengattung zu verstehen. Die Kaufsache muß geeignet sein zu einem Gebrauche, der im allgemeinen, ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Käufers, mit einer Sache gerade dieser Art gemeinhin gemacht zu werden pflegt.

6. Einzelne Sachmängel.

a) Schwamm (s. JDR. **6** Ziff. II A 1 a u. b). α. **RG.** 4. 12. 07, R. **08** 51 f. Der Annahme des Gewährsmangels dauernder Schwammverdächtigkeit steht nicht entgegen, daß nach dem Sachverständigengutachten die Möglichkeit gänzlicher Schwammbeseitigung besteht. β. **RG.** 17. 10. 08, JW. **08** 742. Als ein Mangel im Sinne des § 459 ist eine — an und für sich nicht als ein solcher Mangel erscheinende — durch mangelhafte Rohbauausführung hervorgerufene Feuchtigkeit eines Hauses dann anzusehen, wenn infolge dieser Feuchtigkeit die nach den örtlichen Verhältnissen in jedem Rohbau vorkommenden mikroskopischen Keime und Anfangsstadien des Hausschwamms sich leichter entwickeln konnten. **b)** **RG.** 16. 9. 08, R. **08** 587. In der Fensterlosigkeit und Polizeiwidrigkeit der Küchen des verkauften Hauses liegt ein Mangel des Grundstücks, mag man diesen als Baumangel, als allgemeinen Mangel oder auch als das Fehlen einer vom Kläger einseitig beim Vertragsschlusse vorausgesetzten Eigenschaft auffassen. **c)** R. **08** 262 (Naumburg). Ein dem Kaufgrundstücke (Gasthof) anhaftender Sachmangel ist darin zu finden, daß den Militärpersonen durch Verbot der Militärbehörde der Besuch der betreffenden Gastwirtschaft untersagt ist. **d)** **RG.** BayRpflZ. **08** 310. Die Annahme, daß die für das verkaufte Grundstück bisher erteilte Wirtschaftskonzession auch dem Käufer erteilt werden würde, betrifft regelmäßig keine Eigenschaft, deren Fehlen einen Sachmangel im Sinne des § 459 darstellt oder ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 begründet. **e)** **RG.** R. **08** 84. Beim Verkauf eines Patents ist die „praktische Unbrauchbarkeit" der Erfindung nicht als ein Fehler des verkauften Patents zu erachten; es ist keineswegs stillschweigende Bedingung des Patentkaufs, daß die zugrunde liegende Erfindung gewerblich brauchbar ist, vielmehr wird hierfür nur im Falle besonderer Zusicherungen gehaftet. **f)** **RG.** 26. 11. 07, **67** 146, JW. **08** 36 ff. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn bei dem Verkauf eines Sonderklassenboots zu einem Preise von 1300 M. Schwächen des Bootes, wie sie bei den wesentlich zu Regattazwecken überaus leicht erbauten Sonderklassenbooten vorzukommen pflegen, nicht als Gewährsmangel im Sinne des § 459 Abs. 1 angesehen werden.

7. Zugesicherte Eigenschaften. **a)** **RG.** 26. 11. 07, R. **08** 8. Einfache Erklärungen, die der Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrags bei einer nachträglichen Besprechung über die Eigenschaften der Kaufsache abgibt, sind, wenn nicht die Verabredung einer nachträglichen Garantieübernahme beabsichtigt war, nicht als rechtlich bindende Zusagen aufzufassen. **b)** **RG.** 24. 10. 08, R. **08** 656. Bezeichnungen wie „hochfein", „brillant" sind regelmäßig als Übertreibungen erkennbar. **c)** α. **RG.** 8. 7. 08, JW. **08** 549. Der Verkäufer haftet nach § 459 Abs. 2

für die Zusicherung eines bestimmten Mietzinsertrags zur Zeit des Vertragsschlusses. Aus dem Begriffe der Zusicherung ergibt sich nicht, daß sie auf die Zukunft gerichtet sein müsse. Auch ist ohne Belang, daß früher oder später möglicherweise abweichende Verhältnisse eintreten können; denn der zur Zeit des Vertragsschlusses wirklich gezogene Nutzen gibt nach allgemeiner Anschauung einen Maßstab für die Ertragsfähigkeit mit größerer Sicherheit, als ihn Zukunftshoffnungen, ja sogar Schätzungen von Sachverständigen zu verschaffen vermögen. β. **RG.** 11. 3. 08, R. **08** 262. Die Feststellung, daß beim Verkauf eines Miethauses der Verkäufer dem Käufer mitgeteilt hat, daß die meisten Mieter eine Zeitlang umsonst wohnten, steht der Annahme, daß der Verkäufer die vertragliche Zusicherung gegeben habe, daß die angegebenen Mietbeträge das Mieterträgnis des Hauses darstellten, entgegen, sofern die besonderen Umstände des Einzelfalls nicht ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigen. γ. R. **08** 84 (Frankfurt a. M.). Wenn der angegebene Mietpreis einer verkauften Sache vorübergehend nicht erzielt wird, kann man nicht von einem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft reden. **d)** **RG.** JW. **08** 477, HoldheimsMSchr. **08** 313, GruchotsBeitr. **52** 969. Handelt es sich um den Fall des Verkaufs einer Spezies zu einem nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Einheitspreis, in dem also eine Nachlieferung des an der angegebenen Menge Fehlenden ausgeschlossen erscheint, so hat das Zurückbleiben der Ware hinter der Angabe in der Regel keine besondere Bedeutung und kann dem Käufer nicht zum Schaden gereichen, da nur das bezahlt wird, was wirklich vorhanden ist. In solchem Falle kann daher nur unter besonderen Umständen, unter denen der Quantitätsmangel zugleich als Qualitätsmangel erscheint, oder kraft einer besonderen Zusicherung oder Garantie für das Vorhandensein der angegebenen Menge eine Haftpflicht des Verkäufers für einen Mangel begründet sein. Eine Zusicherung ist aber in der bloßen Angabe der Menge in einer Offerte oder in einem Bestätigungsbrief nicht ohne weiteres zu erblicken, zumal dann nicht, wennsie in der unbestimmten, mit der Natur einer Zusicherung eines bestimmten Quantums wenig vereinbaren Form einer bloß annähernden Bestimmung, wie „zirka" erfolgt. **e)** R. **08** 9 (Breslau). Die Zusicherung einer Eigenschaft kann auch darin bestehen, daß der Verkäufer dem Käufer für die Erzielung eines Erfolges, z. B. eines bestimmten Fettgehalts bei einem auf Mast behaltenen Tiere, einzustehen verspricht. **f)** BankA. 7 239, LeipzZ. **08** 245 (Hamburg). Beim Verkauf einer Aktie ist die Garantie, daß die betreffenden Aktien demnächst zum Handel an der Börse zugelassen würden, keine Zusicherung einer Eigenschaft nach § 459 Abs. 2. **g)** SächsRpflA. **08** 533 (Dresden). Läßt sich ein Käufer eine Eigenschaft, auf die er schon ohnedies Anspruch hatte, noch ausdrücklich versprechen, so liegt kein Grund vor, deshalb die stärkere gesetzliche Wirkung der Zusicherung zu versagen. **h)** **RG.** 3. 4. 08, SächsRpflA. **08** 560, trägt Bedenken bei dem Verkauf eines Ausflugsgasthofs, da die Erträgnisse hier weentlich von den Witterungsverhältnissen und der jeweiligen Gunst des Publikums abhängen, in der Angabe des Umsatzes eines einzigen Jahres die Zusicherung einer Eigenschaft zu erblicken. **i)** HansGZ. **08** Hptbl. 297 (Hamburg). Die vereinbarte Abladung einer Ware in einem bestimmten Monate kann nicht als zugesicherte Eigenschaft der Ware gelten, wenn jeder Anhalt dafür fehlt, daß der Vereinbarung ein anderes Gewicht beizulegen ist, als daß die Zeit der Abladung als Zeitbestimmung in Betracht zu ziehen ist. **k)** HansGZ. **08** Hptbl. 285 ff. R., **08** 694 (Hamburg). Ist bei einem Geschäft über amerikanisches Schmalz eine bestimmte Qualität mit der Bestimmung zugesichert, daß ausschließlich für die Qualität und Beschaffenheit das amerikanische Zertifikat maßgebend sein soll, so kann der Käufer verlangen, daß ihm mit der Ware Zertifikate geliefert werden, aus welchen sich die kontraktliche Beschaffenheit der Ware ergibt, und der von dem Verkäufer durch andere Beweismittel angetretene Beweis, daß die Ware die kontraktlichen Eigenschaften habe, ist nicht zuzulassen.

Andererseits kann aber auch der Käufer nicht mit der Behauptung gehört werden, daß die Ware geringerer Qualität sei, als im Zertifikat angegeben.

8. R. **08** 194 (Frankfurt). Die Haftung für Zusicherung von Eigenschaften einer Hypothekenforderung ist nicht aus § 459 Abs. 2 zu beurteilen, da diese Gesetzesbestimmung die Veräußerung einer Sache im Sinne des § 90 voraussetzt, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen des § 276.

9. **RG.** 16. 10. 07, SächsRpflA. **08** 309, wie **RG.** JDR. **4** Ziff. II A 4 b.

§ 460. 1. Arglistiges Verschweigen. a) Hausschwamm. α. **RG.** 25. 9. 08, R. **08** 581. Antwortet der Verkäufer eines Hauses bei den Verhandlungen über Ausschluß der Gewährleistung für Mängel des Grundstücks auf die Frage des Käufers, wie es denn mit Schwamm stehe: „Schwamm ist nicht drin, davon kann keine Rede sein", obwohl 2 Jahre vorher echter Hausschwamm im Hause festgestellt war und der Verkäufer selbst deswegen einen Prozeß gegen seinen Vorbesitzer geführt hatte, so liegt in dieser Erklärung des Verkäufers eine arglistige Täuschung. β. **RG.** 4. 11. 08, JW. **08** 742. Treue und Glauben im Verkehr erfordern nicht allein, daß ein tatsächlich vorhandener Schwamm im Gebäude nicht verschwiegen, sondern auch, daß ein Schwammverdacht dem Käufer mitgeteilt werde. Ob die Schwammbildung dem merutius lacrimans oder dem polyporus vaporarius zuzuschreiben ist, ist hierbei nicht von Belang, denn beide Pilze zeigen die gleichen holzzerstörenden Eigenschaften. **b)** **RG.** R. **08** 514. Wird ein Landgut mit der Ernte verkauft, so liegt Arglist auf seiten des Verkäufers nicht schon dann vor, wenn er davon, daß ein Teil der Ernte durch Hagelschlag vernichtet worden, dem Käufer keine Mitteilung macht. **c)** PosMSchr. **08** 8 (Königsberg). Beim Grundstücksverkaufe kann ein arglistiges Verhalten des Verkäufers in der Verschweigung der Tatsache, daß ihm die Erlaubnis zum Betriebe des Schankgewerbes auf dem Grundstücke versagt worden ist, keineswegs dann erblickt werden, wenn die Versagung nur auf persönlichen und nicht auf sachlichen Gründen, wie etwa der Beschaffenheit des Lokals oder der Bedürfnisfrage, beruht. **d)** **RG.** 30. 5. 08, R. **08** 465, GruchotsBeitr. **52** 979. Der Verkäufer eines geräumigen Miethauses, in welchem sich am Lichthofe Räume befinden, die an sich groß genug sind, um als Schlafraum benutzt zu werden, die jedoch nach der von der Baupolizei bei der Erteilung der polizeilichen Genehmigung getroffenen Bestimmung als Wohn- und Schlafraum nicht benutzt werden dürfen, handelt arglistig, wenn er dem Käufer hiervon beim Kaufabschlusse keine Mitteilung macht, wiewohl er mit der Möglichkeit rechnet, daß dem Käufer jener Mangel trotz der Besichtigung der Räume unbekannt geblieben ist. **e)** **RG.** 2. 11. 07, BayRpflZ. **08** 44, hat auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles ausgesprochen, daß der Veräußerer eines Grundstücks nicht unter allen Umständen arglistig handelt, wenn er Vorkommnisse verschweigt, aus denen hervorgeht, daß auf den in der Schätzung der Mieterträgnisse angesetzten Ertrag mit Sicherheit nicht zu rechnen ist. **f)** **RG.** R. **08** 195. Ein arglistiges Verschweigen liegt vor, wenn der Verkäufer eine nach seinem Erfindungsgedanken, seinen etwaigen Patenten und Gebrauchsmustern unter seiner Oberaufsicht hergestellte Ware zu liefern hatte, aber eine von einem Dritten erworbene Ware als nach seinen Erfindungen hergestellt geliefert hat.

2. Grobe Fahrlässigkeit (s. JDR. **1** Ziff. 2 c). **RG.** 18. 2. 08, R. **08** 194. Eine grobe Fahrlässigkeit kann darin gefunden werden, daß der Käufer beim Kaufe eines schon gebrauchten Motorwagens, obgleich er teils durch eigene Wahrnehmung, teils durch Mitteilung des Verkäufers auf das Vorhandensein bestimmter Mängel hingewiesen war, dennoch die hiernach gebotene, leicht ausführbare genauere Untersuchung des Wagens, die voraussichtlich zu einer Feststellung der Ursache und des vollen Umfanges der Mängel geführt haben würde, unterlassen hat.

3. **RG.** 18. 1. 08, R. **08** 161. Der Satz, daß die Haftung des Verkäufers aus der Zusicherung einer Eigenschaft ausgeschlossen ist, wenn der Käufer bei dem Vertragsschlusse das Fehlen der Eigenschaft kennt, gilt nicht, wenn der Verkäufer die Eigenschaft — Baureife der verkauften Grundfläche — in dem Sinne zusichert, daß er — durch Vornahme der erforderlichen Rechtshandlungen — sie herzustellen verspricht (vgl. Planck zu § 460).

§ 461. *Nebinger, Der nicht rechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen 24 ff. Die durch das Schweigen des Gesetzes nahegelegte Ansicht, daß im Falle der Nichtrechtmäßigkeit des Pfandverkaufs der betreibende Pfandgläubiger in gewöhnlicher Weise für Sachmängel hafte, ist unrichtig. Nur dann ist er von Haftung frei, wenn er objektiv gezwungen war, zum Verkaufe zu schreiten. Nur einen dieser Fälle nennt § 461; ein anderer ist der Verkauf unter Wert bzw. Preis (§§ 1235 Abs. 2, 1240) und die Unterlassung der öffentlichen Bekanntmachung (§ 1237 Satz 1). In den übrigen Fällen der Nichtrechtmäßigkeit weiß der Pfandgläubiger oder muß es wissen, daß eine Zwangslage objektiv für ihn nicht gegeben ist.

§ 462. I. 1. Feldhahn, R. **08** 367. Die Einrede der Minderung steht dem Käufer auch gegenüber dem Vinkulanten zu, denn es liegt gerade auch im Interesse des Vinkulanten, dem Käufer die Rechte wegen Mängel der Ware in dem Umfange zuzugestehen, wie sie dem Verkäufer gegenüber begründet sind. — Über den Vinkulationsbrief vgl. **RG. 54** 213.

2. Über den Einfluß des Wahlrechts des Käufers zwischen Wandelung und Minderung auf die Verpflichtung des Bürgen *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 450—452 (vgl. unten zu § 768), auf die Verpflichtung des Schuldübernehmers und des der Schuld Beigetretenen aaO. 452—455 (vgl. oben zu § 417).

II. Aus der Praxis. 1. **a)** Die Frage, ob durch die Abweisung eines Teiles der Kaufpreisforderung, die mittels der Wandelungseinrede erzielt worden ist, dem Käufer selbständig und unabhängig von der Berechtigung zur Wandelung der Anspruch auf Rückzahlung seiner Anzahlung erwächst, wird vom **RG.** 30. 10. 08, JW. **08** 743, behandelt. Der Käufer, der nach Abweisung eines Teiles des Kaufpreisanspruchs einen anderen Teil mit der Einrede der Wandelung aus dem Felde schlagen oder selbst klagend eine Anzahlung zurückverlangen will, muß zur Begründung immer wieder auf die Mangelhaftigkeit der Sache zurückkommen und die Berechtigung seines Wandelungsverlangens dartun, da dessen Anerkennung im Vorprozesse nur als Entscheidungsgrund vorkommt und als solcher nicht in Rechtskraft erwächst. **b)** OLG. **16** 405 (Braunschweig). Der infolge der Wandelung abgewiesene Verkäufer kann neu auf Rückgabe (in Vollziehung der Wandelung) klagen.

2. R. **08** 52 (Stuttgart). Wenn auch Wandelung vor geschehener Vollziehung des Kaufes nicht geltend gemacht werden darf, so kann doch Bezahlung des Kaufpreises verweigert werden, wenn wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft das Wandelungsbegehren nach Übergabe begründet wäre.

3. **RG.** 17. 11. 08, JW. **09** 16. Ein Wandelungsanspruch kann nicht bloß aus dem Grunde abgewiesen werden, weil gleichzeitig mit demselben der Anspruch auf Schadensersatz erhoben wurde, und dieser neben demselben im gegebenen Falle nicht gefordert werden kann.

4. **RG.** 20. 5. 08, R. **08** 425. Stehen dem Käufer mehrere Verkäufer gegenüber, so ist der Wandelungsanspruch gegen alle Verkäufer begründet, wenn auch nur einer der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Vgl. **RG. 62** 184, JDR. **5** Ziff. 3 zu § 139, aber auch **RG.** JDR. **3** Ziff. 6 b zu § 462.

5. R. **08** 161 (Hamburg). Ist bei einem Lieferungsvertrage laut Schlußnote vereinbart: „Abweichende Qualität ist durch Hamburger Arbitrage zu ordnen", so ist der Käufer nicht berechtigt, wegen Mängel der Sache zu wandeln oder vom Vertrage zurückzutreten oder die Ware wegen der Mängel zurückzuweisen, sondern er

ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, uud er ist nur berechtigt, einen von Arbitratoren festzusetzenden Abzug zu machen. Es macht keinen Unterschied, ob die Abweichung der Qualität in der inneren Beschaffenheit der Ware ihren Grund hat, oder erst durch Einwirkung von außen, z. B. Feuchtigkeit, entstanden ist. Eine feste Grenze zwischen Beschädigung und Qualitätsmangel läßt sich nicht ziehen, da wenigstens bei Massenartikeln jede Beschädigung auch eine Verminderung der Qualität mit sich bringen wird. Nur wenn die angebotene Ware überhaupt nicht mehr als Handelsgut zu betrachten ist, kann der Käufer sie zurückweisen.

6. SchlHolstAnz. **08** 291 (LG. Altona). Der Käufer eines Pferdes, der dasselbe weiterverkauft hat und auf Klage seines Käufers zur Wandelung verurteilt ist, kann nicht auf Grund des Wandelungsanspruchs die ihm hierdurch erwachsenen Prozeßkosten von seinem Verkäufer erstattet verlangen, denn ein solcher Anspruch läßt sich weder aus dem Gesichtspunkte der notwendigen Verwendungen noch aus einem allgemeinen der Wandelung zugrunde liegenden Prinzipe rechtfertigen (so Dernburg, BGB. II 2 § 186). Vgl. auch JDR. **6** Ziff. 2 zu § 488, **5** zu § 487.

7. Über Schadensersatz neben einem Gewährleistungsanspruche vgl. oben § 276 Ziff. 4 d.

§ 463. I. 1. Matthiessen, JW. **08** 60 ff. Hat der Verkäufer eine wertsteigernde Eigenschaft der Kaufsache, deren Fehlen nicht etwa einen Mangel im Sinne des § 459 Abs. 1 darstellt, betrüglich vorgespiegelt, ohne sie vertragsmäßig bindend zuzusichern, so steht dem Käufer der Anspruch aus § 463 nicht zu. Die vom **RG. 66** 335, JDR. **6** Ziff. 2 a, behauptete „Gleichheit des Rechtsgrundes" besteht nicht. Der Rechtsgrund der Haftung aus § 463 ist in erster Linie der Vertrag; für die falsche Vorspiegelung dagegen kann nicht aus dem Vertrage, sondern nur aus dem Delikte gehaftet werden. Bei dieser Verschiedenheit des Rechtsgrundes verbietet sich die analoge Anwendung des § 463. Eine Lücke im Gesetz aber liegt nicht vor; denn einmal ist dem Käufer die Anfechtung gemäß § 123 gegeben, sodann gewährt der verübte Betrug den Anspruch auf Schadensersatz sowohl nach § 826 BGB. als auch nach § 823 Abs. 2 BGB. in Verb. mit § 263 StGB. Sind hiernach lediglich die Grundsätze über unerlaubte Handlungen anzuwenden, so kann der Käufer Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch den Vertragsschluß, soweit derselbe durch die Täuschung beeinflußt ist, zugefügt ist. Er kann insbesondere den Teil des Kaufpreises ersetzt verlangen, den er über den wirklichen Wert der Kaufsache hinaus infolge der Vorspiegelung mehr bewilligt hat, und es ist für die Anwendung des § 826 gleichgültig, ob der Verkäufer sich der Höhe dieser Differenz, also des dem Käufer zugefügten Schadens bewußt war, wenn er sich nur bewußt war, daß die Sache überhaupt weniger wert war als der Kaufpreis, der Käufer also geschädigt werde (vgl. hierzu auch Westrum, JDR. **6** Ziff. 1 a α zu § 249).

2. Lipsiensis, R. **08** 500, wendet sich gegen die Ausführungen Matthiessens und bestreitet, daß das **RG.** in der Entsch. **66** 335 die der analogen Rechtsanwendung gezogenen Grenzen überschritten habe. Wie das Gesetz den einen Fehler der Kaufsache arglistig verschweigenden Verkäufer wegen der ihm zur Last fallenden Verletzung der Vertragstreue so behandelt, als ob er das Nichtvorhandensein des Fehlers versprochen hätte, so müsse der arglistig eine Eigenschaft der Sache vorspiegelnde Verkäufer wegen des auch ihm vorzuwerfenden Bruches der Vertragstreue so behandelt werden, als ob er das Vorhandensein der Eigenschaft in rechtsverbindlicher Weise zugesichert hätte. — Hiergegen und gegen **RG. 66** 335 wendet sich abermals Matthiessen, R. **08** 670, gegen RG. auch SchlHolstAnz. **08** 49 (Kiel). Vgl. auch OLG. **17** 376 (Naumburg) oben § 249 Ziff. 1 b γ.

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** 26. 11. 07, **67** 146, JW. **08** 36. Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens von Fehlern im Sinne des § 463 Satz 2 deckt sich weder mit dem Tatbestand eines Betrugs nach § 263 StGB. noch mit dem des

§ 826 BGB. Will daher der Käufer nicht nur Rechte aus § 463 geltend machen, sondern auch aus unerlaubter Handlung auf Grund jener Gesetzesbestimmungen den Ersatz seines positiven Schadens verlangen, so hat er den besonderen Tatbestand dieser unerlaubten Handlungen darzulegen. **b)** **RG.** 19. 3. 08, R. **08** 262. Der Schadensersatzanspruch, den wegen betrügerischen Verhaltens des Verkäufers der Käufer, der seinerseits beim Vertrage stehen bleiben will, statt des Anspruchs auf Preisminderung geltend machen kann, hat seine rechtliche Grundlage im § 463 und nicht erst in §§ 823, 826 (vgl. **RG. 66** 335, JDR. **6** Ziff. 2 a).

2. **RG.** 26. 11. 07, 67 146 JW. **08** 36. Das arglistige Verschweigen muß sich auf einen Gewährleistungsmangel im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB. beziehen.

3. **RG.**, JDR. **6** Ziff. 2 b, jetzt auch SeuffA. **63** 163 ff.
RG. 2. 10. 07, JDR. **6** Ziff. 2 a, jetzt auch SeuffA. **63** 225.

§ 464. 1. **RG.** 18. 1. 08, R. **08** 122, JW. **08** 137 f. Beim Kaufe eines Grundstücks ist der Vorbehalt zu erklären, sobald entweder die Übergabe oder auch nur die Auflassung erfolgt; entscheidend ist der zeitlich frühere Akt, sofern schon bei seiner Vornahme der Käufer den Mangel kannte. Die Erklärungsfrist bezüglich des Vorbehalts besteht, wenn der Rechtsverlust nicht schon durch den ersten Rechtsakt erfolgt ist, fort, bis zur vollendeten Annahme. Vgl. **RG. 58** 261, JDR. **3** Ziff. 2.

2. **RG.** 18. 1. 08, R. **08** 122. Eine Kenntnis des Mangels liegt noch nicht vor, wenn der Käufer bei Abnahme der Sache den Mangel lediglich vermutete.

§ 467. I. 1. Thiesing, R. **08** 877 über **RG. 64** 374 (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 351) s. oben § 351 Ziff. 1.

2. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 427. Ist ein Dritter als Gesamtschuldner der Kaufpreisschuld beigetreten, so steht in der Regel das Wandelungsrecht dem Käufer unabhängig von dem Beigetretenen zu.

3. *Zeiler, JW. **08** 292 ff. Ob in der Weiterveräußerung der Kaufsache ein Verzicht auf den Wandelungsanspruch zu erblicken ist, kann nur von Fall zu Fall unter Würdigung aller Umstände entschieden werden (vgl. unten zu § 487).

II. Aus der Praxis. 1. Verschlechterung der Kaufsache (s. JDR. **6** Ziff. 2). **a)** **RG.** 3. 6. 08, BayRpflZ. **08** 310, SeuffA. **63** 392, JW. **08** 487. Steht die Verschlechterung fest, so ist es regelmäßig Sache des Käufers, darzutun, daß sie nicht von ihm verschuldet ist. (Näheres s. oben § 351 Ziff. 2.) **b)** **RG.** 3. 6. 08, BayRpflZ. **08** 310. Eine Verschlechterung des verkauften Grundstücks kann in dem Rückgang eines auf ihm betriebenen Gewerbes dann nicht gefunden werden, wenn Gegenstand des Kaufvertrags lediglich das Grundstück und das zum Betriebe der Fleischerei gehörige Inventar war.

2. LeipzZ. **08** 471, SeuffA. **63** 247 ff., BayRpflZ. **08** 160 (Zweibrücken). Dadurch, daß ein bestimmter Erfüllungsort vertraglich für beide Teile vereinbart war, wird für die Wandelungsklage nichts geändert. Ebenso schon **RG. 55** 105 ff., **57** 12 ff., vgl. JDR. **2** Ziff. 3 c, **3** Ziff. 5 c zu § 269.

3. Über Ausschließung des Wandelungsanspruchs durch eine nach Erhebung der Wandelungsklage erfolgte Veräußerung des gekauften Gegenstandes handelt OLG. Dresden, SächsOLG. **30** 181 ff.

4. **RG.** SeuffA. **63** 392 s. oben § 351 Ziff. 3.

5. Über den Begriff des arglistigen Verschweigens vgl. oben § 460 Ziff. 1.

§ 468. **RG.** 3. 3. 08, R. **08** 228. Wegen Mangels der beim Immobilienverkauf angegebenen Größe ist nur Wandelung und Minderung, nicht aber Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums zulässig.

§ 472. **RG.** 20. 10. 08, R. **08** 655. Die Minderung des Kaufpreises wegen Mangelhaftigkeit der verkauften und überlieferten Ware darf nicht nach den Grundsätzen über den Schadensersatz ermittelt werden.

§ 477. 1. Verlängerung der Verjährungsfrist (s. JDR. **4** Ziff. 5, **5** Ziff. II 7, **6** Ziff. II 1). OLG. **17** 387 (Celle). Für eine Verlängerung der Verjährungsfrist werden Willenserklärungen vorausgesetzt, aus deren Inhalte von selbst die Dauer der Verlängerung im Wege der Auslegung zuverlässig zu entnehmen ist. Erklärungen dagegen, bei denen der Zeitraum nur mit Hilfe von Sachverständigen zu ermitteln wäre, können für eine Verlängerung von Verjährungsfristen nicht in Betracht kommen.

2. Ablieferung (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 3, **4** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1). **RG.** 5. 5. 08, JW. **08** 431, HoldheimsMSchr. **08** 211. Der Begriff der Ablieferung ist nicht identisch mit der Übergabe. — Wenn der Verkäufer von Maschinen als Nebenleistung die Montierung übernommen hat, so setzt die Ablieferung im Sinne des § 477 Abs. 1 die vollendete Montierung voraus.

3. **RG.** R. **08** 466. Die Verjährungsvorschrift des § 477 findet keine Anwendung auf einen Schadensersatzanspruch, welchen der Käufer von Wertpapieren gegen den Bankier, von dem er dieselben gekauft hat, mit der Begründung erhebt, daß derselbe ihm den Ankauf der Papiere fahrlässig unrichtig als gute Kapitalsanlage empfohlen habe (vgl. **RG.** JDR. **3** Ziff. 2).

4. HansGZ. **08** Beibl. 233 (Hamburg). Es kann der speziell für die Fälle der Gewährleistung wegen Mangels der Kaufsache im Sinne der §§ 459 ff. gegebene § 477 nicht im Wege der Analogie auf die Fälle der völlig anders gearteten Gewährleistung wegen Mangels im Rechte ausgedehnt werden.

5. SeuffBl. **08** 425 (Bamberg). Steht der aus § 276 abgeleitete Schadensersatzanspruch des Käufers dem Gewährleistungsanspruch im Sinne des Abs. 1 des § 477 gleich, so muß das auch hinsichtlich des Abs. 3 der Fall sein.

6. **RG.**, JDR. **6** Ziff. II 4, jetzt auch SeuffA. **63** 186 ff.
RG. 25. 1. 07, JDR. **6** Ziff. II 3 b, jetzt auch **65** 119, SeuffA. **63** 438 ff.

§ 478. 1. Friedenthal, JW. **08** 132, wendet sich gegen **RG. 66** 332 — jetzt auch SeuffA. **63** 317 — (s. JDR. **6** Ziff. II 1), dessen Beweisführung ihm gezwungen erscheint. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Bürge weder wandeln noch mindern kann. Er kann aber die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als der Hauptschuldner auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde.

2. Über den Einfluß des Wahlrechts des Käufers zwischen der Wandelungs- und Minderungseinrede aus § 478 auf die Verpflichtung des Bürgen *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 450 ff. (vgl. auch unten zu § 768); auf die Verpflichtung des Schuldübernehmers und des der Schuld Beigetretenen aaO. 452 ff. und oben zu § 417.

§ 480. 1. OLG. Hamburg, JDR. **6** Ziff. II 2, jetzt auch SeuffA. **63** 440.
2. Über Örtmann, R. **08** 345 ff., vgl. oben § 433 Ziff. I 6.

§§ 481 ff. Stölzle, JW. **08** 633. Der Grundsatz, daß bei einer schuldhaft mangelhaften Lieferung von dem Käufer Schadensersatz verlangt werden kann, gilt für den Viehhandel mit der Einschränkung, daß nur die schuldhaft mangelhafte Lieferung eines mit einem Hauptmangel behafteten Tieres neben der Wandelung zum Schadensersatze verpflichtet.

§ 485. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 67 ff. Die Anzeige des Käufers im § 485 Satz 1 ist keine geschuldete (aM. Josef, GruchotsBeitr. **52** 274, 285).

§ 487. *Zeiler, JW. **08** 292 ff. Durch Weiterveräußerung eines gekauften Tieres kann der Wandelungsanspruch verloren gehen, aber nur, wenn unter besonderen Umständen in der Weiterveräußerung die Erklärung eines Verzichts auf den Wandelungsanspruch erblickt werden kann (gegen Stölzle, Viehkauf, JDR. **3** Ziff. 1). Vgl. oben Ziff. I 3 zu § 467.

§ 488. *Wurzer, GruchotsBeitr. **53** 48, wendet sich gegen **RG. 52** 164, JDR. **1** Ziff. 3 zu § 4 ZPO., wonach die Futterkosten bei der Wandelungsklage Nebenforderung seien. Nach den für die Kondiktionen geltenden Grundsätzen seien sie Teil der Hauptforderung.

§ 490. 1. **a)** Zu der bereits vielfach (s. JDR. **1** Ziff. 4 und **2** zu § 490) erörterten Streitfrage, ob es im Falle einer vertragsmäßig über die Hauptmängel hinaus, aber ohne Gewährsfrist übernommenen Fehlerhaftung zur Erhaltung der Einreden keinerlei Anzeige bedürfe, nimmt Haeffner, R. **08** 443, Stellung. Er wendet sich gegen die das Gesetz ergänzende Auslegung von Neumann, DJZ. **03** 53, JDR. **2** Ziff. 1 a zu § 492, da diese einer Gesetzesänderung gleichkomme, und hält noch eher den von Herter, JW. **06** 731, DJR. **5** Ziff. V zu §§ 490, 492, vorgeschlagenen Weg für gangbar. **b)** OLG. **16** 409 (Stuttgart). Die Einrede der Wandelung im Sinne des § 490 Abs. 3 setzt auch im Falle der Gewährleistung für einen Nicht-Hauptmangel ohne Vereinbarung einer Gewährfrist voraus, daß innerhalb der Verjährungsfrist die Anzeige des Mangels oder eine dieser gleichgestellte Handlung im Sinne des § 478 erfolgt ist.

2. SeuffBl. **09** 37 (Nürnberg). Nach Verjährung seines Wandelungs- und Schadensersatzanspruchs kann der Käufer nicht die Wandelungs- und Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung mit Klage verfolgen. Es würde der Absicht des Gesetzgebers, Streitigkeiten aus dem Viehkaufe wegen Gewährleistung an kürzeste Fristen zu binden, widersprechen, wenn durch diesen Umweg der Streit auf lange Zeit hinaus offen gehalten werden könnte.

3. OLG. Kiel, JDR. **6**, jetzt auch OLG. **16** 408.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. I. Lönnies, R. **08** 743. Der Verkäufer, der eine auf Probe gelieferte Maschine auf dem Grundstücke des Käufers aufgestellt hat, ist nicht verpflichtet, im Falle der Mißbilligung des Kaufes durch den Käufer die Maschine von dessen Grundstück zu entfernen. Weil der Käufer im Falle des Kaufes auf Probe die Kaufsache probiert, also Nutzen daraus zieht, mangels ausdrücklicher Vereinbarung aber ein Entgelt für die Benutzung nicht zu entrichten hat, so wird man als stillschweigend vereinbarten Vertragswillen annehmen müssen, daß der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache zurückschickt. Selbst die Kosten der Rücksendung muß der Käufer tragen (ebenso z. B. Dernburg, BGB. 83 II 2).

II. Aus der Praxis. 1. SächsRpflA. **08** 219 (Dresden). Der Umstand allein, daß bei einem Kaufabschluß eine Probe vorgelegen hat, genügt nicht, um einen „Kauf nach Probe" als vorliegend festzustellen (ebenso OLG. Braunschweig, JDR. **4** Ziff. 3 b zu § 495).

2. **RG.** 13. 12. 07, HoldheimsMSchr. **08** 85. Ob bei einem Kaufe nach Probe eine absolute Übereinstimmung von Probe und Lieferung vorhanden sein muß, oder ob unwesentliche, geringfügige Abweichungen gestattet sind, ist nach den Umständen des Falles gemäß der §§ 133, 157, 242 zu beantworten.

3. LeipzZ. **08** 470 (Braunschweig). Ist bei einem Kaufe oder Werklieferungsvertrage nach Probe oder Muster die Rücklieferungspflicht der Probe nach gemachtem Gebrauche vereinbart, so ist dafür im Zweifel der Wohnsitz des Käufers oder Bestellers Erfüllungsort.

§ 495. 1. *Walsmann, IheringsJ. **54** 273 ff. Da nach dem Willen der Parteien die Erklärung der Billigung, bzw. daß man den Kauf wolle, meist nicht bloßes Bedingungsfaktum, sondern entscheidende Willenserklärung sein soll, paßt die herrschende Konstruktion des Kaufes auf Probe (bedingter Kauf) für den gewöhn-

lichen Tatbestand des Kaufes auf Probe nicht. Denn die Willenserklärung kann nicht zugleich dies und Bedingungsfaktum sein (vgl. oben zu § 158 Ziff. I 1). Daher ist der Kauf auf Probe anders zu konstruieren. Aushilfe bietet die Analogie zum Rücktritts-, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte. Dort erkennt das BGB. ein Vertragsverhältnis an, kraft dessen die eine der Parteien befugt ist, durch einseitige Willenserklärung ein bestimmtes Schuldverhältnis herbeizuführen (Gestaltungsrecht). Nur so ist es möglich, wie auch die herrschende Meinung will, auf die Billigungserklärung die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, z. B. Irrtumsanfechtung u. dgl., in Anwendung zu bringen.

2. a) **RG.** JW. **08** 711, SeuffBl. **09** 94. Die gesetzgeberische Behandlung des Kaufes auf Probe bietet einen Beleg, daß der Gesetzgeber es für zulässig erachtet, die Wirksamkeit des Kaufes auf den Willen des Käufers abzustellen. Notwendig ist dabei nur, daß dieser Wille erkennbar zum Ausdrucke gelange, da er sonst als ein interner Vorgang für den Rechtsverkehr nicht in Betracht kommen kann (vgl. Muskat, GruchotsBeitr. **49** 472 ff., JDR. **4** Ziff. 1). b) R. **08** 491 (Oldenburg). Ein Kauf auf Probe setzt, wie auch schon im gemeinen Rechte, voraus, daß die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers steht und nicht von einer sachlichen, event. durch den Richter nachzuprüfenden Begründung abhängig gemacht ist (vgl. auch Muskat, JDR. **3** Ziff. 1).

§ 496. R. **08** 695 (Hamburg). Ist eine Maschine „auf acht Wochen zur Probe" geliefert, so kann zwar ein Kauf auf Probe vorliegen, aber die Frist ist in einem solchen Falle nicht als Erklärungsfrist aufzufassen, innerhalb deren die Billigung erklärt oder verweigert werden muß, sondern als Gebrauchsfrist in dem Sinne, daß der Empfänger Gelegenheit haben soll, volle acht Wochen sich mit der Maschine bekannt zu machen und sie auf ihre Verwendbarkeit zu prüfen, daß er also jedenfalls vor Ablauf der acht Wochen sich nicht zu erklären braucht (vgl. auch OLG. Karlsruhe, JDR. **4**).

2. Wiederkauf.

§ 497. 1. **RG.** 17. 10. 08, **69** 281, JW. **08** 717. Da es keines neuen Vertrags bedarf, um dem Wiederkaufsberechtigten den Anspruch auf Einräumung des Eigentums an der Sache zu verschaffen, so steht der Umstand, daß der Berechtigte sein Recht noch nicht ausgeübt hat, beim Wiederkaufe der grundbuchmäßigen Sicherung des Rechtes ebensowenig entgegen, wie dies beim Verkaufe der Fall ist.

2. DJZ. **08** 1172 (KG.). Ein Wiederkaufsrecht kann durch einen Vertrag im Sinne des § 328 BGB. in der Weise bedungen werden, daß es einer anderen Person als dem Verkäufer zusteht. Es ist auch zulässig, ein Wiederkaufsrecht in dieser Weise für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zu begründen.

§ 499. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot. Vgl. über den Begriff der Verfügung oben zu § 184 Ziff. I.

3. Vorkauf.

§ 504. 1. a) Müller, WürttRpflZ. **08** 626 ff., erörtert die Frage, ob der Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts eintritt, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen bedingten Kaufvertrag abgeschlossen hat. Er meint, die praktischen Erwägungen sprächen dafür, daß der bedingte Kaufvertrag das Vorkaufsrecht nicht sofort, sondern nur im Falle des Eintritts der Bedingung nachträglich zur Ausübung gelangen läßt und der Wortlaut des Gesetzes stehe dieser Auslegung nicht entgegen. Ein im Sinne des § 504 abgeschlossener Kaufvertrag, welcher den Vorkaufsberechtigten zur Erklärung innerhalb bestimmter Frist verpflichtet, liegt erst dann vor, wenn der Kaufvertrag wirksam ist, d. h. wenn die Bedingung wirklich eingetreten sei. Falle die Bedingung aus, so liege ein wirksam abgeschlossener Kaufvertrag über-

haupt nicht vor und der Berechtigte könne dann sich über die Ausübung des Vorkaufsrechts noch beim nächsten Kaufvertrag erklären. **b**) Hiergegen wendet sich, Kiefe, WürttRpflZ. **09** 27 ff., der die Ansicht vertritt, daß der Vorkaufsberechtigte wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen bedingten Kaufvertrag abgeschlossen hat, schon vor Eintritt der Bedingung zur Erklärung, ob er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, verpflichtet sei. Müller übersehe den Unterschied zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung. Mache nach Abschluß des bedingten Kaufvertrags der Berechtigte von seinem Vorkaufsrechte Gebrauch, so könne er das allerdings ebenfalls nur bedingt tun. Falle die Bedingung aus, so falle auch der Kaufvertrag und damit die Voraussetzung des Vorkaufsrechts, so daß, gleichgültig, ob der Berechtigte Gebrauch gemacht hat und damit ihm gegenüber unmittelbar das Ausfallen der Bedingung wirksam wird, oder ob er nicht Gebrauch zu machen erklärt hat, da auch dieses einen wirksamen Kaufvertrag zur Voraussetzung hatte, der Berechtigte bei dem nächstabzuschließenden Kaufvertrage sein Recht auf Vorkauf auszuüben in der Lage sei.

2. **RG.** R. **08** 695. Ein Grundstückseigentümer hatte in einem mit A. abgeschlossenen Mietvertrage diesem für die Dauer des mit ihm abgeschlossenen Mietvertrags ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Nach Ablauf des Mietvertrags hatte er mit B. für die Zeit nach Ablauf des mit A. abgeschlossenen Vertrags einen Mietvertrag verabredet und in diesem dem B. für die Vertragsdauer ein Ankaufsrecht zu einem bestimmten Preise eingeräumt. Hiermit sind noch nicht die Voraussetzungen für eine Ausübung des dem A. bestellten Vorkaufsrechts gegeben.

§ 505. 1. **RG.** R. **08** 84. Es ist nicht unzulässig, den Inhalt des Vorkaufsrechts dahin zu vereinbaren, daß im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten unter gewissen im voraus bestimmten anderen Bedingungen zustande kommen soll, als für den Kauf zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbart wird.

2. **RG.** 17. 10. 08, **69** 281, JW. **08** 717. Der Vorkaufsberechtigte erwirbt sein Recht als ein doppelt — durch Verkauf der Sache seitens des Verpflichteten und durch die Abgabe der Vorkaufsausübungserklärung seitens des Berechtigten — bedingtes Recht auf Eigentumserwerb unmittelbar mit dem Abschlusse des Vorkaufsvertrags (vgl. **RG. 67** 45). Hieraus rechtfertigt sich die Zulassung der Sicherungsvormerkung des § 883 für das Vorkaufsrecht (vgl. oben zu § 497 Ziff. 1).

3. Darüber, daß das persönliche Vorkaufsrecht an einem Grundstücke gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordert, **RG.** 9. 11. 07, **67** 42, RheinNotZ. **08** 114 (s. oben zu § 313 Ziff. II 1 g).

IV. Tausch.

§ 515. 1. *Reichel, AcivPr. **104** 17. Bei formlosem Grundstückstauschvertrage heilt erst die zweite Eigentumsumschreibung den Formmangel.

2. **RG.** SeuffA. **64** 58. Ein Tauschvertrag wird nicht formungültig durch falsche Wertangabe für die vertauschten Grundstücke.

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Radicke, Das Benefizium des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme, ABürgR. **32** 398—404. — Reichel, Schenkungen unter Ehegatten, GruchotsBeitr. **52** 354—359. — Seeler, Unentgeltlichkeit als Erfordernis der Schenkung, in Glossen zur Praxis des RG., Halle a. S. 1908, 45—74.

§ 516. I. 1. Zeiler, BayRpflZ. **08** 395. Ebensowenig wie eine Schenkung vorliegt, wenn beim Abschlusse des Vertrags dem Mäkler der Lohn oder ein Teil des Lohnes auch für den Fall versprochen wird, daß das Geschäft nicht zustande komme, ist eine Schenkung anzunehmen, wenn dem Mäkler nach Abschluß seiner

Vermittlertätigkeit zugesagt wird, er solle den Lohn auch dann bekommen, wenn das Geschäft nicht zum Abschlusse kommt. In beiden Fällen liegt vielmehr eine Verbindung von Mäklervertrag und Dienstvertrag vor. Die Eigentümlichkeit bei dem letzten Falle liegt darin, daß der Dienstvertrag erst nachträglich, nach Leistung der Dienste, abgeschlossen wird.

2. Seeler, Unentgeltlichkeit als Erfordernis der Schenkung aaO. 45 ff., wendet sich gegen das Urteil des **RG.** v. 24. 4. 01, **48** 136 (vgl. JDR. **1** Ziff. 1 die Kritik Neumanns u. Putzlers hierzu), weil nicht zugegeben werden könne, daß, wenn eine Gegenleistung nicht versprochen, das Geschäft als ein unentgeltliches zu betrachten sei (näheres 50 ff.). Sodann geht er zu dem ein Mitgiftversprechen behandelnden Urteile des **RG. 62** 273 ff. (JDR. **5** Ziff. II 2 c) über und bemängelt die Unbestimmtheit und Unentschiedenheit dieses Erkenntnisses, demzufolge nicht klar werde, wann das Versprechen einer Mitgift nicht Schenkung sei und demgemäß der Form des § 518 nicht bedürfe. — An einzelnen praktischen Fällen wird gezeigt, daß das nach bewirkter Leistung erteilte Versprechen einer Belohnung nicht ein Schenkungsversprechen sei (61 ff.). Kein Schenkungsversprechen sei z. B. das Versprechen einer angemessenen Alterspension, das der Dienstherr seinen Angestellten für langjährige treue Dienste erteilt.

3. Betreffs der Schenkungen unter Ehegatten weist Reichel, GruchotsBeitr. **52** 354 ff., darauf hin, daß diese, sobald sie den Verdacht der Schiebung erwecken, einer strengen Prüfung in tatsächlicher Beziehung unterliegen. Es verstoße jedoch gegen den klaren Sinn des Gesetzes und gegen die dringenden Bedürfnisse des Lebens, wolle man ihre Gültigkeit allgemeinhin unter Bezugnahme auf die §§ 929 ff. in Frage stellen. Näheres s. 356 ff. und unten zu § 929.

II. Aus der Praxis. 1. Begriff der Schenkung (s. JDR. **5** u. **6** Ziff. II 1). **a) RG.** 7. 2. 08, DJZ. **08** 483. Eine Schenkung ist nicht zu verneinen, wenn absoluter Erlaß der Schuld nicht vorliegt; damit ist der Begriff der Schenkung als einer in der Absicht der Bereicherung vorgenommenen und den Empfänger tatsächlich bereichernden unentgeltlichen Zuwendung nicht beseitigt. — Ist die Zahlung in das Belieben des Schuldners gestellt, so liegt eine Vermögensminderung auf seiten des Gläubigers, eine Bereicherung auf seiten des Schuldners vor; allerdings bleibt tatsächlich zu erwägen, ob zum vollen Betrage der Schuld, da eine natürliche Verbindlichkeit übrig bleibt, die erfüllt werden kann. **b)** Über den Begriff der Schenkung handelt auch SchlHolstAnz. **08** 225 (Kiel).

2. Gemischte Schenkung (s. JDR. **2** Ziff. 5, **3** u. **4** Ziff. 1, **6** Ziff. I 1). **a) RG.** 2. 5. 08, **68** 326, JW. **08** 431. Bei nur teilweiser Bereicherung durch einen an sich entgeltlichen Vertrag und dementsprechender nur teilweiser Schenkungseinigung kommt ein gemischter, zum Teil lästiger, zum Teil freigebiger Vertrag zustande, und dafür, wie weit die Entgeltlichkeit und wie weit die Schenkung reicht, ist das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung und der Vertragswille der Beteiligten maßgebend. Diese können zwar nicht etwas als Schenkung wollen, was in Wirklichkeit keine Bereichung ist, aber sie können wollen und gültig vereinbaren, inwieweit die wirkliche Bereicherung des einen als Schenkung gelten soll. **b) RG.** 3. 2. 08, R. **08** 162. Zur Begründung einer in einem Kaufvertrage mitenthaltenen, sog. gemischten Schenkung gehört nicht allein der Nachweis einer objektiven Bereicherung, die dem Empfänger der einen Leistung durch ihren Mehrwert im Vergleiche zu seiner eigenen zuteil wird, sondern weiter der Nachweis einer Einigung, daß dieser Mehrwert zugleich eine unentgeltliche Zuwendung darstellen sollte (vgl. auch **RG.**, JDR. **6** Ziff. II 1). **c) RG.** 28. 10. 07, HansGZ. **08** Beibl. 37 über verschleierte oder gemischte Schenkung, wenn zwar von beiden Vertragschließenden Leistungen versprochen werden, die des einen aber an Wert die des anderen erheblich übersteigen.

3. Einzelne Fälle. a) **RG.** R. **08** 449. Bei Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft kann nicht, soweit eine Vermögensungleichheit bestand, in Höhe des überschießenden Teiles ohne weiteres eine Schenkung angenommen werden. Zur Annahme einer Schenkung wäre erforderlich nicht nur, daß der eine Ehegatte bereichert wird, sondern auch, daß beide Ehegatten darüber einig gewesen sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge. Jedoch liegt eine Schenkung vor, wenn Vermögensstücke, auf die sich die Gütergemeinschaft bezog, durch spätere Vereinbarung der Gatten für Vorbehaltsgut erklärt werden. **b) RG.** R. **08** 657. Wenn eine Bank einem aus ihren Angestellten gebildeten eingetragenen Verein, also einer ihr gegenüber selbständigen Rechtsperson, eine unentgeltliche Zuwendung macht, so liegt eine Schenkung auch dann vor, wenn nach den Satzungen des Vereins dieser wirtschaftlich nur ein unselbständiges Organ der Bank und sein Vermögen nur ein nach wie vor der alleinigen Verfügungsgewalt der Bank unterstehender, lediglich äußerlich abgezweigter Teil des Vermögens der Bank ist. **c) RG.** R. **08** 618. Hat ein Gastwirt seiner Frau, die er wegen seiner Hinfälligkeit und mangelnden Rüstigkeit zu voller Erwerbstätigkeit geheiratet hatte, um aus den Schulden herauszukommen, die Ersparnisse des Geschäftsbetriebs für ihre Tätigkeit im Geschäft als Vergütung überlassen, so liegt eine Schenkung nicht vor. **d) RG.** 23. 12. 07, DJZ. **08** 307. Das Mitgiftversprechen, soweit es den Umständen nach das den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß überschreitet, ist nicht notwendig als Schenkungsversprechen anzusehen. Es bleibt immer zu erwägen, ob nicht den Umständen nach ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, — Eheversprechen, bedingt durch Versprechen der Mitgift (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. II 2 a).

§ 518. I. *Reichel, AZivPr. **104** 12 ff. Leistung unter Vorbehalt ist keine Leistung im Sinne des § 518 Abs. 2. Ebensowenig die zwangsweise beigetriebene, durch Drohung ertrotzte, durch List erschlichene (13). Der Irrtum des Leistenden, er sei zur Leistung verpflichtet, ist dagegen unschädlich; denn ex post steht fest, daß die Leistung geschuldet ist (15). Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht behebt den Formmangel stets; Hinterlegung ohne Verzicht heilt ihn, sofern der Gläubiger vor der Rücknahme der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt hat (16).

II. Aus der Praxis. 1. Schenkung eines Sparkassenguthabens (s. JDR. **3** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, **5** u. **6** Ziff. II 1). RheinA. **105** I 19 (Düsseldorf). In der Übergabe eines Sparkassenbuchs kann die Abtretung des Sparkassenguthabens liegen.

2. **RG.** 12. 12. 07, JW. **08** 103. Die Anwendung der Formvorschrift bei einem Mitgiftversprechen ist nicht erforderlich (wie früher, vgl. JDR. **6** Ziff. II 2).

3. **RG.** 11. 2. 08, R. **08** 195. Der von dem Gläubiger auf den Schuldschein gesetzte Vermerk: „dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig" ist mangels der für Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form nicht geeignet, einen Schulderlaß zu begründen, wenn er im Sinne eines Versprechens zu verstehen ist, das auf den Todesfall des Gläubigers hinausgeschoben werden soll.

4. OLG. **16** 412 (KG.). Auf Schenkungsversprechen über Grundstücke findet die Form des Art. 12 PrAGBGB. keine Anwendung.

§ 519. *Radicke, ABürgR. **32** 398 ff. Der Bürge, der sich für die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verbürgt hat, kann sich nicht darauf berufen, daß er bedürftig sei; dagegen kann er formell auf Grund des § 768 BGB. geltend machen, daß der Hauptschuldner arm sei; diese Einrede wird aber zunichte gemacht durch eine replicatio doli (§ 242 BGB.). Denn es war ja gerade der Zweck des Bürgschaftsvertrags, dem Schenkungsgläubiger bei Unfähigkeit des Hauptschuldners zur Leistung, der die im Sinne des § 519 vorliegende Bedürftigkeit in der Wirkung gleichsteht, Sicherheit zu gewähren (401). Der Schuldübernehmer hat die Einrede des Notbedarfes, sofern sie in seiner Person begründet ist. Denn es handelt sich hier

um eine Einwendung, die rechtlich bereits zur Zeit des Abschlusses des Schuldübernahmevertrags begründet war und die nicht an die Person des ursprünglichen Schuldners geknüpft ist (vgl. § 417 BGB.). Mit der Einrede, daß der ursprüngliche Schuldner bedürftig geworden sei, wird er nur gehört, wenn der ursprüngliche Schuldner bereits zur Zeit des Abschlusses des Schuldübernahmevertrags arm gewesen sein soll. Auf die Bedürftigkeit, die nach der Schuldübernahme in der Person des ursprünglichen Schuldners eingetreten ist, kann sich der Schuldübernehmer nicht berufen (§ 417 BGB.).

§ 523. *Bendix, ABürgR. **32** 339. a) Die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ist hier regelmäßig ausgeschlossen. Nur wenn eine objektive Unmöglichkeit der Leistung in Frage steht, wird die Vorschrift des § 307 unter Beschränkung auf den Fall grobfahrlässiger Unkenntnis (§ 521) zur Anwendung gelangen. Eine solche objektive Unmöglichkeit kann bei der Schenkung vorkommen, da hier der Verpflichtungswille den Erfolg nicht mitumfaßt. b) Ist dem Erwerb einer dem Vermögensbestande des Schenkers nicht zugehörigen Forderung ein Schenkungsversprechen vorausgegangen, gehört also dieser Erwerb zur Erfüllung des Versprechens, so bestimmt sich die Haftung des Schenkers gemäß § 521. Die Annahme, daß dem Beschenkten auch alsdann nicht der Anspruch auf Erfüllung, also auf Beseitigung des Rechtsmangels zustehe, daß er vielmehr lediglich das positive Erfüllungsinteresse verlangen könne, ist nicht zutreffend. Für die Zulässigkeit des Erfüllungsanspruchs sprechen die Bezugnahme auf § 433 Abs. 1, die Vorschriften über das verwandte Verschaffungsvermächtnis (§ 2182) und der Inhalt des § 2301.

§ 525. 1. **RG.** R. **08** 298. Der Umstand, daß der Wert der Auflage dem Werte der schenkungsweisen Zuwendung gleichkommt, schließt das Vorhandensein einer Schenkung nicht aus.

2. **RG.** R. **08** 657. Wird einem Vereine, der die Unterstützung dritter Personen bezweckt, eine Zuwendung gemacht, so handelt es sich nicht um eine Schenkung mit einer den Wert der Zuwendung vermindernden Auflage, sondern um eine Ausstattung des Vereins mit Vermögen, das dem Vereinszwecke dienen soll.

§ 528. SächsRpflA. **08** 480 (Dresden). Wenn § 528 bestimmt, daß der Schenker die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern könne, so ist damit nur die Anwendung von § 818, nicht auch diejenige von § 822 gemeint, da zur Rückgabe nur der „Beschenkte", d. h. derjenige, der unmittelbar vom Schenkgeber das Geschenk empfangen hat, verpflichtet ist.

§ 530. **RG.** JDR. **6**, jetzt GruchotsBeitr. **52** 982, BayRpflZ. **08** 105, SeuffA. **64** 93 ff.

§ 534. Seeler, Unentgeltlichkeit als Erfordernis der Schenkung aaO. 45 ff. Nicht allgemein sind als Schenkungen im Sinne des § 534 zu betrachten Gaben, die jemand, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein, einem anderen als Belohnung für einen von diesem geleisteten Dienst gewährt. In das Gebiet der Anstandsschenkung fallen vielmehr nur die Gaben, die jemand einem anderen gewährt, veranlaßt durch einen ihm von diesem gewährten Dienst, eine Wohltat, Gefälligkeit, Höflichkeit oder Gastfreundschaft, wofern die Absicht einer Entlohnung oder Vergütung nach der Parteiabsicht oder der Auffassung des Lebens ausgeschlossen erscheint, und vielmehr nur ein Zeichen des Dankes, der Erkenntlichkeit, der Anerkennung oder einer artigen Aufmerksamkeit gegeben werden soll, also insbesondere Gegengeschenke, Blumenspenden usw. Dann gehören hierher auch solche unentgeltlichen Zuwendungen, die, ohne durch ein Verhalten des Bedachten gegen uns veranlaßt zu sein, hervorgerufen sind durch Postulate, die dem Rechtsgebiete nicht angehören, also Unter-

stützungen, die an Verwandte gezahlt werden, zu deren Unterhalt wir gesetzlich nicht verpflichtet sind, sowie mäßige Schenkungen zu besonderen Anlässen, als Geburtstag, Einsegnung, Hochzeit oder Jubiläum.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Von Gesamtdarstellungen des Mietrechts sind aus dem Berichtsjahre zwei hervorzuheben, die von Strauß und namentlich die von Mittelstein. Das Mittelsteinsche Buch stellt sich zwar äußerlich als zweite Auflage der bereits im Jahre 1900 erschienenen „Miete nach dem Rechte des deutschen Reichs" dar, ist in Wirklichkeit aber ein völlig neues Werk über diese Materie, das, was die Reichhaltigkeit seines Inhalts betrifft, jedenfalls an der Spitze der Darstellungen über die Lehre von der Miete steht. Wenngleich es keine einzige Streitfrage bei Seite läßt, so war es bei den Zwecken des Jahrbuchs doch nur möglich, zu den wichtigsten Punkten kurze Selbstberichte aufzunehmen. — Manche recht praktische Frage gelangte auch in diesem Jahre zur Entscheidung der Gerichte; es sind hier besonders die Erkenntnisse zu den §§ 542, 544, 569, 570 zu vergleichen.

Literatur: Gumbel, Der Stahlkammerfachvertrag der deutschen Banken. Berlin 1908. — Jacoby, Die rechtliche Natur des Safegeschäfts. Leipziger Diss. 1908. — Krull, Die rechtliche Natur des Safevertrags. Greifswalder Diss. 1907. — Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reichs. (2). Berlin 1909. — Derselbe, Der § 566 BGB., SeuffBl. **08** 517—524. — Pricken, Die rechtliche Natur des Schrankfachgeschäfts. Greifswalder Diss. 1907. — Reichel, Erlöschen des Mietzinspfandrechts durch Vereinbarung zwischen Vermieter (Grundstückserwerber, Ersteher) und Drittschuldner, BuschsZ. **38** 248—259. — Schneider, Die Untermiete. Diss. Berlin 1907. — Strauß, Die Miete nach dem BGB. Leipzig 1908.

§ 535. I. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (s JDR. **4** Ziff. I, **6** Ziff. I 1) *Mittelstein, Miete 12 ff. Elektrische Energie wird nicht vermietet. Räumlichkeiten in beweglichen Sachen (wie Schiffen, Wagen) fallen nicht unter § 580 (15—16). — Die entgeltliche Überlassung eines Wohnrechts (§§ 1092, 1093) ist nach Analogie der Pacht zu behandeln (21). Für einen Gewerbebetrieb eingerichtete Räume werden verpachtet, nicht vermietet (23). Der Vertrag betreffend Gebrauchsgewährung eines Fernsprechers ist Sachmiete (31). Beim Nehmen eines Schlafwagenbilletts handelt es sich um einen Beförderungsvertrag (36—37). Die Verträge betreffend ein Postfach (38—39) und Bankfach (39—41) sind Miete, an den vom Mieter in das Bankfach gelegten Sachen besteht aber ein Vermieterpfandrecht nicht, weil das Fach nicht ein Raum eines Gebäudes ist, auch kein „Einbringen" stattfindet (41).

2. *Strauß, Miete.

a) Die Behauptung verschiedener Schriftsteller, auch Gas und Elektrizität könnten Gegenstand eines Mietvertrags sein, läßt sich nicht halten, denn zum Wesen des Mietvertrags gehört die Verpflichtung des Mieters, nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache zurückzugeben, eine Rückgabe von Gas oder elektrischer Kraft ist aber ausgeschlossen (1). Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 c, **3** Ziff. 1 a.

b) Abschluß durch Minderjährige. Der nach § 113 BGB. zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsvertrags unbeschränkt geschäftsfähige Minderjährige darf auch einen Mietvertrag selbständig abschließen.

c) Eingebrachtes Gut der Ehefrau. Der Ehemann ist sowohl bei dem Güterstande des gesetzlichen Güterrechts wie auch bei der Gütergemeinschaft berechtigt, das eingebrachte Gut seiner Ehefrau durch Eingehung eines Mietvertrags zu verpflichten; es stellt sich dies als ein Akt der Verwaltung und Nutznießung dar, nicht als ein solcher der Verfügung über eingebrachtes Gut.

d) Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch die Ehefrau (s. JDR. 4 Ziff. IV). Ist der Ehemann im Vertrag allein als Vertragsteil angeführt und setzt die Frau ihren Namen unter den Vertrag, so ist dies nicht, wie Niendorff annimmt, ohne rechtliche Bedeutung, auch nicht wie Mittelstein, Miete 36 lehrt, eine Bürgschaft; es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Parteien ein mehreres wie die Bürgschaftsübernahme, nämlich die Haftung der Frau als Gesamtschuldnerin wollen; der Vermieter will statt des einen Schuldners, dessen Verhältnisse und dessen eheliches Güterrecht ihm oft unbekannt sind, deren zwei haben, er will sein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen auch dann geltend machen können, wenn sie Eigentum der Ehefrau sind (27).

e) Hausordnungen gelten auch dann als Bestandteil des Mietvertrags, wenn sie nicht unterschrieben sind; doch sind sie ganz besonders nach Treu und Glauben auszulegen und zwar, da sie in der Regel zugunsten des Vermieters erlassen sind, der sich neben seinen gesetzlichen Rechten eine Reihe weiterer Vorteile sichern will, im Zweifelsfalle zugunsten des Mieters (43).

f) Ausschreiben von Wohnungen in der Zeitung. Ist der Vermieter, der seine Wohnung in der Zeitung ausschreibt, gebunden, die in dem Zeitungsinserat angegebenen Eigenschaften der Wohnung dem Mieter zu gewähren? Borcherdt, Miete 41, bejaht dies unbedingt; dies ist richtig, wenn der Mieter auf Grund der Annonce und unter ausdrücklichem Hinweis auf sie die Wohnung mietet, in allen anderen Fällen ist die Annonce kein Antrag zum Abschluß eines Mietvertrags, sondern eine Aufforderung an die Mietlustigen zur Offerte (54).

3. Schrankfachvertrag (s. JDR. 2 Ziff. 1a, 4 Ziff. I 1, 5 Ziff. I, 6 Ziff. I 1 a). **a)** Gumbel aaO. 3 ff. untersucht die rechtliche Natur des Stahlkammerfachvertrags; er lehnt die Auffassung als Mietvertrag ab, sieht ihn vielmehr als einen Vertrag an, auf den die Grundsätze der Verwahrung prinzipielle Anwendung zu finden haben, insoweit als dies nicht der Natur des Vertrags widerspricht (13). — Dagegen sieht Pricken aaO. 18 ff. das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Kunden als Miete an. Ebenso Jacoby. **b)** Krull aaO. 34 ff. gelangt zu dem Ergebnisse, daß der Safevertrag als Ganzes einem anderen bestehenden Vertragstyp nicht zu unterstellen sei, sondern daß man ihn als eine neue, eigenartig gestaltete Vertragsform ansehen müsse. **c)** Ebenso *Strauß, Miete 47. Der entwickelte Verkehr unserer Zeit führe zur Erzeugung neuer Vertragstypen, die unter keine der Vertragsarten des BGB. fallen.

4. *Mittelstein, Miete 536 ff. Der Mieter hat kein dingliches Recht. Das Grundbuch ist der Miete verschlossen. Nach §§ 571 ff. hat der Mieter zwar Rechte gegen einen Dritten (den Erwerber), aber nicht gegen jeden Dritten, und diese Rechte sind obligatorischer Art und ihnen korrespondieren Rechte des Erwerbers gegen den Mieter (537). Ist der Mieter Besitzer der Mietsache, so hat er alle Rechte eines Besitzers, insbesondere auch gegen den Vermieter (541). Vermieter und Mieter können Mitbesitzer sein (542). — Die Mietrechte gehören zur Konkursmasse (553). Der Konkursverwalter kann die dem Gesamtschuldner überlassenen Mieträume nur dem Inhalte des Mietvertrags gemäß benutzen (554). In Geschäftsräumen kann er durch Dritte einen Ausverkauf veranstalten lassen (555). Der § 21 Abs. 2 Satz 1 KO. begründet nicht eine Erweiterung, sondern eine Einschränkung der Rechte der Masse zugunsten Dritter. Deshalb ist der Verwalter an Vorausverfügungen des Vermieters über den Zins für bewegliche Sachen nicht gebunden (563—564). Der § 544 BGB. hat keine rückwirkende Kraft (577).

5. Graf v. Schwerin erörtert in einer Greifswalder Dissertation von 1908 die Frage, ob der Mieter einer Wohnung in einem Badeorte von dem Mietvertrag abgehen kann, wenn er nach Abschluß desselben erfährt, daß er als Mieter gerade seines Hauswirts von sämtlichen öffentlichen Einrichtungen und Anstalten des Bade-

orts ausgeschlossen ist. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß auf Grund des Mietvertrags nicht vorgegangen werden könne (8), wohl aber könne der Mieter den Mietvertrag aus § 119 anfechten (32), ja es könne auch Anfechtung auf Grund des § 123 in Betracht kommen (41).

6. Vormietrecht. Goldbaum, DJZ. **08** 479 f. Vereinbaren die Parteien in dem Mietvertrage, daß nach dem Ablaufe desselben dem Mieter ein Vormietrecht an der Mietsache zustehen solle, so ist diese Abrede nicht einfach als eine Fortsetzung des ursprünglichen Mietvertrags anzusehen, sie repräsentiert vielmehr eine besondere Kategorie des jus protimeseos. Im BGB. wird dieses in der besonderen Gestaltung des Vorkaufsrechts berücksichtigt. Aus diesen Bestimmungen ist der allgemeine, auf das Rechtsinstitut bezügliche Inhalt zu extrahieren und dann auf das Vormietrecht anzuwenden.

7. Strauß, DJZ. **08** 1029. Während der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist ist der Mieter kraft Gesetzes verpflichtet die Besichtigung der Wohnung zwecks anderweitiger Vermietung zu gestatten, vorher nur bei besonderer Vereinbarung, oder wenn die Weigerung gemäß § 226 unberechtigt wäre oder ihn aus § 826 zum Schadensersatze verpflichten würde. Über den Umfang der Duldungspflicht während der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungszeit wird die Verkehrssitte zu befragen sein. — Ähnlich Mittelstein, Miete 217.

II. Aus der Praxis. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (s. JDR. **2** Ziff. 1 b, **4** Ziff. V 6, **5** Ziff. II 6, **6** Ziff. II 2). a) **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 290. Überläßt jemand ein Schiff einem anderen auf Zeit zur Benutzung für die Ausführung beliebiger, von diesem zu bestimmenden Reisen, und stellt zugleich die Dienste der Schiffsmannschaft, einschließlich des Kapitäns, zur Verfügung, so liegt Sachmiete in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrage vor. **b)** SchlHolstAnz. **08** 326 (Kiel). Ein Vertrag über die Überlassung eines Fuhrwerks und der Dienste eines Kutschers gegen Entgelt ist nach den Grundsätzen des Mietvertrags zu beurteilen, auch soweit die Dienste des Kutschers in Betracht kommen (aM. OLG. Hamburg, OLG. **7** 471, JDR. **2** Ziff. 6 i β zu § 611). **c)** SchlHolstAnz. **08** 111 (Kiel). Die Überlassung von Flächen im Innern der Motor- und Anhängewagen einer Bahn gegen Entgelt zur Verwertung für Reklamezwecke stellt sich als Miete dar. **d)** OLG. Königsberg, JDR. **6** Ziff. II 2 b, jetzt auch SeuffA. **63** 143.

2. PosMSchr. **08** 129 (LG. Tilsit). Findet sich in einem Mietvertrage die Bestimmung, daß spätere Vereinbarungen zum Vertrage nur wirksam sind, wenn sie schriftlich getroffen sind, so sind Abänderungen dennoch auch dann formlos gültig, wenn der übereinstimmende und zweifelsfreie Wille der Beteiligten dahin gerichtet ist, von der ursprünglich vereinbarten Schriftform abzusehen und sich an die formlose Abrede zu binden.

3. OLG. **17** 1 (KG.). Auf einen Mietanspruch mehrerer Vermieter ist § 420 nicht anwendbar.

4. **RG.** 4. 2. 08, R. **08** 162. Tritt in den Mieträumen Feuchtigkeit hervor, so kann vom Mieter nicht verlangt werden, daß er über die durch den Zweck der Räume gebotenen Grenzen hinaus für Lüften und Heizen sorgt.

5. KGBl. **08** 30 (AG. Berlin-Wedding). Die Räumung von Mietlokalitäten wegen nicht pünktlicher Zahlung des Mietzinses kann nicht verlangt werden, wenn der Anspruch auf den Mietzins gepfändet ist und die zulässig gewordene Hinterlegung des gepfändeten Mietzinses nicht mehr innerhalb der Zahlungsfrist erfolgt ist.

6. Über den Erfüllungsort bei der Miete vgl. oben § 269 Ziff. 5 a β.

§ 536. I. 1. Fernsprechanschluß des Mieters (s. JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. 2 c, **6** Ziff. 5). *Strauß. Nimmt der Vermieter einen Mieter auf, von dem er weiß oder wissen kann, daß dessen Beruf ortsüblich Telephon-

anschluß verlangt, so verstieße es gegen Treu und Glauben, wollte der Vermieter gleichwohl seine Zustimmung zum Anschlusse verweigern (53).

2. Strucksberg, R. **08** 120, billigt dem Mieter einer herrschaftlichen Wohnung, dem der Vermieter nach Abschluß des Mietvertrags den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache dadurch beeinträchtigt, daß er die unter der Wohnung belegenen Räume als Restaurationslokal an einen Dritten auf längere Zeit vermietet und diesem gestattet, bis spät in die Nacht Konzert im Lokale zu veranstalten, zwar das Recht sofortiger Kündigung nach §§ 542, 544 und einen Anspruch auf Schadensersatz oder Preisminderung nach §§ 537, 538 zu, versagt ihm aber den auf Abstellung der Konzerte gerichteten Erfüllungsanspruch aus § 536 wegen Unmöglichkeit der Leistung, weil die vertragsmäßige Leistung den Vermieter zu einer Abänderung des Vertrags mit dem Gastwirt und deshalb möglicherweise zu Opfern nötige, deren Höhe ausschließlich vom Belieben des letzteren abhängig sei. — Dagegen Zweigert, R. **08** 416 f., oben Ziff. 1 zu § 280.

II. Aus der Praxis. 1. Beleuchtungspflicht (s. JDR. **6** Ziff. 1). **RG.** 14. 4. 08, R. **08** 587. Ist ein Mieter infolge nicht gehöriger Beleuchtung des als Zugang zu seiner Wohnung dienenden Hofes zu Falle gekommen, so kommt es für die Frage, ob er vom Vermieter Ersatz eines etwaigen immateriellen Schadens verlangen kann, nicht darauf an, ob ein vertragliches Verschulden des Vermieters anzunehmen ist, sondern darauf, ob eine Haftung wegen unerlaubter Handlung aus §§ 823 ff. gegeben ist.

2. **RG.** 19. 3. 08, 68 161, JW. **08** 300, ZVersWiss. **08** 517, R. **08** 263. Der Vermieter braucht Instandsetzungsarbeiten im Innern der einem Mieter allein vermieteten Räume — und hierzu gehören auch Flur, Treppen und Gänge, wenn das Haus im ganzen oder ein abgeschlossener Teil vermietet ist — erst dann vorzunehmen, wenn er von dem Mieter Mitteilung von der eingetretenen Abnutzung und der Notwendigkeit, ihr abzuhelfen, erhalten hat. Dies folgt aus § 545 und aus der Natur des Mietverhältnisses, das dem Vermieter kein Recht gibt, die vermieteten Räume zu betreten, um sich von ihrer baulichen Beschaffenheit zu überzeugen.

3. OLG. Hamburg, JDR. **6** Ziff. 4, jetzt auch OLG. **16** 417.

§§ 537, 538. Verhältnis der Rechte des Mieters aus §§ 538 und 537 (s. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 538, **2** Ziff. a zu § 537, **5** Ziff. 1 zu §§ 537, 538. **a)** *Strauß 67. Der Mieter darf, wenn er sich für das eine Recht erklärt hat, nachträglich von seiner Wahl abgehen und sich für das andere entscheiden. Dagegen hat der Mieter nicht, wie Niendorff 118 annimmt, beide Rechte nebeneinander, denn § 538 bestimmt ausdrücklich, daß der Mieter „statt" die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. **b)** Mittelstein, Miete 159 ff. Mindert der Mieter den Zins oder beansprucht er volle Befreiung davon (§ 537), so trifft ihn die Beweislast. Der § 538 gewährt dem Mieter keine facultas alternativa, sondern die Befugnis, einen über den Betrag der Zinsminderung hinausgehenden Schaden ersetzt zu verlangen (177—178). **c)** **RG.** 3. 7. 08, JW. **08** 549. Bestand das Recht eines Dritten, das dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache entzieht, schon beim Vertragsabschlusse, so kann der Mieter entweder gemäß § 537 Befreiung vom Mietzinse für die Zeit der Entziehung (Minderung der Miete) oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 538 Abs. 1) verlangen. Ob schon die Erklärung, daß er das eine Recht ausüben wolle, ihn der Befugnis beraubt, hiervon wieder abzugehen und das andere Recht geltend zu machen, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls geht er dadurch, daß das eine Recht von dem Vermieter erfüllt wird und er diese Erfüllung annimmt, des anderen Rechtes verlustig.

§ 537. 1. Fehler der Mietsache (s. JDR. **6** Ziff. 2). **a)** R. **08** 298 (Frankfurt a. M.). Ein die Tauglichkeit der Mietsache zu dem vertragsmäßigen

Gebrauch aufhebender Fehler derselben liegt darin, daß in der zum Betrieb einer Fremdenpension vermieteten Wohnung früher Unzucht getrieben worden, diese Tatsache in weitem Kreise bekannt geworden und dadurch der Betrieb der Pension, insbesondere die Vermietbarkeit der Zimmer, sehr beeinträchtigt worden ist (vgl. auch **RG.** SächsA. **10** 369, JDR. **1** Ziff. 2). **b)** **RG.** 10. 12. 07, BadRpr. **08** 84. Die Unmöglichkeit, infolge polizeilicher Untersagung auf einem Teile des verkauften Wirtschaftsgrundstücks zu wirtschaften, beruht nicht auf einem Fehler der Sache im Sinne des § 537 Abs. 1 (vgl. JDR. **6** Ziff. 3).

2. **RG.** 5. 5. 08, R. **08** 393. Weicht der vertragliche Mietzins von dem wahren Mietwert der Mieträume im mangelfreien Zustande nicht ab, so ist der Mietzins um den Betrag zu mindern, um den der Vertragsmietzins den wahren Mietwert in dem festgestellten mangelhaften Zustand übersteigt.

3. **RG.** JDR. **6** Ziff. 4, jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 985.

§ 541. **RG.** R. **08** 536. Wird die an einem See zugunsten eines Nachbargrundstücks bestehende, einem Dritten verpachtete Fischereigerechtigkeit während Bestehens des Pachtvertrags auf Betreiben des Seeeigentümers abgelöst, so ist jedenfalls dann, wenn der Ablösungsantrag bereits bei Abschluß des Pachtvertrags gestellt war, ein Fall der Gebrauchsentziehung im Sinne des § 541 gegeben.

§ 542. 1. Strucksberg, R. **08** 120. Wenn die Mietsache eine Wohnung ist, die nur einen Teil des im Mietgrundstücke befindlichen Raumes einnimmt, ist ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche nicht allein von ihrem eigenen Zustande bedingt, sondern in gewisser Weise auch von den Verhältnissen, die in den übrigen Räumen des Hauses herrschen. Es muß daher der Vermieter auch dafür einstehen, daß der vertragsmäßige Gebrauch nicht durch Einflüsse von außen her, wie Geräusche, in einem Grade beeinträchtigt wird, daß die Tauglichkeit der Wohnung zu dem vertragsmäßigen Gebrauch ausgeschlossen ist (vgl. auch JDR. **5** Ziff. II 4).

2. **RG.** 21. 2. 08, R. **08** 298. Die Auflösung des Mietverhältnisses durch Enteignung des vermieteten Grundstücks ist zwischen den Vertragsteilen als ein Fall höherer Gewalt anzusehen. Dem Vermieter wird die Erfüllung des Vertrags durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht; es kann deshalb eine Entschädigungspflicht des Vermieters dem Mieter gegenüber nicht angenommen werden (vgl. **RG. 35** 257, **29** 280).

3. OLG. **16** 422 (KG.). Rohes Benehmen des Vermieters oder des Pförtners ist Kündigungsgrund.

4. Über den Schadensersatzanspruch neben § 542 vgl. OLG. Hamburg, HansGZ. **08** Beibl. 124 wie **RG. 64** 381 ff., JDR. **6** Ziff. 1.

5. Vgl. Strucksberg, R. **08** 120, oben § 536 Ziff. I 2.

§ 544. 1. R. **08** 587 (Frankfurt). Wenn der Mieter die ungesunde Beschaffenheit der Wohnung durch eigenes Verschulden herbeigeführt hat, so ist ein Kündigungsrecht nach § 544 ausgeschlossen (vgl. **RG. 51** 213, JDR. **1** Ziff. 3).

2. OLG. **16** 422 (KG.). Der Umstand, daß eine Wohnung mit einem durchdringenden fauligen Geruche behaftet ist, dessen Ursache nicht mit voller Sicherheit aufzuklären ist, begründet die fristlose Kündigung.

3. OLG. Cöln, JDR. **6**, jetzt auch RheinA. **105** I 162.

§ 545. 1. Gegen Gumbinner, DJZ. **06** 194 (JDR. **5** Ziff. 1), *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 99—101.

2. **RG.** 19. 3. 08, **68** 161, vgl. oben § 536 Ziff. II 2.

§ 546. *Mittelstein, Miete 207. Handelt es sich um Einquartierung feindlicher Soldaten, so greift § 546 nicht Platz.

§ 547. R. **08** 363 (Cassel). Abs. 2 Satz 2 bezieht sich nicht nur auf eine von dem Mieter angebrachte Einrichtung, sondern auch auf eine von dem Vermieter ange-

brachte, aber während Bestehens des Mietverhältnisses in das Eigentum des Mieters übergegangene Einrichtung. Dies ergibt sich bei verständiger Würdigung des inneren Grundes und Zweckes der Vorschrift.

§ 548. Bezüglich der Beweislast, wenn die Mietsache beschädigt wird, vgl. unten Ziff. 2 zu § 556.

§ 549. 1. *Schneider, Untermiete (s. JDR. **1** Ziff. 1 a, **2** Ziff. 2, **6** Ziff. I). a) Konstruktion der Erlaubnis. Die Erlaubnis ist weder „Einwilligung" gemäß § 183 (so Endemann bis zur 7. Auflage, seit der 8. Auflage konstruiert er sie als einen „Verzicht auf ein Verbietungsrecht"), noch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (so Planck § 549 Anm. 2, Matthiaß I § 115 II C, Staudinger Anm. II 1 zu § 549, Örtmann Anm. 3 zu § 549, Enneccerus-Lehmann I § 262 Anm. 1; ebenso Mittelstein, Miete 250, Fuld, Mietrecht 106 Anm. 1), noch „Vertrag" (so Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 170), sondern gehört zu den Rechtsgeschäften „anderer Art" des § 143 Abs. 4 (vgl. auch Abs. 3) und soll dem Vermieter im wesentlichen nur ein Veto-Recht gegen die Untervermietung geben; es genügt deshalb, daß das Einverständnis des Vermieters mit der Untervermietung in irgendeiner Weise in die äußere Erscheinung tritt (so auch Neumann, Handausg. § 549 Anm. 4), ohne daß es gerade einer Erklärung gegenüber dem Mieter bedarf, insbesondere genügt auch Erkennbarmachung des Einverständnisses gegenüber dem Untermieter. b) Form der „Erlaubnis". α. Trifft der Mietvertrag über die Zulässigkeit der Untervermietung keine Bestimmungen, so genügt mündliche Erteilung der Erlaubnis, sei es, daß der Mietvertrag kraft Gesetzes oder kraft Parteivereinbarung der schriftlichen Form bedarf. So Örtmann § 549 Anm. 3, Brückner, Miete 78 Anm. 1, Friderici 42, aA. für den Fall genereller Erlaubnis zur Untervermietung Staudinger § 549 Anm. I 1, Borcherdt, Mietrecht 34 und Fuld 106 (vgl. auch Schubart, JDR. **1** Ziff. 1 a). β. Ist in dem Mietvertrage die Untervermietung verboten, so genügt die nachträglich auch nur mündlich erteilte Erlaubnis. So Örtmann § 549 Anm. 3, Scherer, Schuldverhältnisse § 549 Anm. 3, Dernburg II 2 § 216 VI; aA. Borcherdt 35. c) Die Weigerungsgründe des Vermieters. α. Der Vermieter braucht dem Mieter die Gründe, aus denen er die Erlaubnis zur Untervermietung verweigert, nicht anzugeben. Dagegen: die Mehrheit der Autoren Niendorff 184, Brühl 105, Fuld 107, Arnold 91, Scherer § 549 Anm. 9, Dernburg II 2 § 221 I 5. Für die hier vertretene Ansicht nur Örtmann § 549 Anm. 4 b, Neumann, Handausg. § 549 Anm. 5 b und Mittelstein 253, 254. Der praktische Unterschied der beiden Auffassungen ist lediglich der, daß der Mieter in dem einen Falle eine bestimmte, ihm vom Vermieter genannte, in dem anderen Falle eine unbestimmte Anzahl für den Vermieter möglicherweise in Betracht kommender Gründe zu prüfen hat. β. Die Ablehnung jeder Erklärung seitens des Vermieters über die Gestattung der Untervermietung auf eine allgemeine ohne Benennung eines bestimmten Untermieters erfolgende Anfrage des Mieters gibt diesem noch kein Kündigungsrecht. So Neumann, Handausg. § 549 Anm. 5 c, Mittelstein 250, Niendorff 183, Fuld 106.

2. *Mittelstein, Miete 435 ff. Der § 549 enthält nicht ein Verbot der Untervermietung, sondern der Gebrauchsüberlassung. Untermiete ist echte Miete (439). Die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung im Sinne des § 549 ist keine Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. (440). Überläßt der Mieter ohne Erlaubnis die Sache einem Dritten, so kann der Vermieter gegen den Mieter nach den §§ 550, 553 vorgehen (448—449), den Dritten (Untermieter) kann er aber nur durch die Person des Mieters treffen, insbesondere erst nach beendetem Erstmietverhältnisse (450—452). Der Vermieter kann seine Rechte aus dem Mietvertrag abtreten, der Mieter kann es erst

auf Grund einer Einigung mit dem Vermieter (461—462). Deshalb sind die Rechte des Mieters nicht pfändbar, auch nicht durch den Vermieter (462—463).

§ 551. *Strauß 97. Das Ende der Mietzeit ist niemals der letzte Tag der Vertragsdauer, sondern der diesem Tage folgende; aus der Verpflichtung des Vermieters zur Vorleistung ergibt sich, daß er die vermietete Sache auch noch den ganzen letzten Tag dem Mieter zum vertragsmäßigen Gebrauch überlassen muß und erst nach Erfüllung dieser Pflicht, also nach Ablauf des letzten Tages die Gegenleistung beanspruchen kann. Ist der erste Tag nach Beendigung des Mietverhältnisses ein gesetzlicher Feiertag, so daß der Mieter an diesem Tage nicht ausziehen kann, so hat er gleichwohl den auf diesen Tag entfallenden Mietzins zu zahlen; der Vermieter hat diesen Anspruch zwar nicht als Schadensersatzforderung, denn ein Verschulden liegt allerdings auf seiten des Mieters nicht vor, wohl aber aus ungerechtfertigter Bereicherung.

§ 553. *Brecht, JheringsJ. **54** 98 ff. War die Exmission eine kulpakausale Folge der Vertragsverletzung des Mieters, so haftet dieser auch für den Schaden des Leerstehens der Wohnung während seiner vereinbarten Mietzeit. Die gegenteilige Ansicht ist praktisch nicht brauchbar, theoretisch nicht begründet. Denn die Kündigung des § 553 ist keineswegs Rücktritt, auch nicht Rücktritt nur für die Zukunft, sondern lediglich Ablehnung weiterer Vertragserfüllung, entsprechend der Ablehnung auf Grund der Fristsetzung im Verzug und bei positiven Vertragsver-letzungen. Ob die Kündigung im einzelnen Falle dem Rücktritte gleicht, hängt davon ab, ob der Vermieter es bei ihr bewenden läßt, oder außerdem Schadensersatz fordert.

§ 554. 1. *Mittelstein, Miete 271 ff. Das Kündigungsrecht aus § 554 bleibt dem Vermieter auch im Falle der Abtretung der Zinsforderung. Solange der Doppelverzug dauert, hat der Vermieter das Recht aus § 554. Das liegt anders, wenn die Stellung des Mieters durch den Vertragsinhalt erschwert ist (276—277).

2. OLG. Cöln, RheinA. **105** I 21, RheinARV. **26** 132, NaumburgAK. **08** 74. Der Vermieter kann Schadensersatz wegen Mietausfalls nicht beanspruchen, wenn im Falle des § 554 der Mieter auf seine Kündigung hin vorzeitig auszieht.

3. PosMSchr. **08** 115 (Posen). Auch in dem Falle, daß vertraglich dem Vermieter die Kündigungsbefugnis schon beim Ausbleiben einer Mietzinsrate eingeräumt ist, findet Satz 2 — mangels gegenteiliger Vereinbarung — Anwendung (ebenso KG., JDR. **1** Ziff. 2, **5** unter a).

4. PosMSchr. **08** 115 (Posen). Der Vermieter darf dem Zahlung anbietenden Mieter nicht unter Zurückweisung des Geldes mit der Kündigung zuvorkommen.

§ 556. 1. *Schneider, Untermiete. a) Für den Rückgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter kommt von den petitorischen Klagen nicht die Klage aus § 1004 in Frage (so Neumann, Handausg. § 549 Anm. 6 a), denn der Untermieter ist im Besitze der Wohnung (vgl. § 865), sondern lediglich der Anspruch aus § 985 (vgl. OLG. **7** 17). b) Von den vielen in der Literatur unternommenen Versuchen einer Konstruktion des im § 556 Abs. 3 statuierten Anspruchs kann auch der jüngste von Romeick, Die abgeleitete Schuld (Stuttgart 1902) und Nissen, JW. **03** 202 (s. JDR. **2** Ziff. 1), nicht voll befriedigen. α. Nissen betrachtet die Gebrauchsüberlassung — insoweit in Übereinstimmung mit Romeick — nur als ein Tatbestandsmerkmal im Verpflichtungsgrunde des § 556. Ein zweites, den Verpflichtungsgrund erst vollendendes Merkmal sieht er in dem Umstande, daß der Dritte nach Beendigung des Hauptvertrags zur Rückgabe der Sache aufgefordert ist; bevor dies geschehen sei, entbehre der Anspruch nicht nur der Fälligkeit, sondern sei rechtlich überhaupt noch nicht vorhanden. — Hiergegen ist einzuwenden, daß das Gesetz für das Erfordernis einer Aufforderung des Untermieters zur Sachrückgabe nach Beendigung des Hauptmietvertrags keinen Anhalt bietet. Der Anspruch des Vermieters entsteht vielmehr ohne weiteres mit

Beendigung des Hauptmietverhältnisses, ohne daß es noch einer Handlung des Vermieters bedarf (es genügt also einfache objektive Rechtsverletzung), andererseits — und insoweit weicht die hier vertretene Ansicht auch von der Romeickschen ab — aber auch erst mit Beendigung des Hauptmietverhältnisses, so daß eine Haftung des Untermieters vor diesem Zeitpunkt etwa, wie Romeick 30 annimmt, schon von der Gebrauchsüberlassung an, nicht eintritt; für eine derart rückwirkende und den Untermieter so ungewöhnlich belastende Verhaftung bietet das Gesetz, das lediglich verhindern will, daß der Untermieter dem dem Mieter gegenüber rückforderungsberechtigten Vermieter den Besitz der Mietsache bis zur Beendigung des Untermietverhältnisses vorenthalten kann, keinen Anhalt; auch erscheint die durchaus singuläre Norm des § 556 Abs. 3 einer derart extensiven Interpretation nicht fähig. — Die Rückgabepflicht des Untermieters bemißt sich immer nach dem Vertragsrechte des Vermieters, dem Hauptmietvertrag, und es besteht zwischen der Rückgabepflicht des Mieters und der des Untermieters nur insofern ein Unterschied, als erstere, wenn auch nicht als aktuelles, so doch als potentielles Recht schon mit dem Abschlusse des Mietvertrags entsteht, während letztere erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses existent wird. β. Der Anspruch aus § 556 Abs. 3 läßt sich noch in folgender Weise konstruieren: Man geht davon aus, daß der Mieter bei Abschluß des Untermietvertrags den Vermieter in Ansehung der dem Untermieter gegen letzteren obliegenden Rückgabepflicht repräsentiert, indem man entweder die erforderliche Vollmacht des Vermieters stillschweigend unterstellt oder die Genehmigung des vom Mieter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrags in der späteren Aufforderung zur Rückgabe bzw. der Klagerhebung seitens des Vermieters sieht.

2. OLG. **17** 389 (Hamburg). In der Verpflichtung zur Rückgabe der gemieteten Sache ist die Verpflichtung zur Rückgabe in demselben Zustand, in welchem der Mieter die Sache empfangen hat, enthalten. — Die Beweislast regelt sich so, daß im Falle des Bestreitens der Vermieter beweisen muß, daß der Mieter die Sache frei von dem ihr bei der Zurückgabe anhaftenden Mangel erhalten hat, dagegen, wenn letzteres feststeht, der Mieter zu beweisen hat, daß der Mangel infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten ist.

§ 557. SeuffA. **63** 442 (Hamburg). Wenn der Kaufgegenstand nach Rückgängigmachung des Kaufes dem Käufer noch für kurze Zeit vermietet worden war, so ist der Käufer verpflichtet, den Kaufgegenstand nach Beendigung des Mietvertrags zurückzubringen, wobei Zug um Zug die Rückerstattung des Kaufpreises abzüglich des inzwischen aufgelaufenen Mietbetrags zu erfolgen hat.

§ 558. 1. *Mittelstein, Miete 294 ff. Durch § 558 wird die Frist des § 852 nicht ausgeschlossen. Der § 223 BGB. gilt auch für das Vermieterpfandrecht.

2. *Schneider, Untermiete. a) Der Untermieter ist zur Retention der Mietsache — die § 556 Abs. 2 für die praktisch bedeutsamsten Fälle übrigens ausschließt — lediglich wegen seiner eigenen Ersatzansprüche berechtigt, nicht auch (so Örtmann § 556 Anm. 3) wegen der ersatzfähigen Verwendungen des Mieters. b) Der nicht unmittelbar besitzende Mieter hat wegen seiner Ersatzansprüche nur den Weg der Klage (aA. Nissen, JW. **03** 224 unter 7).

§ 559. I 1. *Mittelstein, Miete 366 ff. Einbringung von Sachen ist ein tatsächlicher Vorgang, der aber als solcher vom Mieter gewollt sein muß, weshalb ein geschäftsunfähiger Mieter nicht einbringen kann. Einstellen von Sachen ist kein Einbringen. Die Versicherungsgelder für eingebrachte, verbrannte Sachen treten nicht an deren Stelle als Haftungsgegenstand (372). Der gute Glaube des Vermieters schafft ihm kein Pfandrecht an eingebrachten Sachen, welche nicht dem Mieter gehören (374—375). An Sachen des Mieters, an welchen dieser ein auflösend bedingtes Eigentum hat, entsteht ein vollwirksames Vermieterpfandrecht, nicht dagegen bei aufschiebend bedingtem Eigentume (375—376). Sachen, welche unter

§ 812 ZPO. fallen, unterliegen dem Vermieterpfandrechte (378). Für die Frage, ob eine Entschädigungsforderung künftig ist und welcher Zins für das laufende und das nächstfolgende Vierteljahr gilt (§ 559), entscheidet der Zeitpunkt, in welchem das Vermieterpfandrecht zuerst geltend gemacht wird (383—384). Durch die Abwendung der Geltendmachung des Pfandrechts erlischt dieses noch nicht (392). Die Entfernung von Sachen durch den Gerichtsvollzieher im Wege der Pfändung fällt nicht unter § 560 (397—398). Ein Saisonausverkauf fällt regelmäßig unter § 560 Satz 2, ein Totalausverkauf nicht (400). — Das Sperrecht (Perklusionsrecht) ist ein Ausfluß des Pfandrechts; es ist kein Zurückbehaltungsrecht, sondern gestattet nur das Zurückhalten solcher dem Pfandrecht unterliegender Illaten, deren Entfernung der Vermieter widersprechen kann (403—404). Das Sperrecht ist einer Ausdehnung nicht fähig; der Mieter kann sich nur obligatorisch verpflichten, eine weitergehende Selbsthilfe des Vermieters zu dulden (408—409). Der Anspruch aus § 561 Abs. 2 geht gegen den Besitzer (413); daneben kann ein Anspruch aus § 823 oder wegen Vertragsverletzung bestehen (419—420). Die Ausschlußfrist des § 561 Abs. 2 Satz 2 gilt nicht gegenüber einer Pfändung (416—417). Über den Rang eines alten und neuen Vermieterpfandrechts entscheidet, ohne Rücksicht auf guten Glauben, die Zeit der Entstehung des Pfandrechts (418). Auch im Falle des § 563 entscheidet für die Berechnung des laufenden Mietjahrs der Zeitpunkt der Geltendmachung des Vorzugsrechts (429—430). Ist das Vorzugsrecht erloschen durch Auskehrung des Erlöses an den pfändenden Gläubiger, so hat der Vermieter keinen Bereicherungsanspruch (433—435).

2. *Strauß 141. a) Das Pfandrecht des Vermieters entsteht mit dem Augenblick, in dem die Sachen in das Grundstück des Vermieters, z. B. in den Hof, eingebracht sind; nicht erforderlich ist, daß sie sich in den gemieteten Räumen befinden (aM. Meikel, JDR. 3 Ziff. 1 a).

Eine künftige Forderung des Vermieters im Sinne des § 559 ist eine solche die zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts noch nicht besteht, nicht dagegen eine solche, die zwar bereits entstanden ist, aber erst in Zukunft fällig wird (vgl. auch **RG. 54** 301 ff., JDR. 2 Ziff. II 1).

2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 190. Es genügt zur Entstehung des Pfandrechts, daß der Mieter die Verfügungsbefugnis über die eingebrachte Sache hat. — Darüber, wie es sich verhält, wenn der Mieter zwar Eigentum hat, aber bedingtes (§ 161), oder einem Veräußerungsverbot unterliegt, wie z. B. die Ehefrau (§ 1395), vgl. oben zu § 135.

3. Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetze 16 ff. Ist der Mieter bei dem Einzuge geschäftsunfähig, so entsteht kein Pfandrecht, weil das Einziehen die Erfüllung des Pfandvertrags bildet, und der Mieter zu dieser Zeit nicht mehr Verfügungen mit Rechtswirksamkeit treffen kann. Das Entstehen des Pfandrechts kann auch dadurch verhindert werden, daß eine dahingehende Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter getroffen wird. Da für dieses Pfandrecht auch noch die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung zu finden haben, so ist jedenfalls hier ein Rechtsgeschäft vorhanden, denn es liegt eine — nicht aus Worten bestehende — Willenserklärung vor, welche die ihr entsprechende Rechtswirkung nach sich zieht, das Charakteristische des Rechtsgeschäfts. Dagegen verneint Oertmann, BGB. (2) 512 Note 3 a δ die Eigenschaft eines Rechtsgeschäfts, weil es gleichgültig sei, ob und welche Wirkungen der Einbringende sich als damit verbunden vorstellt.

4. a) Schulz, DJZ. **08** 960. Ein Vermieterpfandrecht entsteht auch an aufschiebend bedingtem Eigentume des Mieters. Hat der Vermieter eine dem Mieter verkaufte und vom Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt übergebene Sache kraft

seines Vermieterpfandrechts in Besitz genommen, und verlangt der Verkäufer Herausgabe derselben, so steht dem Vermieter das Recht zu, den Verkäufer durch Zahlung des Restkaufpreises zu befriedigen und damit das bedingte Eigentum des Mieters zu einem unbedingten zu machen. Lehnt der Verkäufer die Annahme des Kaufpreises ab, so kommt § 162 zur Anwendung; der Mieter erwirbt unbedingtes Eigentum ebenso wie wenn der Verkäufer den Kaufpreis angenommen hätte, womit das Pfandrecht des Vermieters erstarkt. Es kommt nicht darauf an, ob die Zahlung der Restkaufsumme oder ihr Angebot vor oder nach Beendigung der Mietzeit erfolgte, denn entstanden war das Pfandrecht bereits während der Mietzeit. **b)** *Fromherz, Pfändung beim Möbelleihvertrage, BuschsZ. **38** 49 ff., DJZ. **08** 1398. Bei Leihmöbeln, die gepfändet werden, bewirkt die Restzahlung gleichzeitiges Entstehen des gesetzlichen und des Pfändungspfandrechts: Teilung des Erlöses nach Verhältnis der Forderungen. Anspruchspfändung sichert den Vorrang (vgl. zu § 857 ZPO.). ➠ Ohne Anspruchspfändung hat auch der Vermieter kein Recht auf Restzahlung (§ 267 BGB.; vgl. gegen Schulz, DJZ. **08** 960 die Entsch. des KG., OLG. **16** 429, (unten Ziff. II 1) und **RG. 60** 70, JW. **05** 168), denn er hat gegen den Eigentümer kein Ablösungsrecht entsprechend §§ 1249, 268 BGB. ⟵

II. Aus der Praxis. 1. R. **08** 466, OLG. **16** 429 (KG.). Der Vermieter kann nicht den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers gegenüber dem Mieter an eingebrachten Sachen durch Zahlung der Restschuld beseitigen.

2. RheinA. **105** I 67 (Düsseldorf). Indem das Gesetz das Eigentum des Mieters als Tatbestandsmerkmal für die Entstehung des Vermieterpfandrechts aufstellt, entscheidet es über die Beweispflicht zum Nachteile dessen, der seinen Anspruch auf dieses Pfandrecht stützt (ebenso Siber, Pfandrecht des Verpächters 65; aM. Francke, JDR. **6** Ziff. I 2).

3. PosMSchr. **08** 130 (LG. Tilsit). Das gesetzliche Vermieterpfandrecht an den zum Frauengute gehörigen Sachen ist, wenn der Mietvertrag von der Frau ohne Zustimmung des Mannes geschlossen ist, diesem gegenüber unwirksam. Ebenso Planck Note 4 zu § 1399; aM. Dernburg, BGB. IV 152 Anm. 1.

§ 560. Entfernung von Sachen durch Pfändung des Gerichtsvollziehers (s. JDR. **5** Ziff. I 1, **4** und **2** Ziff. 1 a, **1** zu § 560). OLG. Dresden, SeuffA. **63** 269, DJZ. **08** 1408, SächsRpflA. **08** 339 ff., KGBl. **08** 104, nimmt an, daß das Pfandrecht des Vermieters durch Pfändung und Wegschaffung der Sachen seitens des Gerichtsvollziehers nicht erlösche. Gegenüber Boethke, JDR. **5** Ziff. I 1, der davon ausgeht, daß der Widerspruch des § 805 ZPO. mit dem des § 560 BGB. nicht identisch sei, wird ausgeführt: Durch § 805 ZPO. soll, um eine Hemmung der Zwangsvollstreckung zu verhüten, gerade der im § 560 BGB. vorgesehene Widerspruch ausgeschlossen werden. Danach ist § 805 dahin zu verstehen, daß im Falle der Pfändung der in den §§ 560, 561 erwähnte Widerspruch unzulässig sei.

§ 561. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 (s. JDR. **1** Ziff. 4 a, **2**, **3**, **4** Ziff. 2, **5** u. **6** Ziff. I). 1. *Reichel, JheringsJ. **53** 119. Die Unterlassung des (ohnmächtigen! § 805 ZPO.) Widerspruchs gegen Pfändung und Wegschaffung der vom Mieter eingebrachten Sachen beraubt den Vermieter seines Vermieterpfandrechts nicht. Die Anwendung des § 561 Abs. 2 Satz 2 setzt das Bestehen des im Satz 1 ebenda vorgesehenen Rechtes voraus.

2. **a)** Das KG. hat am 21. 10. 08 (KGBl. **08** 96) im Gegensatze zu einer früheren Entscheidung (OLG. **5** 370) die Frage, ob die einmonatige Ausschlußfrist des Abs. 2 Satz 2 auch auf den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO. Anwendung findet, verneint. Ebenso OLG. Dresden, DJZ. **08** 1408 (s. oben zu § 560). **b)** Das LG. I Berlin (KGBl. **08** 30) hatte in einer anderen Sache die Frage, ob die Ansprüche des Vermieters gegen den Pfandgläubiger an die einmonatige

Frist des § 561 Abs. 2 geknüpft sind, unentschieden gelassen, da dem Vermieter ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach der Auszahlung des Versteigerungserlöses der Jllaten des Mieters an dessen Gläubiger im Wege der Bereicherungsklage um deswillen nicht zustehe, weil der Versteigerungserlös jedenfalls nicht ohne rechtlichen Grund erlangt sei.

3. OLG. Düsseldorf, JDR. **6** Ziff. II 1, jetzt auch OLG. **17** 5.

§ 563. *Strauß 147. Wird eine dem Pfandrechte des Vermieters unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so geht das Vermieterpfandrecht nicht nur für den rückständigen Mietzins des letzten Jahres, sondern auch für das laufende und für das fällige Jahr dem Gläubigerpfandrechte vor. Die Frist zur Berechnung der beiden Jahre läuft aber nicht, wie das OLG. Karlsruhe, DJZ. **02** 372, annimmt, von dem Zeitpunkte der Pfändung an; maßgebend ist vielmehr derjenige Zeitpunkt, in dem das Pfandrecht geltend gemacht wird; dies um deswillen, weil die Pfändung durch den Gläubiger meistens ohne Wissen des Vermieters erfolgt und dieser von ihrem Bestehen erst durch die Geltendmachung des Pfandrechts seitens des pfändenden Gläubigers Kenntnis erhält.

§ 564. 1. *Mittelstein, Miete 312 ff. Die Kündigung muß bestimmt sein; sie braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen; sie darf nicht bedingt sein; sie bedarf der Angabe eines Grundes nicht. Eine Kündigung kann auch an einem Feiertag erfolgen (323). Eine verfrühte Kündigung (auf einen zu frühen Termin) ist wirkungslos (325), eine frühzeitige wirkungsvoll (322—323). Die Kündigungsbedingungen können für die Parteien verschieden sein (331), monatliche Kündigung bedeutet im Zweifel, daß das Mietverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist eines vollen Kalendermonats beendigt werden kann und zwar, wenn der Zins nach Monaten oder kleineren Zeitabschnitten bestimmt ist, auf den Schluß eines Miet- (nicht Kalender-)Monats. „Vierteljährliche Kündigung" bedeutet im Zweifel Kündigung auf die gesetzlichen Termine unter Einhaltung der Frist eines vollen Kalendervierteljahrs (335—336).

2. **RG.** JW. **08** 270 f. führt aus, daß die Bezeichnung eines zeitlichen Endpunkts nicht für einen wesentlichen Bestandteil jeder Kündigung zu halten sei, und daß eine verfrühte Klage bei kündbaren Rechtsverhältnissen zugleich als Kündigung wirke.

3. ElsLothJZ. **08** 632 (Colmar). Die Kündigung eines Mietvertrags bleibt wirksam, wenn auch der darin angegebene Grund nicht richtig ist, ein anderer begründeter aber schon damals bestand.

§ 565. 1. **a)** Hölder, R. **08** 16, wendet sich gegen **RG. 64** 270, JDR. **6** Ziff. 1, das die Frage der Bemessung der Vergütung nach diesen oder jenen Zeitabschnitten lediglich als eine Frage der Fassung des eingegangenen Vertrags behandelt, indem er darauf hinweist, daß im Leben nicht unterschieden werde zwischen einem monatlich zu zahlenden Jahreslohne von 1200 M. und einem Monatslohne von 100 M. **b)** Brückner, R. **08** 202, stimmt **RG. 64** 270 zu.

2. *Strauß 122. Vor Beginn des Mietverhältnisses kann nicht gekündigt werden; wer im Dezember einen Mietvertrag, der erst am 1. April in Kraft treten soll, mit $^1/_4$ jährlicher Kündigungsfrist abschließt, darf nicht schon am 1. Januar auf den 1. April kündigen. Die gegenteilige Ansicht von Fürst, R. **05** 589, JDR. **4**, ist deshalb irrig, weil sonst der Kündigende in der Lage wäre, den Vertrag durch seine Kündigung einseitig wieder aufzuheben.

3. Kraus, BayRpflZ. **08** 179. Daraus, daß im § 565 Abs. 4 für die Fälle der vorzeitigen Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen Frist nur die Vorschriften des Abs. 1 Satz 1 und des Abs. 2 angeführt sind, muß gefolgert werden, daß hier unter gesetzlicher Frist bei Grundstücken nur die im Abs. 1 Satz 1 enthaltene vierteljährige, bei beweglichen Sachen nur die im Abs. 2 enthaltene dreitägige Frist verstanden werden kann.

4. Hölder, R. **08** 19. Bei späterer Vereinbarung monatlicher Vorausbezahlung des Mietzinses, anstatt des ursprünglich bestimmten vierteljährlichen, versteht es sich nicht von selbst, daß die spätere Verkürzung der Zinsperiode eine geringere Dauerhaftigkeit des Mietverhältnisses begründen sollte. Ist die monatliche Vorausbezahlung auf Bitte des Schuldners bewilligt, so ist anzunehmen, daß diese nicht mehr bezweckt hat als eine Erleichterung des Schuldners, daß sie also an der durch den ursprünglichen Inhalt des Vertrags gegebenen Bestimmung der Zeit, zu der gekündigt werden kann, nichts geändert hat.

5. SeuffBl. **08** 254 (München). Bei Vereinbarung einer monatlichen Kündigung kann an jedem beliebigen Tage für den gleichen Tag des nächsten Monats gekündigt werden; denn aus dem Gesetze kann eine Analogie dafür, daß unter einer monatlichen Kündigung eine solche vom ersten zum ersten des Monats zu verstehen sei, nicht entnommen werden.

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend oder eine Auslegungsregel? (s. JDR. **3** u. **4** Ziff. 4 b, **5** u. **6** Ziff. 1). **a)** *Reichel, AZivPr. **104** 62 ff., bekämpft die Auffassung, ein der Form des Abs. 1 ermangelnder Mietvertrag sei seinem vollen Inhalte nach ungültig, wenn anzunehmen sei, daß die Parteien den Vertrag auf ein Jahr nicht geschlossen haben würden (§ 139). Denn ein „teilweise" nichtiges Rechtsgeschäft liegt hier nicht vor; im übrigen ist § 566 Abs. 2 zwingenden Rechtes und würde dem § 139 schon als lex specialis derogieren. **b)** *Mittelstein, Miete 96 ff. Der § 566 enthält eine zwingende Vorschrift, durch welche der Wille der Parteien kraft Gesetz geändert wird; daneben greift § 139 nicht Platz. Ist die Schriftform nicht vereinbart, so kann nicht schon mit Rücksicht auf den § 566 die Ausfertigung eines schriftlichen Vertrags gefordert werden (98), wohl aber dann, wenn der Mietvertrag mündlich geschlossen und Schriftform vereinbart war (103—104). **c)** OLG. Braunschweig, R. **08** 84, hält Satz 2 nicht für zwingend.

2. *Strauß 130. Als „Schluß des ersten Jahres" gilt nicht der Schluß des Kalendervierteljahrs, in welchem das erste Mietjahr endigt, vielmehr soll der Vertrag nach dem klaren Wortlaute des § 566 im Falle der Kündigung gerade ein ganzes Jahr dauern, so daß als Schluß des 1. Jahres nur das Ende des Mietjahrs in Betracht kommt. Auf § 565 wird im § 566 nicht verwiesen (vgl. Michels, JDR. **4** Ziff. 3).

3. Form des Vorvertrags (s. JDR. **1** Ziff. 1, **2**, **5** Ziff. 3). **a)** *Mittelstein, SeuffBl. **08** 523, Miete 89. Da bei dem Vorvertrag über eine Miete nicht ein Mietverhältnis vorliegt, welches den Erwerber berührt, so ist kein Grund gegeben, der Ausnahmevorschrift des § 566 zu entnehmen, daß sie auch für den Vorvertrag gilt. Ebenso Planck zu § 566 Note 3 aE.; aM. die herrschende Ansicht. **b)** HansGZ. **08** Beibl. 121 (Hamburg) erachtet eine besondere zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend die Errichtung einer Vertragsurkunde über einen mündlich geschlossenen Mietvertrag für rechtsverbindlich, so daß aus ihr auf Errichtung des schriftlichen Vertrags geklagt werden kann.

4. **RG.** R. **08** 390, JW. **08** 446. Ist bei der mündlichen Verabredung eines auf mehrere Jahre berechneten Mietvertrags schriftliche Beurkundung vereinbart worden, damit dessen teilweise Ungültigkeit, wie sie § 566 für bloß mündliche Verträge über Grundstücke bestimmt, vermieden werde, so hat eine bloß mündlich zustande gekommene Einigung über den Vertragsinhalt überhaupt noch keine bindende Kraft, auch nicht in der von § 566 zugelassenen Beschränkung, denn deren Anwendung hat zur Voraussetzung, daß die Parteien durch den mündlichen Vertrag gebunden sein wollen.

5. **RG.** 3. 1. 08, BadRpr. **08** 85, JW. **08** 105, GruchotsBeitr. **52** 927. § 566 kann keine Anwendung finden, wenn die Parteien nur einen schriftlichen Mietvertrag schließen wollten, dieser aber wegen Nichtbeobachtung der Erfordernisse eines solchen

nicht zustande gekommen ist (vgl. Planck [3] II § 566 Bem. 3 Abs. 2, Brückner, Miete [2] 39).

6. **RG.** 15. 11. 07, GruchotsBeitr. **52** 1044. Gegenüber der Berufung auf die Klausel eines schriftlichen Mietvertrags, daß alle Änderungen schriftlich abgefaßt werden müßten, greift die Einrede der Arglist dann Platz, wenn der sich auf diesen Passus Berufende selbst an dem Unterbleiben der schriftlichen Abfassung der Abänderung schuld ist.

§ 569. 1. BayRpflZ. **08** 90, OLG. **17** 14 (Augsburg). Das Kündigungsrecht des § 569 steht dem Testamentsvollstrecker nicht zu, weil dieses sich im Nachlasse nicht vorfindet, sondern erst in der Person des Erben entsteht.

2. R. **08** 263 (Stuttgart). Bei mehrjähriger Mietdauer ist durch eine schriftliche Klausel des Inhalts, daß „die Kontrahenten den Mietvertrag für sich und ihre Rechtsnachfolger anerkennen", nicht in zweifelsfreier Weise zum Ausdrucke gebracht, daß das im § 569 zugunsten des Erben vorgesehene Kündigungsrecht ausgeschlossen sein solle. Andererseits ist, wenn erweislichermaßen die Parteien diesen Sinn mit den angeführten Worten verbinden wollten, die Schriftform gewahrt.

3. SchlHolstAnz. **08** 329 (Kiel). Das Recht der Erben, einen vom Erblasser geschlossenen Mietvertrag auf Grund des § 569 zu kündigen, geht dadurch nicht verloren, daß sie die Kündigung für den ersten zulässigen Termin versäumt haben, wenn für sie eine tatsächliche Unmöglichkeit bestanden hat, zu diesem Termine zu kündigen (vgl. Erman, DJZ. **04** 683, JDR. **3** zu §§ 569, 571).

§ 570. 1. a) *Strauß, Miete 126. Die Eigenschaft als Militärperson, Lehrer, Beamter muß dem Mieter zur Zeit des Vertragsabschlusses zugestanden haben; es genügt nicht, daß er sie erst später erwirbt (vgl. JDR. **5** u. **6** Ziff. 1). **b)** Mittelstein, Miete 350 ff. Die Berufung eines reichsdeutschen Professors an eine deutsche Universität in Österreich oder der Schweiz fällt unter § 570. — Haben Eheleute gemietet, so gibt die Versetzung des Mannes auch der Frau das Recht aus § 570. — Der § 570 gilt nur für Beamte, die schon als solche gemietet hatten (354).

2. Begriff der Versetzung (s. JDR. **2** Ziff. 1 b u. 3 c, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 3, **6** Ziff. 4). OLG. **17** 14 (KG.). Die Übertragung eines Amtes an einen Beamten, das nur den Charakter eines jederzeit widerruflichen Kommissoriums trägt, seitens einer ihm bisher nicht vorgesetzten Behörde und die für dessen Übernahme durch ihn seitens der vorgesetzten Behörde erfolgende Entbindung und Beurlaubung von dem bisherigen Amte auf bestimmte Zeit, ist keine Versetzung.

§ 571. 1. *Mittelstein, Miete 464 ff. Die Überlassung des Grundstücks im Sinne des § 571 ist nicht gleich dem Besitze des Grundstücks, sondern bedeutet eine derartige Zurverfügungstellung, daß daraufhin die Übernahme durch den Mieter ohne weiteres erfolgen kann. Damit §§ 571 ff. Anwendung finden, muß auf Grund eines Veräußerungsgeschäfts (475) des Vermieters (477) das Eigentum übergehen. Dann tritt kraft Gesetzes der Erwerber zwar nicht in das Mietverhältnis ein, aber Erwerber und Mieter werden so behandelt, wie wenn sie jetzt ein Mietverhältnis vom Inhalte des alten eingegangen wären (479—481). Der (alte) Mietvertrag ist damit nicht aufgehoben (483). Der Vermieter behält für frühere Forderungen das Pfandrecht; der Erwerber erhält es für die seit dem Eigentumswechsel fällig werdenden Forderungen; ihr Pfandrecht hat gleichen Rang (496).

2. *Bendix, ABürgR. **32** 255. Miete und Pacht sind keine dinglichen Rechte, auch keine Zustandsobligationen. § 571 BGB. enthält eine strikt auszulegende Sondervorschrift. Unter Veräußerung ist auch der notwendig zugunsten des Fiskus wirkende Verzicht und dessen darauf folgende Aneignung gemäß § 928 BGB. zu verstehen.

3. **RG.** 22. 1. 08, **68** 12. Bei dem Eintritte des neuen Eigentümers in das Mietverhältnis findet nicht eine Nachfolge in den Rechten- und Pflichtenkreis des Veräußerers statt, vielmehr entstehen in der Person des neuen Erwerbers gleiche Rechte

und Pflichten in bezug auf das Mietverhältnis unmittelbar kraft Gesetzes, unabhängig von der Rechtsstellung des Vorgängers, lediglich aus dem Eigentum. Auch die einzelnen Mietzinsforderungen entstehen, soweit ihre Fälligkeit in die Zeit nach dem Übergange des Eigentums fällt, neu in der Person des jetzigen Eigentümers.

4. OLG. **17** 393 (Celle). § 571 kann bezüglich der Rechtsverhältnisse gegenüber den Mietern nicht abgeändert werden, dagegen liegt kein Grund vor, weshalb zwischen Ersteher und Veräußerer ein vom § 571 abweichendes Rechtsverhältnis nicht sollte vereinbart werden können.

5. R. **08** 378 f. (Cassel). Demjenigen gegenüber, der im Zwangsversteigerungsverfahren durch Zuschlag mit dem versteigerten Hause auch die zu dem Hause gehörenden Zubehörstücke als Eigentum erworben hat, kann ein Dritter, der in dem Konkursverfahren über das Vermögen des früheren Eigentümers des Hauses und der Zubehörstücke während des Zwangsversteigerungsverfahrens das Haus gemietet und alsdann die Zubehörstücke gekauft und überliefert erhalten, aber in dem Hause belassen hat, nach Beendigung des Mietverhältnisses die Herausgabe der Zubehörstücke nicht auf Grund des § 57 ZVG. und der §§ 571, 547 Abs. 2 Satz 2 BGB. verweigern. Der Ersteher eines Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren tritt in die aus einem bezüglich dieses Grundstücks bestehenden Mietverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen nur insoweit ein, als diese Verpflichtungen sich nicht selbst durch den Zuschlag, der seinen Eintritt herbeiführt, ändern, also nur insoweit, als sie noch nach dem Zuschlage fortbestehen (vgl. R. **04** 579 [Braunschweig] u. JDR. 3 Ziff. 3).

§ 573. 1. *Reichel, BuschsZ. **38** 248 ff. Trotz vorliegender Mietzinspfändung können die Mietparteien das Mietverhältnis jederzeit aufkündigen oder sonst auflösen. Wird der Mietzins gesteigert, so fallen auch die Mehrzinsen an den Pfandgläubiger. Herabsetzung des Mietzinses bleibt dem Vermieter unverwehrt. — Wird der Mietvertrag aufgelöst, aber alsbald unter den früheren Bedingungen das Mietverhältnis wieder aufgenommen, so bleibt das Pfandrecht unberührt. Aufhebung des Mietvertrags und Neubegründung des Mietverhältnisses, die nur zu dem Zwecke, den Pfandgläubiger um sein Recht zu bringen, erfolgen, sind unzulässig und dem Pfandgläubiger gegenüber unwirksam. Das gegenteilige Erkenntnis des OLG. München, BayRpflZ. **07** 23 (vgl. JDR. **6** Ziff. 2) erscheint bedenklich.

2. Bezieht sich § 573 auch auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen? (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** zu § 573, **3** Ziff. I 2, **4**, **5** Ziff. 1). *Reichel, BuschsZ. **38** 250 ff., polemisiert gegen die herrschende Meinung, wonach Mietzinspfändungen im Hinblick auf § 573 der rechtsgeschäftlichen Verfügung über den Mietzinsanspruch gleichzustellen sind. Er betont demgegenüber: „Da, wo einer rechtsgeschäftlichen Verfügung, welche Verfügungseffekt erzielen soll, trotz mangelnden oder mangelhaften Verfügungsrechts des Verfügenden, die im Zwangsweg erfolgte Verfügung gleichgesetzt werden soll, hebt das Gesetz dies stets ausdrücklich hervor.“ Im § 573 fehlt solcher Hinweis; auch fehlt jeder innere Grund, ihn in das Gesetz hineinzulesen. § 573 schützt nur den rechtsgeschäftlichen Verkehr.

§ 576. Vgl. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht 60 f.

II. Pacht.

§ 581. 1. Pacht und ähnliche Verträge (s. JDR. **1** u. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** u. **6** Ziff. 4). **a)** **RG.** JW. **08** 757, R. **08** 657 f. Die Pacht beschränkt sich nicht wie die Miete auf Sachen im Sinne des BGB., sondern umfaßt auch unkörperliche Dinge, sofern sie einen Ertrag gewähren. So kann der Handels- oder Gewerbebetrieb Gegenstand einer Verpachtung sein. Ebenso kann auch ein Teil

eines Gewerbebetriebs, ein bestimmter Zweig eines Unternehmens Pachtobjekt sein, wenn er sich vom Hauptbetrieb als besonderer Gegenstand der Nutzung trennen und selbständig machen läßt. So kann das mit einem Zeitungsverlage verknüpfte Inseratengeschäft zum Gegenstand eines Pachtvertrags gemacht werden. Behält hierbei der Zeitungsverleger die Drucklegung der Inserate, so liegen hierin allerdings auch die Merkmale eines Werkvertrags; allein dieser Werkvertrag hat gegenüber der Überlassung des Inseratengeschäfts als der Hauptsache keine selbständige Bedeutung. **b)** **RG.** R. **08** 228. Hat der Besitzer eines Schleif- und Polierwerkes es übernommen, auf seinem Werke auf eine bestimmte Reihe von Jahren lediglich die Veredelung der ihm von einer anderen Firma zu liefernden Rohgläser unter näher festgesetzten Bedingungen vorzunehmen, so liegt, wenn nicht eine Gebrauchsüberlassung des Schleifwerkes an die andere Firma beabsichtigt war, kein Pachtvertrag, sondern nur ein Werkvertrag vor, auch wenn der Vertrag von den Vertragschließenden als Pachtvertrag bezeichnet worden ist.

2. Jagdpachtvertrag (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 3). **RG.** R. **08** 394. Auf die Jagdpacht kann die Bestimmung des § 571, wonach bei der Veräußerung eines verpachteten Grundstücks der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Veräußerers dem Pächter gegenüber eintritt, nicht angewendet werden.

3. Abs. 2. **a)** OLG. **17** 16 (Cassel). Ein Abkommen, welches den Verpächter verpflichtet, das beim Abgange des Pächters vorhandene Inventar desselben unter gewissen Bedingungen zu übernehmen, enthält einen Kaufvertrag und gehört deshalb nicht zu den sich aus dem Pachtverhältnis ergebenden Rechten und Verpflichtungen im Sinne der §§ 571 Abs. 1, 581 Abs. 2. **b)** SächsOLG. **29** 241 über Verschlechterung des erpachteten Grundstücks durch minderwertige Aussaat zur Zeit der Beendigung des Pachtverhältnisses.

§ 591. OLG. **17** 23 (Marienwerder). Die Verpflichtung des Pächters aus § 591 ändert sich nicht infolge der durch Verschulden des Verpächters verzögerten Rückgabe.

Vierter Titel. Leihe.

Vorbemerkung: Eine Abgrenzung der sog. Gefälligkeitsverträge einerseits von den Vertragstypen des BGB., andererseits von den außerhalb der Rechtsordnung liegenden Gefälligkeitsakten rein tatsächlicher Natur wird durch v. Blume versucht.

Literatur: v. Blume, Das RG. und die Gefälligkeitsverträge, R. **08** 650.

§ 598. I. v. Blume, R. **08** 650. Von der Leihe verschieden sind die sog. reinen Gefälligkeitsverträge. Durch sie nimmt jemand eine Leistung auf sich, ohne sich dazu zu verpflichten. Sie haben zugunsten des Empfängers nur die Wirkung, sein Handeln rechtmäßig zu machen und zugleich der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt. Ein solcher Vertrag liegt z. B. vor, wenn dem geladenen Gaste Eßgeräte zur Verfügung gestellt werden, wenn der Gast seinen Mantel auf den Vorplatz des Gastgebers hängt, wenn ein Verschönerungsverein Bänke „zur Benutzung durch das Publikum" aufstellt. Derartige Vorgänge liegen nicht außerhalb der Rechtssphäre; denn sie haben rechtliche Wirkungen.

II. Rechtsprechung. **a)** Sackleihe oder Sackverkauf? LeipzZ. **08** 320 (Colmar). Die Fakturenklausel, daß die Säcke einer Lieferung binnen 3 Monaten nach ihrer Absendung zurückzusenden sind und nach Ablauf dieser Frist mit einem bestimmten Preise für das Stück fakturiert werden, enthält zweierlei: die nähere Bestimmung der Modalitäten der Rückgabe, insbes. die Bestimmung der Dauer der Leihe auf längstens 3 Monate (§ 604 Abs. 1), und das Anerbieten des Lieferanten, die Säcke dem Entleiher darüber hinaus zu belassen, wenn er sie zum

Fakturenpreis ankaufe. Wird dies Anerbieten vom Entleiher durch schlüssige Handlungen angenommen, so kann der Verleiher im Konkurse des Entleihers nicht mehr auf den ihm aus der Leihe erwachsenen Herausgabeanspruch zurückgreifen, sondern ist lediglich auf seine Kaufpreisforderung als Konkursforderung beschränkt. **b)** Mustersendung kein Leihvertrag vgl. § 604.

§ 601. *Klein, ÖstZBl. **08** 120. Ist der Entleiher gezwungen, außergewöhnliche Unkosten zur Erhaltung der geliehenen Sache aufzuwenden, so hat er den Verleiher hiervon unverzüglich zu benachrichtigen.

§ 604. Erfüllungsort. SeuffA. **63** 394, R. **08** II Ziff. 1359 (Braunschweig). Der Grundsatz, daß der Entleiher die Sache nach gemachtem Gebrauche dem Verleiher an dessen Wohnsitz zurückzuliefern hat, ist unanwendbar für Rücklieferung von Mustern, nach denen der Empfänger bestellen sollte und deren Übersendung daher gerade den Interessen des Unternehmers diente. Der Empfänger genügt hier seiner Rückgewährspflicht schon, wenn er die Muster an seinem Wohnort ordnungsgemäß zur Post gibt.

§ 606. Kurze Verjährungsfrist auch für den Deliktsanspruch. **RG. 66** 364, JDR. **6** § 606, auch SeuffA. **63** 363.

Fünfter Titel. Darlehen.

Vorbemerkung: Das Ergebnis des Berichtsjahrs ist im Vergleiche mit dem Vorjahre wenig erheblich. Nur beiläufig gibt Brütt in seiner „abstrakten Forderung", über die unten zum 20. Titel näher berichtet ist, einige Ausführungen über die Konsensual- und Realnatur des Darlehens. Die Abtretung des Anspruchs auf Darlehnsgewährung ist vom RG., nachdem sie bisher (JDR. **6** § 399 Ziff. 3) nur als Ausnahme anerkannt war, jetzt grundsätzlich mit der Wirkung zugelassen, daß der Zedent durch Hingabe der Valuta an den Zessionar Darlehnsschuldner des Zahlenden wird. Für die Kündigung ist die Angabe eines bestimmten Zahlungstermins nicht für erforderlich erklärt (§ 609 Ziff. I a). Praktisch bedeutsam ist die Entsch. des OLG. Dresden (§ 610 Ziff. 3 a), daß § 610 beim hypothekarischen Darlehen meist unanwendbar ist.

Literatur: Constantin, l. 9 § 9 und l. 10 D. XII, 1 im Streite über depositum irregulare und Darlehen (Diss.). Berlin 1908. (Vgl. unten bei § 700.) — Kaufmann, Die Klausel rebus sic stantibus (Diss.). Heidelberg 1907.

§ 607. I. Darlehen und Darlehnsversprechen (s. auch JDR. **6** zu §§ 607 ff.). 1. Allgemeines. Brütt, Abstrakte Forderung 17 ff. Das Darlehen kann Real- und Konsensualvertrag sein. Schon das Versprechen, ein Darlehen zu geben oder in Empfang zu nehmen, ist kein bloßer Vorvertrag, sondern das konsensuale Darlehen selber. Die Hingabe und der Empfang der Valuta kennzeichnen sich als Erfüllung einer bereits bestehenden Darlehnsverpflichtung. Der Anspruch des Darleihers auf Rückzahlung des Kapitals entsteht zwar erst mit Auszahlung der Valuta, und insofern kann man sagen, daß durch diese Zuwendung nicht nur der Anspruch des Kreditsuchenden gegen den Kapitalisten getilgt, sondern auch die Rückgabepflicht des Empfängers re hervorgerufen wird. Ganz analoge Grundsätze gelten aber z. B. bei der Miete, deren konsensuale Natur bisher nicht in Frage gestellt ist. Denn auch hier entsteht der Anspruch auf Rückgabe der vermieteten Sache erst mit deren Hingabe.

2. Abtretbarkeit, Aufrechenbarkeit des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando. **a) RG. 68** 355, JW. **08** 449, SchlHolst. Anz. **08** 251 (s. o. § 399 Ziff. 3 a). Der Anspruch aus einem pactum de mutuo dando kann mit der Wirkung abgetreten werden, daß durch Auszahlung an den Zessionar der Zedent Darlehnsschuldner des Zahlenden werde; in solcher Abtretung liegt zugleich die Ermächtigung des Zessionars, die Auszahlung des Geldes für den Zedenten als den

zukünftigen Darlehnsschuldner entgegenzunehmen, und eben deswegen liegt die eine Voraussetzung des § 399, daß die Leistung an den Zessionar statt an den Zedenten nicht ohne Veränderung ihres Inhalts würde erfolgen können, nicht vor (vgl. Regelsberger, JheringsJ. **52** 417, JDR. **6** vor § 607 Ziff. 3). **b)** SeuffA. **63** 12 (Kiel). Der Anspruch aus einem Darlehnsvertrage geht nicht auf Zahlung einer Geldsumme schlechthin, sondern auf Gewährung des Geldes zwecks Begründung eines Darlehnsvertrags. Gegen den Anspruch aus einem solchen Vorvertrage kann der Versprechende mit der Forderung aus der Hingabe anderer Darlehen nicht aufrechnen, weil die beiderseitigen Ansprüche nicht gleichartig sind. **c)** Vgl. § 610 Ziff. 2.

3. Darlehen zu Spielzwecken. a) **RG. 67** 355, JW. **08** 191, DJZ. **08** 425, BankA. **7** 316. Die Gewährung eines Darlehens zu Spielzwecken, um Verluste wieder einzubringen, verstößt mangels besonderer erschwerender Umstände gegen die guten Sitten auch dann nicht, wenn das Darlehen für das Spiel bei einer ausländischen Spielbank (Monte Carlo) gegeben ist. Es ist nicht anzuerkennen, daß das Glücksspiel an einer öffentlichen Spielbank an sich gefährlicher ist, als das auch bei uns erlaubte Glücksspiel in geschlossenen Zirkeln (vgl. die entgegengesetzte Entscheidung der II. Instanz in JDR. **6** § 607 Ziff. I 3). **b) RG.** JW. **08** 677. Die Hingabe eines Darlehens zu Spielzwecken enthält dann einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Darlehnsgeber damit einen jugendlichen Mitspieler in Kenntnis seines Leichtsinns und seiner Unerfahrenheit zum Weiterspielen anreizen, selbst hohen Gewinn machen will und dabei von der Annahme ausgeht, daß der Darlehnsempfänger der hauptsächliche Verlustträger sein werde.

4. Darlehen zu Bauzwecken. Immerwahr, BankA. **7** 291, bespricht die Übung, die sich für das Baugeldgeschäft der Grundkredit-Institute eingebürgert hat.

5. Wechseldiskontierung und Darlehen. a) OLG. **16** 385 (Hamm). Die Diskontierung eines Wechsels kann einen Darlehnsvertrag decken. Das setzt voraus, daß der Gläubiger dem Schuldner den zeitweiligen Gebrauch einer Geldsumme gewähren will, die dem Gläubiger zurückzuzahlen ist. Der Wechsel ist in diesem Falle nur zur Sicherheit für die vom Schuldner oder durch den Akzeptanten zu bewirkende Rückzahlung gegeben. In der Regel aber bildet das Diskontierungsgeschäft einen Wechselkauf (vgl. JDR. **6** zu § 607 Ziff. 4). **b) RG.** JDR. **6** § 607 Ziff. 4 a, jetzt auch BankA. **7** 121.

5. Verbindung von Darlehen und Kaution. **RG.** SächsRpflA. **08** 531, R. **08** II Ziff. 3019. Eine Kaution kann in der Weise bestellt werden, daß dem Empfänger die Befugnis eingeräumt wird, den ihm übergebenen oder hinterlegten Geldbetrag für sich zu verbrauchen, und er verpflichtet ist, die entsprechende Summe nach den Grundsätzen eines Darlehens oder eines depositum irregulare zurückzuerstatten, unter Beibehaltung jedoch der Haftung des Geldbetrags als Kaution. Die Rückgewähr wird, solange die Kautionshaftung dauert, durch Wiedereinlegung der Summe bei der Hinterlegungsstelle bewirkt oder auch dadurch, daß der Empfänger den Betrag zwar weiterhin, aber nur nach Maßgabe des Sicherungsrechts, einbehalten darf.

6. Bürgschaft in Form eines Darlehnsschuldscheins vgl. § 766 Ziff. 1b.

7. Beweislast, BadRpr. **08** 106 (Karlsruhe). Gegenüber dem Schuldscheine hat der Beklagte die Beweislast, daß ihm ein anderer als der darin bezeugte Vorgang zugrunde liegt (vgl. auch Ziff. II 2).

8. SchlHolstAnz. **08** 177 (Kiel). Bedeutung der Abmachung, daß ein Darlehen „in vollwichtigen, unverbotenen Reichs- und specie-Talern" gezahlt und in solchen zu verzinsen sei. Wirkung dieser Bedingung für die Gegenwart. Zulässigkeit des Bankhaftabzugs auf Grund der Verordnung vom 5. Januar 1813 (mit eingehenden Ausführungen zur schleswig-holsteinischen Münzgeschichte).

II. Zu Abs. 2. 1. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 77/78. Die Regelung im § 607 Abs. 2 ist als Schuldinhaltsänderung und nicht als Novation aufzufassen. § 607 Abs. 2 neben § 305 allein schon notwendig im Hinblick auf § 225.

2. Beweislast. **RG.** R. **08** II Ziff. 2313, DJZ. **08** 873. Ist eine Schuldurkunde über ein Darlehen ausgestellt, so muß der Schuldner beweisen, daß auch eine andere Schuld, die gemäß § 607 Abs. 2 in ein Darlehen umgewandelt sein möchte, nicht besteht; er hat also die Umstände darzulegen, die zur Ausstellung der Schuldurkunde geführt haben, und muß dartun, daß sich daraus eine Verpflichtung für ihn nicht ergibt.

§ 609. I. Erfordernisse der Kündigung. a) Bestimmter Zahlungstermin? **RG.** SeuffA. **63** 442, JW. **08** 270, BayRpflZ. **08** 309, R. **08** II Ziff. 1534 u. 1536. Die Benennung eines bestimmten Zahlungstermins ist kein wesentlicher Bestandteil der Kündigung (anders für gemeines Recht **RG. 26** 191). Die Kündigung kann auch durch verfrühte Klage erfolgen. In diesem Falle genügt es, wenn die Fälligkeit zur Zeit der Urteilsfällung eingetreten ist. b) Winkler, JW. **08** 705. Kündigung eines von Eheleuten geschuldeten Kapitals durch einen an sie gemeinschaftlich adressierten Einschreibebrief bei Verweigerung der Annahme durch die Ehefrau.

II. Ausschließung der Kündigung. a) Bei pünktlicher Zinszahlung. Verzicht auf das Kündigungsrecht durch Annahme einer unpünktlichen Zinszahlung? **RG.** JW. **08** 550, ZBlFG. **9** 405 SeuffA. **63** 444. Der Gläubiger verliert das durch eine unpünktliche Zinszahlung erworbene Kündigungsrecht nicht dadurch, daß er den rückständigen Zinsenrest annimmt, aber auch dadurch nicht, daß er von dem Kündigungsrechte nicht alsbald Gebrauch macht. Zwar darf eine Verfallklausel nicht zu einem von der Willkür des Berechtigten abhängigen, für den Schuldner besonders lästigen Schwebezustand führen (vgl. auch **RG.** ZBlFG. **9** 102). Davon kann aber keine Rede sein, wenn mit dem Wegfalle der Beschränkung des Kündigungsrechts lediglich der gesetzliche Regelfall hergestellt und für den Schuldner keine weitere Ungewißheit erwachsen ist, als die, wann der Gläubiger von seinem dreimonatigen Kündigungsrechte Gebrauch machen werde. b) Bei Darlehen zwecks Selbständigmachung. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 429. Ist das Darlehen zur geschäftlichen Selbständigmachung gegeben, so ist mit der Kündigung so lange zu warten, bis dem Schuldner die Erreichung der geschäftlichen Selbständigkeit ermöglicht ist und er sich im gefestigten Besitze dieser Stellung befindet. Der Gläubiger hat aber nicht nötig, das Darlehen dem Schuldner auch fernerhin auf ungemessene Zeit zu belassen, weil dieser die Gefährdung seiner geschäftlichen Selbständigkeit bei Rückzahlung des Darlehens mit oder ohne Grund befürchtet. Denn der Gläubiger hat keine Verpflichtung übernommen, die geschäftliche Selbständigkeit dem Schuldner für immer zu erhalten. Sache des Schuldners ist es, sich nach einem anderen Gläubiger umzusehen, damit er dem ursprünglichen Gläubiger das Darlehen zurückzahlen kann.

III. Abs. 2. Beweislast. **RG. 68** 308, DJZ. **08** 818 (s. § 271 Ziff. 2a). Über die Modalität des Abs. 2 bedarf es keiner besonderen Vereinbarung. Das Gesetz will hier einen regelmäßigen Vertragsinhalt angenommen wissen. Eine abweichende Vereinbarung spricht gegen die gesetzliche Vermutung und muß von dem Behauptenden bewiesen werden. Anders liegt der Fall des § 271 Abs. 1, der in erster Linie auf die Vereinbarung hinweist und erst in Ermangelung einer solchen Platz greift. In letzterem Falle stellt die Behauptung der bei Vertragsschluß erfolgten Kreditierung ein Leugnen des Klagegrundes dar und macht den Kläger beweispflichtig.

§ 610. 1. Kaufmann, Die Klausel rebus sic stantibus, hält es (45) für zweckmäßiger, dem Versprecher eines Darlehens an Stelle des Widerrufs nur ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Sicherheitsleistung wie im Falle des § 321 zu gewähren.

2. Widerruf bei Abtretung des Anspruchs auf Darlehnsgewährung. a) **RG.** JW. **08** 676, SeuffBl. **08** 964 (s. o. § 399 Ziff. 3b). Die Abtretbarkeit des Anspruchs aus einem Darlehnsvorvertrag ist mit der Bestimmung des § 610 nicht unvereinbar; denn der abgetretenen Forderung aus dem Darlehnsvorvertrage haftet nach § 610 objektiv die Eigenschaft an, daß der Schuldner und eventuelle zukünftige Gläubiger unter der dort bezeichneten Voraussetzung, bei welcher die Person des event. Darlehnsschuldners eine Rolle spielt, sein Versprechen widerrufen kann, und wenn er das zu einer Zeit tut, wo der Anspruch auf Zahlung schon dem Zessionar zusteht, so erwirbt er durch den berechtigten Widerruf gegen den letzteren direkt eine Einrede, nicht etwa aus der Person des Zedenten. b) SächsRpflA. **08** 512 (LG. Leipzig). **Das Darlehnsversprechen kann auch gegenüber dem Gläubiger widerrufen werden, der sich den Anspruch des Versprechensempfängers auf Auszahlung der Valuta hat pfänden und überweisen lassen und auf Auszahlung Klage erhoben hat.**

3. Unzulässigkeit des Widerrufs. a) OLG. **17** 394, SeuffA. **63** 228 (Dresden). Ein hypothekarisches Darlehnsversprechen kann in der Regel wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse nicht widerrufen werden. Denn die wirtschaftliche Lage des persönlichen Schuldners ist beim Realkredite meist nur von untergeordneter Bedeutung. b) SeuffA. **63** 228 (Dresden). Der Darlehnsversprecher kann sich auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gegners nicht berufen, wenn er sie durch die Nichtgewährung des Darlehens selbst verschuldet hat.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: Das Ereignis auf dem Gebiete des Arbeitsvertragrechts im vergangenen Jahre bildet das Erscheinen des zweiten Bandes von Lotmars Arbeitsvertrag, mit dem nicht nur das bedeutsamste Werk dieses Spezialgebiets, sondern auch eines der ersten Werke der juristischen Literatur überhaupt zu seinem Abschlusse gelangt ist. Von der einzigartigen Stellung dieses Buches, das über das eigentliche Gebiet des Dienst- und Werkvertrags im Sinne des BGB. weit hinausgreift, von seiner Systematik und von seiner Stellungnahme zu jeder einzelnen Frage des Arbeitsrechts konnte im Rahmen des Jahresberichts naturgemäß kaum ein Begriff gegeben werden, so daß sich die Berichterstattung auf das Herausgreifen einiger gerade für das BGB. interessanten Streitfragen beschränken mußte. — Im übrigen stehen, dank dem 29. DJT., die Tarifverträge und das Recht der Erfindungen der Angestellten im Vordergrunde des Interesses, allerdings mehr de lege ferenda, aber auch für die Auslegung des geltenden Rechtes größtenteils von erheblichem Werte. Aus dem Gebiete des Tarifvertrags, das diesmal wiederum eine besondere Vorgruppe erforderlich gemacht hat, sind außer den Gutachten zum Juristentage die Arbeiten von Köppe, Wölbling und Sinzheimer hervorzuheben, die ersteren beiden mehr sozialpolitischer Natur, die letztere spezifisch privatrechtlich und deshalb an dieser Stelle von ganz besonderem Interesse. Daß auch die Praxis den sozialpolitischen Anforderungen dieses Rechtsgebildes gerecht zu werden bestrebt ist, zeigt eine feinsinnige Entscheidung des Hans. OLG. (unten zu § 611 ff. Ziff. II 2). — Im übrigen beschäftigt sich die Literatur vorwiegend mit Einzelfragen, wie dem Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten, der Rechtsanwälte und Ärzte (Brückner § 611 Ziff. II 1a), der von Baubehörden beschäftigten technischen Angestellten (Hilse § 622 Ziff. 2), dem Anspruche des Dienstherrn auf Unterlassung anderweiter Dienste (§ 611 Ziff. III 1), und besonders mit der rechtlichen Natur der Maiaussperrung, wobei Lotmars originelle Auffassung viel Widerspruch erfahren hat. Die Praxis bringt wiederum eine Fülle von Einzelfällen.

Literatur: v. Amelunxen, Amtliche und berufsmäßige Verrichtungen der Notare, ihre landesgesetzliche Unterscheidung, DNotV. **08** 285. — Brückner, Inwieweit unterliegen die Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten, sowie der Rechtsanwälte und Ärzte den Vorschriften des BGB.? R. **08** 465, 497. — Budde, Das Recht der Angestellten an den Erfindungen. Berlin 1908. — Danziger, Erfüllungs- und Unterlassungszwang

bei Vertragsbruch von Angestellten, LeipzZ. 08 204. — Deutsch, Die Tarifverträge in Österreich. Wien 1908. — Ehrenberg, Arbeite…nsionskassen und Arbeitsvertrag. Jena 1908. — Ettinger, Der Arbeitsnormenvertrag und die Schadensersatzpflicht wegen Verrufserklärungen, 29. DJT. 4 83. — Fuchs, Anspruch auf Unterl…ung des der Verpflichtung zu einem Tun zuwiderlaufenden Verhaltens, JW. 08 700. — — Fuld, Das Urheberrecht der Angestellten von kunstgewerblichen Betrieben, R. 08 508. — Günther, Der Tarifvertrag in München, seine geschichtliche Entwickelung, seine rechtliche Struktur, seine statistisch-wirtschaftlichen Grundlagen. München 1908. — Hasse, Kurze Zusammenstellung der wichtigsten Bestimmungen des BGB. über Rechte und Pflichten des ländlichen Arbeitgebers gegenüber den ländlichen Arbeitern. Königsberg 1908. — Hilse, Lösung des Dienstverhältnisses der von Baubehörden beschäftigten technischen Angestellten, ABürgR. 32 405. — Derselbe, Ist der Lehrherr befugt, die bei ihm in Beschäftigung stehenden Lehrlinge einem anderen Betriebsunternehmer aushilfsweise zur Beschäftigung zu überlassen? SeuffBl. 08 616. — Kobatsch, Kollektive Arbeitsvereinbarungen, 29. DJT. 4 3. — Kohler, Fabrikpensionskasse und § 138 BGB., ABürgR. 32 1. — Königsberger, Die berufliche Auskunftserteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden. Stuttgart 1907. — Köppe, Der Arbeitstarifvertrag als Gesetzgebungsproblem. Jena 1908. — Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reichs, Bd. 2. Leipzig 1908. — Derselbe, Empfiehlt sich die gesetzliche Regelung des gewerblichen Tarifvertrags? DJZ. 08 902. — Derselbe, Die Maiaussperrung, GewuKfmG. 13 225. (Entgegnungen dazu von Flesch und Wölbling, GewuKfmG. 13 393, Boysen, GewuKfmG. 14 137 und Bartels, DJZ. 08 1258.) — Nernst, Dienstherr und Erfinder, DJZ. 08 909. — Osterrieth, Welche Änderungen des bestehenden Rechtes empfehlen sich, um denjenigen Personen, welche in einem Vertrags- oder Anstellungsverhältnisse tätig sind, den gebührenden Anteil an Nutzen und Ehre aus ihren Erfindungen und sonstigen geistigen Schöpfungen sicherzustellen? 29. DJT. 3 253. — Rauter, Das Recht an der eigenen Erfindung, LeipzZ. 08 425 und 506. — Reichert, Beiträge zum Rechte des Tarifvertrags. Diss. Liegnitz 1907. — Rosenthal, Die gesetzliche Regelung des Tarifvertrags. Tübingen 1908. — Rundstein, Tarifrechtliche Streitfragen. Tübingen 1907. — Schäfer, Der Anspruch auf Schmerzensgeld in der sozialen Gesetzgebung, HessRspr. 8 158. — Schanze, Das Recht der Angestellten an der eigenen Erfindung, 29. DJT. 1 82. — Schlegelberger, Das Landarbeiterrecht. Berlin 1907. — Schriften der Gesellschaft für soziale Reform, Bd. III, Heft 2. Jena 1908 (enthält Abhandluugen von Baum, Wölbling, Trampe und Reif zum Dienstvertrage der Privatangestellten). — v. Schulz, Empfiehlt sich die gesetzliche Regelung der Tarifverträge, welche zwischen gewerblichen Arbeitgebern und Arbeitern geschlossen werden? 29. DJT. 2 201. — Schwagmeier, Das Urheberrecht des Geschäftsherrn an Werken und Erfindungen seiner Angestellten. Heidelberger Diss. Berlin 1908. — v. Siemens, Das Recht der Angestellten an den Erfindungen. Berlin 1908. (Vgl. JDR. 6 § 611 Ziff. c β). — Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Bd. 2. Leipzig 1908. — Ulitsch, Die Rechtsverhältnisse zwischen Dienstherrschaften und Dienstboten im Großherzogtum Baden. Heidelberg 1908. — West, Erfindungsschutz technischer Dienstnehmer, Gew. Rschutz 08 73. — Wölbling, Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag. Berlin 1908. — Zeitler, Die rechtliche Natur des Arbeitstarifvertrags. Erlanger Diss. 1908. — Zimmermann, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Arbeitstarifvertrages? 29. DJT. 3 187. — Derselbe, Der sog. kollektive Arbeitsvertrag als rechtliches und sozialpolitisches Problem, DWirtschZ. 08 1, 56. — Derselbe und Sinzheimer, Arbeitertarifverträge. Gießen 1908. — Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Leipzig 1908 (Buchausgabe, vorher abgedruckt in der Deutschen Medizinischen Wochenschrift.).

Zu §§ 611 ff. Tarifvertrag. I. Wesen, Rechte und Pflichten.

1. Köppe aaO. sieht im Tarifvertrage (64) ein rein privatrechtliches Gebilde, das nur diejenigen verpflichtet, die den Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt haben; die vertragschließende Organisation verpflichtet ihre Mitglieder. Der Tarifvertrag hat nicht zwingende Rechtswirkung (92 ff.), weil andernfalls den Mitgliedern die Vertragsfähigkeit in gesetzwidriger Weise beschränkt würde (100). Der Tarifvertrag verpflichtet nicht nur zur Unterlassung tarifwidrigen Verhaltens, sondern auch zu positiver Leistung (tarifgemäßem Abschlusse der Arbeitsverträge), die jedesmal eintritt, wenn sich die Bedingung verwirklicht, unter der sie im Tarifvertrage zugesagt war, nämlich der Abschluß eines einzelnen Arbeitsver-

trags (102). Jede Verpflichtung, die ein Arbeitgeber oder Arbeiter durch Beteiligung an einem Tarifvertrag übernimmt, übernimmt er nicht nur der Gegenpartei des Tarifvertrags, sondern auch seiner eigenen Vertragspartei, und nicht nur den kontrahierenden Verbänden, sondern auch jedem einzelnen Mitgliede derselben gegenüber. Umgekehrt steht ihm die Geltendmachung der Rechte, die der Tarifvertrag den an seiner Abschließung beteiligten und den ihm später beitretenden Arbeitgebern und Arbeitern verleiht, gegen jeden Tarifgenossen der einen oder anderen Seite zu, der durch Handlungen oder Unterlassungen sie verletzt (108). Folgen des Tarifbruchs gegenüber der Gegen- und der eigenen Partei (108 ff.). Haftung der Vertragspartei und des Verbandes für ihre Mitglieder und für ihre Organe (114 ff.). Anspruchsberechtigung (119 ff.). — Im zweiten Teile der Arbeit gibt Verf. eingehende Vorschläge de lege ferenda.

2. Wölbling aaO. 271 behandelt das Wesen und die wirtschaftliche Bedeutung, sowie (285) die Literatur und die ausländische Gesetzgebung des Tarifvertrags, erörtert dann (306) seinen Begriff und Inhalt und (357) seine Rechtswirkungen, als deren wichtigsten Teil er die Verhinderung von Aussperrungen und Streiks ansieht. Der Tarifvertrag erstreckt sich auf alle, in deren Interesse er abgeschlossen ist, auch wenn diese beim Abschlusse nicht unmittelbar beteiligt waren. Er ist nicht unabdingbar (388).

3. Rundstein aaO. Streiks und Aussperrungen während der Dauer des Tarifvertrags enthalten dann keinen Tarifbruch, wenn der Streitpunkt außerhalb der Sphäre des Tarifvertrags liegt, es sei denn, daß der Tarifvertrag selbst den Parteien die unbedingte Friedenspflicht auferlegt. Nicht nur der Verband, sondern auch die einzelnen Arbeiter können als Kontrahenten des Tarifvertrags auftreten. Der Tarifvertrag ist durch die einzelnen Arbeitsverträge nicht abdingbar. Vielmehr tritt an Stelle des tarifwidrigen Individualarbeitsvertrags automatisch die tarifmäßige Bestimmung (gegen Oertmann, Sinzheimer und Schall, vgl. JDR. **6** Vorgruppe zu §§ 611 ff. Ziff. 2).

4. *Zimmermann, DWirtschZ. **08** 1 ff., 56 ff.. Die sog. „freie Übereinkunft" über die Arbeitsbedingungen als Ausfluß unseres individualistischen Privatrechts erweist sich infolge entwickelungsgeschichtlicher und sozialpolitischer Momente im Widerspruche mit den sozialrechtlichen Notwendigkeiten, die sich als ein neues, noch junges, aber sehr wirkungsvolles und Millionen Arbeiter bereits umfassendes Gewohnheitsrecht auf der Grundlage der sozialen Berufskoalitionen trotz der Unzulänglichkeit des Koalitionsgesetzes (§ 152 Abs. 2 GewO. und § 153 GewO.) niederzuschlagen beginnen. Das Symbol dieser neuen sozialrechtlichen Ordnung, für die unser bürgerlicher Vertragsrecht und Vereinsrecht sowie die ZPO. nicht zureichen, der Arbeitstarifvertrag (fälschlich auch „kollektiver Arbeitsvertrag" genannt), ist ein Vertrag sui generis, in dem privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente sich mischen, und ist keine Koalition (falsch **RG.** 30. 4. 03). Er bedarf, ähnlich wie es in der ausländischen Gesetzgebung bereits geschehen, einer sondergesetzlichen Regelung mit dispositivem Charakter.

5. Zeitler aaO. 51 ff. Die Kontrahenten des Tarifvertrags verpflichten sich obligatorisch zu einem tariftreuen Verhalten, das sich verschieden äußert je nach der Stellung, die sie zum Arbeitsvertrag einnehmen. Schließen sie zugleich Arbeitsverträge ab, so sind sie verpflichtet, nur tarifgemäße Arbeitsverträge abzuschließen. Ihre Verpflichtung geht nicht auf ein positives Tun, sondern nur auf Unterlassung des Abschlusses tarifwidriger Arbeitsverträge. Der Tarifvertrag ist gegenseitiger Vertrag, aber kein Dienstvertrag, kein Vorvertrag zu einem solchen, keine Koalition und keine Gesellschaft. Er enthält, ohne in seiner Totalität unter die Verträge zugunsten Dritter zu fallen, verschiedene Versprechungen der Kontrahenten zugunsten eines Dritten insofern, als die Arbeiterorganisation sich von dem Arbeitgeber ein tariftreues Verhalten gegenüber den Arbeitern versprechen läßt, während sie sich

ihrerseits verpflichtet, ihren Einfluß geltend zu machen, um ihre Mitglieder zu einem tariftreuen Verhalten zu bewegen. Ein selbständiges Recht wird für den Dritten durch den Tarifvertrag nicht begründet (gegen Raynaud und Brenner).

6. HansGZ. Beibl. 08 301 (Hamburg). Der Tarifvertrag ist eine Verabredung zwischen zwei Koalitionen mit entgegengesetzt gerichteten Lohnerlangungsbestrebungen. Er dient der Verhütung und Beendigung von Arbeitseinstellungen. § 152 GewO. steht der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte aus einem Tarifvertrage nicht entgegen (vgl. in den Verhdlg. des 29. DJT. bei v. Schulz, Gutachten II 279 ff. und bei Zimmermann, Gutachten III 207).

II. Rechtswirkung im einzelnen.

1. Sinzheimer aaO. II behandelt die Rechtswirkung des Arbeitsnormenvertrags nach seinen drei Grundfunktionen, der normativen, der obligatorischen und der sozialrechtlichen. a) Der Arbeitsnormenvertrag hat zunächst die Normen zu liefern, die den Inhalt der einzelnen Arbeitsverträge, die in seinem Herrschaftsbereich abgeschlossen werden, bestimmen sollen. Geltungsbereich der Arbeitsnorm: sachlich, zeitlich, räumlich, persönlich, Fernwirkung (Arbeitsnorm als Orts- und Betriebsusance) (5—30). Damit die Arbeitsnorm als Bestandteil in den Arbeitsvertrag eingeht, genügt nicht, daß sie für den Arbeitsvertrag objektiv (als Vertragsbestimmung des Arbeitsnormenvertrags) Geltung habe, sondern es muß der Wille der Parteien des Arbeitsvertrags hinzukommen, die Arbeitsnorm als Bestimmung des Arbeitsvertrags gelten zu lassen. Dieser Wille kann auch einem stillschweigenden Verhalten der Parteien bei Abschluß eines Arbeitsvertrags entnommen werden (31—44). Der Arbeitsvertrag, dessen Inhalt von der Arbeitsnorm abweicht, ist in der Regel gültig und kommt in keinem Falle nur mit dem Inhalte der Arbeitsnorm zustande (54—92 mit eingehender Kritik der Lotmarschen Theorie). b) Der Arbeitsnormenvertrag hat weiter die Aufgabe, die Parteien, die ihn geschlossen haben, auf beiden Seiten zu bestimmten Leistungen, nämlich zur Befolgung der Arbeitsnorm, zu verpflichten. Diese Bindung ist obligatorischer Natur. Auf seiten des Arbeitgebers geht sie nur auf ein Unterlassen des Abschlusses und der Fortsetzung normwidriger Arbeitsverträge, der Abänderung bestehender Arbeitsverträge in normwidrige und des Erlasses oder der Aufrechterhaltung einer normwidrigen Arbeitsordnung. Sie schließt nicht die Verpflichtung in sich, normgemäß zu handeln oder das bestehende normgemäße Arbeitsverhältnis vertragsmäßig zu erfüllen (106—123). Die Verpflichtung ist gültig, und zwar im allgemeinen wie auch im besonderen Falle der Absperrungsklausel; die auf Einhaltung der Verpflichtung gerichteten Rechtshandlungen des Arbeiterberufsvereins oder seiner Vertreter können niemals rechtswidrig sein; zulässig ist, die Verpflichtung durch Verabredung einer Konventionalstrafe, durch Pfand oder Bürgschaft sicherzustellen (124—138). Die Verpflichtung geht nicht auf Leistung an einen Dritten, sondern ist eine reine Unterlassungspflicht, deren alleiniger Gläubiger der Arbeiterberufsverein ist (138 bis 147). Diesem liegt die sog. Friedenspflicht ob, d. h. Unterlassung von Kampfmitteln von seiner und seiner Mitglieder Seite gegen den Arbeitgeber, soweit sie auf Abänderung der in den Arbeits- und Berufsnormen enthaltenen allgemeinen Regelung gerichtet sind (147—158). Der Arbeiterberufsverein hat sich jeder Verrufserklärung und jeder Tätigkeit zu enthalten, die auf Inszenierung oder Durchführung einer Lohnbewegung geht, und darf Arbeiter, die in eine Lohnbewegung eingetreten sind, nicht durch Geldmittel unterstützen (158—161), er hat sich weiter, wenn sich aus dem Arbeitsnormenvertrage keine weitergehenden Verpflichtungen für ihn ergeben, darum zu bemühen, daß die Anwendung von Kampfesmaßregeln durch seine Mitglieder unterbleibt. Seine Pflicht ist eine Pflicht zur Exekution gegen seine Mitglieder, wenn diese den gebotenen Arbeitsfrieden verletzen (161—166). Wie er dies tun will, liegt in seinem Ermessen (166—171). Dagegen hat er weder

ein rechtswidriges Verhalten seiner Mitglieder in den abgeschlossenen Arbeitsverträgen zu vertreten (172—175), noch dafür einzustehen, daß seine Mitglieder auch bei Arbeitgebern, die den Arbeitsnormenvertrag nicht mit abgeschlossen haben, nur zu den Bedingungen des Arbeitsnormenvertrags Arbeitsverträge abschließen (176 bis 179). Verletzt der Arbeitgeber die ihm im Arbeitsnormenvertrag auferlegte Unterlassungspflicht, so hat der Arbeiterberufsverein gegen ihn den Anspruch auf Erfüllung (d. h. auf Beseitigung des normwidrigen Arbeitsverhältnisses, Nichtaufrechterhaltung der normwidrigen Arbeitsordnung, vollstreckbar nach §§ 888, 890 ZPO.), auf Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen (vollstreckbar nach § 890 ZPO.), auf Schadensersatz aus § 326 wegen positiver Vertragsverletzung, der allerdings praktisch selten in Betracht kommen wird, ferner ein Rücktrittsrecht und das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 (185—204). Die gleichen Ansprüche hat der Arbeitgeber gegen den vertragsbrüchigen Arbeiterberufsverein (204—219). c) Schließlich hat der Arbeitsnormenvertrag die Aufgabe, wenn die Parteien des Arbeitsvertrags aus Vereinen, rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen, bestehen, Beziehungen zwischen den Mitgliedern und dem Ganzen des Vereins herzustellen (sozialrechtliche Funktion des Arbeitsnormenvertrags, 238—246). — Das Werk schließt mit einer Untersuchung der Anwendbarkeit der gefundenen Ergebnisse auf den qualifizierten Arbeitsnormenvertrag, bei welchem die Partei auf Arbeitgeberseite ein Arbeitgeberverband ist (246 bis 258), mit einem Exkurse (258—274) betr. das Recht der Vertragsorgane (Schlichtungskommissionen, Vertragskommissionen, Verwaltungskommissionen) und mit einer Betrachtung de lege ferenda (274—301).

2. HansGZ. **08** Beibl. 301 (Hamburg). Bei Beurteilung der Frage, ob und wie weit durch den Abschluß eines Tarifvertrags Rechtswirkungen erzeugt werden, muß die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden, daß nach Anschauung weiter Kreise der Arbeitnehmer und -geber der Tarif direkt für den einzelnen Arbeitgeber und den einzelnen Arbeitnehmer verbindlich ist (vgl. Sinzheimer II 22, und Verhandlungen des 29. DJT. **3** 206). Für denjenigen, der bei der Verhandlung über die Festsetzung eines Tarifs von einer solchen Anschauung ausgeht, besteht, auch wenn er Bindendes zustande zu bringen beabsichtigt, von seinem Standpunkte gesehen, keine Notwendigkeit, für die Begründung einer obligatorischen Verbindlichkeit zwischen den bei der Tariffestsetzung beteiligten Verbänden zu sorgen. Mit der Schaffung von Lohntarifen, die nach Meinung der Beteiligten für große Massen von Arbeitern und Arbeitgebern maßgebend sein sollen, braucht daher die Begründung zivilrechtlicher Obligationen zwischen den beteiligten Verbänden nicht notwendig verknüpft zu sein. Weiter ist zu berücksichtigen, daß bei den Verhandlungen der Verbände über die Schaffung eines Tarifs das Interesse der Beteiligten in der Regel überwiegend den Fragen der Bemessung der Lohnhöhe, der Begrenzung der Arbeitszeit, der Regelung der Modalitäten der Lohnzahlung usw. zugewandt sein wird und daß in den meisten Fällen gegenüber der Behandlung dieser Probleme die Erörterung der Frage, ob und inwieweit eine obligatorische Verbindlichkeit der Verbände begründet werden soll, zurücktreten wird. Haben die beteiligten Verbände die Schaffung einer obligatorischen Verbindlichkeit aber gewollt und zum Ausdrucke gebracht, so wird für den Arbeitnehmerverband zum mindesten die Verpflichtung begründet, alles zu unterlassen, was geeignet war, die zu ihm gehörigen Arbeitnehmer zur Nichtbefolgung der Tarifnorm zu veranlassen oder in der Nichtbefolgung zu bestärken (vgl. Sinzheimer II 147 ff.). Die Mitglieder der Zahlstelle eines Arbeitnehmerverbandes haften daher mit dem Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins zur gesamten Hand auf Schadensersatz, wenn sie Arbeiter der Zahlstelle zu tarifuntreuem Verhalten veranlaßt oder in solchem Verhalten bestärkt haben und wenn daraus dem Arbeitgeberverein, mit dem der Tarifvertrag geschlossen ist, ein Schaden entstanden ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Arbeitgeberverband

infolge eines vom Arbeitnehmerverband unterstützten Streiks seinem Mitgliede die für diesen Fall satzungsgemäß vorgesehenen Barunterstützungen gewährt hat.

3. SchlHolstAnz. **08** 152 (LG. Kiel). Bei der im Flusse befindlichen Rechtsentwickelung wird man vielleicht sagen dürfen, daß für die Angehörigen der beiden im Tarifvertragsverhältnisse stehenden Verbände eine wenigstens moralische Verpflichtung besteht, nicht während der Geltung des Vertrags andere Bedingungen zu erstreben, als im Tarife festgesetzt.

III. Vorschläge zur Gesetzgebung.

1. Gutachten des 29. DJT. **a)** v. Schulz aaO. schlägt vor, die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 152, 153 GewO. auf Tarifverträge durch Gesetzesbestimmung auszuschließen, hält aber nicht für zweckmäßig, schon jetzt für eine privatrechtliche Regelung des Tarifvertrags gesetzgeberisch einzutreten. **b)** Zimmerman aaO. tritt für die Aufstellung subsidiärer Normativbestimmungen für gewisse wichtige Teile des Tarifvertrags ein und verlangt für die Rechtswirkung dispositive Vorschriften, insbes. über die Haftpflicht, die Ansprüche auf Erfüllung, und ein Rücktrittsrecht bei Dissens über unklare und nicht vorhergesehene Punkte und Änderung der wirtschaftlichen Lage. Er verlangt absolute Wirkung der Tarifverträge und empfiehlt die Erhebung des Tarifvertrags oder einzelner Bestimmungen zur allgemeinen Regel durch Ortsstatut. **c)** Kobatsch aaO. erörtert Entstehung, Begriff und Inhalt der Tarifverträge, die er für rechtsverbindliche Verträge eigener Art erklärt, und empfiehlt gesetzliche Anerkennung und Begriffsbestimmung des Tarifvertrags, Ordnung der Vertretungsfragen, des Geltungsgebiets und der Unabdingbarkeit. **d)** Ettinger aaO. verlangt, daß durch Gesetzgebung die automatische Rechtswirkung eingeführt werde, daß entgegenstehende Arbeitsverträge für nichtig erklärt werden und den Verbänden ein Anspruch auf Ersatz von Minderleistungen für ihre Kassen zustehen soll. Streiks und Sperren sollen nur nach einem Einigungsversuche zulässig sein, Schadensersatz aus einer Verrufserklärung soll nur bei schuldhafter Verletzung einer objektiven Rechtsnorm durch die Erklärung und bei nachweisbarem Kausalzusammenhange bestehen. **e)** Beschluß des 29. DJT. empfiehlt eine Reform des gewerblichen Koalitionsrechts und die Beseitigung der Hindernisse, die nach dem bürgerlichen Rechte dem Erwerbe der Rechtsfähigkeit durch gewerbliche Berufsvereine entgegenstehen, ferner eine gesetzliche Regelung des Rechtes der Arbeitstarifverträge, in der jeder öffentlich-rechtliche Zwang vermieden, volle Freiheit der Abschließung und Durchführung der Verträge gewahrt, die Möglichkeit eröffnet wird, Arbeitstarifverträge bei den Gewerbegerichten öffentlich zu registrieren, und festgesetzt wird, daß Arbeitstarifverträge unmittelbare Rechtswirkung auf die in ihrem Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsverträge haben.

2. Lotmar, DJZ. **08** 902. Ähnlich der obligatorischen Arbeitsordnung soll der freiwillige Tarifvertrag mit einem gewissen Minimalinhalt versehen und unter eine bestimmte Form gebracht werden. Bestimmte Abreden, so über die Geltungsdauer und über das Tarifamt, unter dessen Obhut der Tarifvertrag kommen soll, sind zur Aufnahme zu bringen. Die Bestimmung des Personenkreises, der von einem Tarifvertrage betroffen, durch ihn gebunden oder berechtigt wird, hat in Anknüpfung an die Einheit des Betriebs zu geschehen. Der geschlossene Tarifvertrag ist als für den Betrieb geltend zu erklären, in dem Sinne, daß jeder Arbeitnehmer des Betriebs vor Abschluß des Arbeitsvertrags auf den Tarifvertrag hinzuweisen und als durch diesen Abschluß während der Vertragszeit vom Tarifvertrage betroffen anzusehen ist. Die mit der Natur der kollektiven Vertragschließung nicht verträglichen Separatverfügungen müssen, soweit nicht im Tarifvertrage Spielraum gelassen ist, der Nichtigkeit verfallen und den Tarifvertragsbestimmungen weichen. Zu dem Zwecke ist für die Arbeitsordnung vorzuschreiben, daß sie sich über einen für den Betrieb gültigen Tarifvertrag nicht hinwegsetzen kann, und ebenso sind die Arbeits-

verträge für unfähig zu erklären, den Tarifvertrag außer Kraft zu setzen. Anderweitigen Tarifvertragsbrüchen wird meist durch Klagen begegnet werden können, die auf Abstellung des tarifvertragswidrigen Verhaltens und auf Schadensersatz gehen; diese Klagen können dadurch wirksamer gemacht werden, daß für gewisse Fälle eine adjektizische Haftung wie Berechtigung desjenigen Berufsverbandes eingeführt wird, welchem die am Vertragsbruche Schuldigen oder durch ihn Betroffenen angehören.

3. Rosenthal, Festgabe für Laband II 137, bringt einen fertigen Gesetzentwurf über den Tarifvertrag und tritt de lege ferenda für weitestgehende Rechtsverbindlichkeit des Vertrags ein.

4. Reichert aaO. behandelt den Inhalt des Tarifvertrags, seine Parteien und seine Stellung im Rechtssystem und macht gleichfalls Vorschläge zur gesetzgeberischen Regelung.

§ 611. I. Allgemeines. 1. Arbeitsvertrag. **a)** Lotmar, II. Übersicht: Die beiden Grundformen des in Bd. I (Abschn. 1—6) unter gemeinsamen Gesichtspunkten erörterten Arbeitsvertrags bilden der Zeitlohnvertrag (Abschnitt 7) und der Akkordvertrag (Abschn. 8). In Abschn. 7 wird der Zeitlohnvertrag, d. h. der Arbeitsvertrag, bei dem sich des Arbeitnehmers Entgelt nach dem bemißt, was er seinerseits aufwendet, nach Tatbestand (Kap. I), Rechtsfolgen (Kap. II), Wirkungen der Unterzeit (ausgefallenen Arbeitszeit), mag sie vom Arbeitnehmer (Kap. III), Arbeitgeber (Kap. IV), von beiden Parteien (Kap. V) oder von keiner Partei (Kap. VI) herrühren, ferner die Wirkungen der Überzeit (Überarbeit Kap. VII) und der komplizierte Zeitlohnvertrag (Arbeitsvertrag, der mehrere Zeitlohnsätze enthält, Kap. VIII) behandelt. Im wesentlichen der gleichen Einteilung folgt in Abschn. 8 die Behandlung des Akkordes (des Arbeitsvertrags, bei dem das Entgelt sich danach bemißt, was der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zuwendet) nach Tatbestand (Kap. I) und Rechtsfolgen (Kap. III) mit der Maßgabe, daß der in Kap. II behandelte Gruppenakkord (d. h. ein Akkord, bei dem mehrere Arbeitnehmer am gleichen Resultat und am gleichen es einschließenden Entgeltverhältnis beteiligt sind) eine Parallele beim Zeitlohnvertrage naturgemäß nicht findet, daß den Kapiteln über die Unterzeit beim Zeitlohnvertrage Kapitel über die Unterwirkung (Kap. IV—VII) entsprechen und daß die Erörterung über qualitative und quantitative Überwirkung, die Rechtsfolgen nur durch Übereinkunft hat, in das Kap. VIII über den komplizierten Akkord verwiesen ist. In Abschn. 9 folgt die Darstellung der Kombination des reinen Zeitlohnvertrags und des reinen Akkordes und in Abschn. 10 die Beantwortung der Frage, wie sich die beiden Grundformen und ihre Kombination zu den umfassendsten gesetzlichen Typen des Arbeitsvertrags, dem Dienst- und Werkvertrage des BGB., verhalten. **b)** Heinz-Potthoff, R. **08** 781, stellt die einzelnen Gruppen der Privatangestellten zusammen, je nachdem das Dienstver hältnis dem BGB., reichsrechtlichen Sondergesetzen oder Landesgesetzen untersteht, und bedauert die durch die verschiedenartige Regelung verursachte Zersplitterung des Rechtes der Angestellten. **c)** Adler, JBl. **08** 121, 133, 145, 157, 169, bespricht den Arbeitsvertrag, Grünberg, ÖstAGZ. **08** 117, 126, 136, 144, den Dienstvertrag im Entwurfe der Novelle zum ÖsterABGB.

2. Dienstvertrag und Werkvertrag. **a)** Lotmar II 824 ff. Die Entscheidung, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt, muß exklusiv getroffen werden. Es ist unzulässig, die Rechtsregeln des einen Typus auf die des anderen anzuwenden (gegen Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 42). **b)** Lotmar II 855. Die angeblich dem Werkvertrag eigentümliche Rechtsfolge, daß eine bestimmte Arbeit fertigzustellen ist, kann ebensowohl beim Dienstvertrag eintreten, indem mit dieser Fertigstellung der versprochene Dienst geleistet wird. **c)** OLG. **17** 406 (Celle). Beim Lehrvertrage, der insofern analog dem Dienstvertrage zu behandeln ist, hat der Lehrherr dem Lehrlinge nur die erforderliche Anleitung und Unterweisung

zuteil werden zu lassen, nicht aber dafür aufzukommen, daß der Lehrling am Schlusse der Lehrzeit vollständig ausgebildet ist. d) Aufnahme in ein Krankenhaus. SeuffBl. 08 203 (Hamburg). Gegenstand des Vertrags bildet sachgemäße Behandlung, nicht ein bestimmter Erfolg.

3. Zeitlohnvertrag. Lotmar II 862 ff. Der Zeitlohnvertrag untersteht dem Dienstvertragsrechte, kann niemals Werkvertrag sein. Indirekt ist dies in der Literatur auch anerkannt, insbesondere durch die — im Gesetze keine Stütze findende — Kennzeichnung des Dienstvertrags als Vertrag über Arbeit oder Dienste „an sich" oder „als solche". Das bedeutet Absehen von Erfolg und Bemessung der Arbeit nach Zeitlängen (868). Ausnahmslosigkeit der Regel, Anwendungsfälle (872).

4. Akkord. a) Lotmar II 875 ff. Der Akkord kann nach BGB. so gut dem Dienst- als dem Werkvertragsrecht unterfallen. BGB. gibt kein Unterscheidungsmerkmal. Die Unterscheidungsversuche der Literatur sind verfehlt, soweit sie auf die Rechtsfolgen abstellen, und unzulänglich, soweit sie auf den Tatbestand abstellen. Das Unterscheidungsmerkmal muß anderen Reichsgesetzen über den Arbeitsvertrag entnommen werden (HGB., GewO.). Gemeinsames Tatbestandsmerkmal: Abschließung für das Geschäft des Arbeitgebers. Dienstvertrag bei Agenturvertrag und gewerblichem Arbeitsvertrag in Akkordform: gleiches gemeinsames Merkmal der Geschäftsmäßigkeit. Danach Regel: der vom Arbeitgeber in seinem Geschäftsbetriebe geschlossene Akkord fällt unter Dienstvertragsrecht, jeder andere unter Werkvertragsrecht. b) Wölbling aaO. betrachtet zunächst den Akkordvertrag von seiner wirtschaftlichen Seite, insbes. die Akkordberechnung (12), Akkordverteilung (17) und die Stellung der Arbeitgeber und Arbeiter zum Akkordvertrag (19), und erörtert dann nach einem Überblick über die Gesetzgebung und Literatur (25) den Begriff des Akkordvertrags (56). Eine Darstellung der einzelnen Unterscheidungsmerkmale von Dienst- und Werkvertrag (60—72) läßt den gewerblichen Arbeitsvertrag im Sinne der GewO. als einen Dienstvertrag erscheinen (72—76), wogegen der Akkordvertrag gemeinsame Bestandteile des Dienst- und Werkvertrags aufweist (76). Mit dem Dienstvertrage hat er gemein das persönliche Verhältnis des Arbeiters zum Arbeitgeber (76) und das Direktionsrecht des Arbeitgebers (79), mit dem Werkvertrage die Bedeutung des Erfolges (80). Dagegen haftet der Akkordarbeiter, da er den Weisungen des Arbeitgebers folgen muß, nicht in vollem Umfange für den Erfolg wie beim Werkvertrage, hat auch kein Pfandrecht am Arbeitsgegenstand (83). Aber auch dem Dienstvertragsrechte des BGB. unterfällt der Akkordvertrag nicht, weil die §§ 615—617 nicht auf den Akkordvertrag passen. Der Akkordvertrag ist deshalb, wenn man ihn überhaupt als Dienstvertrag bezeichnen will, jedenfalls kein solcher im Sinne des BGB. (86). Er ist eine selbständige Vertragsart (86—102). Sein Inhalt geht dahin, daß der Arbeiter verpflichtet ist, fortgesetzt dem Arbeitgeber Dienste vereinbarter Art zu leisten und die ihm vertragsmäßig angetragenen Akkorde anzunehmen. Der Arbeiter ist verpflichtet, seine Dienste so aufzuwenden, daß dadurch der verabredete Erfolg erreicht wird, übernimmt aber nicht die Haftung für den Erfolg selbst. Dagegen verpflichtet sich der Arbeitgeber, dem Arbeiter Akkordarbeiten zu Preisen zu übertragen, die nach dem Maße seiner Arbeit, aber nicht nach ihrer Zeitdauer zu berechnen sind und bei denen der Arbeiter den bei Abschluß des Vertrags vereinbarten Verdienst bekommt (129). c) ElsLothJZ. 08 1 (Colmar). Einen Dienst-, nicht einen Werkvertrag schließt derjenige, der sich anstellen läßt, mit den von ihm selbst zu dingenden Arbeitern gegen Stücklohn das Ein- und Austragen von Backsteinen in die Ringöfen des anderen Teiles und das Brennen der Steine zu besorgen.

5. Dienstvertrag oder Schenkungsversprechen? a) ÖstZBl. 26 504 (OGH.). Das Abkommen, wonach eine Person bei einer anderen, solange

sie lebt, zur Gesellschaft bleiben und diese dafür jener eine lebenslängliche Versorgung gewähren soll, ist ein Dienstvertrag, kein Schenkungsversprechen (österr. Recht). **b)** Gefälligkeitsdienste. R. **08** II Ziff. 2150 (Hamburg). Leistet jemand einem anderen aus Gefälligkeit Dienst, so wird ein Dienstverhältnis im Sinne des § 611 nicht begründet. Gleichwohl ist das Versprechen, die Dienste zu belohnen, kein reines Schenkungsversprechen, sondern die Zusage einer Gegenleistung für Dienste, die an sich ohne Bezahlung geleistet werden. Für die Bemessung einer in dieser Weise zugesagten Vergütung kommt § 612 Abs. 2 nicht zur Anwendung, vielmehr entscheidet über die Höhe billiges Ermessen.

6. Dienstvertrag und Mäklervertrag vgl. § 652 Ziff. 2.

II. Einzelne Dienstverhältnisse. 1. Öffentliche Beamte, Rechtsanwälte und Ärzte. **a)** *Brückner, R. **08** 465 ff., 498 ff. Die Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten sowie der Rechtsanwälte und Ärzte unterliegen teils den Vorschriften des öffentlichen Rechtes, teils denen des Privatrechts und zwar in der Weise, daß auf die Dienstverhältnisse der Staats- und Gemeindebeamten in der Hauptsache das öffentliche Recht des Reichs oder des betr. Bundesstaats Anwendung findet, aber auf ihre vermögensrechtlichen (quasikontraktlichen) Ansprüche (Gehalt und Pension) gegen den Staat oder die Gemeinde die privatrechtlichen Vorschriften des Dienstvertrags zur „entsprechenden" Anwendung gelangen, daß ferner die Stellung der zu den öffentlichen Beamten zu zählenden Gerichtsvollzieher und Notare zwar vielfach, namentlich Dritten gegenüber, durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen beeinflußt wird, für ihr Verhältnis zu der Partei aber, welche sie zuzieht, im wesentlichen die Normen des Dienstvertrags und der Geschäftsbesorgung gelten und daß eben diese Normen, nicht diejenigen eines „allgemeinen Arbeitsvertrags", in der Hauptsache für das Verhältnis der Rechtsanwälte und Ärzte zu denjenigen Personen bestimmt sind, welche sich ihres Beistandes bedienen, da die Rechtsanwälte und Ärzte nicht zu den öffentlichen Beamten gehören und nur in einigen Beziehungen von dem öffentlichen Rechte beeinflußt werden. **b)** **RG.** JW. **08** 22. Die dem Beamten vom Staate zukommende Vergütung steht zu den Diensten, die er leistet, nicht im Verhältnisse von Leistung zu Gegenleistung, sondern stellt sich als Gewährung von Unterhalt dar, die erfolgt, weil der Beamte, der seine Tätigkeit der Verwaltung seines Amtes widmet, sich der freien Ausnutzung seiner Kräfte zur Gewinnung wirtschaftlicher Güter begibt. **c)** PosMSchr. **08** 106 (Königsberg). Nach PrALR. (§ 98 II. 10) ist eine rechtliche Vermutung für die Anstellung der unmittelbaren wie auch der mittelbaren Staatsbeamten auf Lebenszeit begründet. **c)** MecklZ. **26** 245 (Rostock u. **RG.**). Anspruch eines dienstunfähig gewordenen Bürgermeisters auf Gewährung eines Ruhegehalts (nur öffentliches Recht). **e)** MecklZ. **26** 250 (Rostock). Über die Einkünfte eines im Meckl.-Schwerinschen Domanium angestellten Küsterschullehrers, speziell den sog. Küstervoraus (nur öffentliches Recht). **f)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2149. Ist einem Beamten eine Kasse anvertraut, so haftet er für deren Bestand, sofern er nicht nachweist, daß ein etwaiger Fehlbetrag von ihm nicht verschuldet ist. **g)** *Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Vertrag mit dem Arzte ist fast immer Dienstvertrag (3 ff.). Haftung des Arztes aus dem Vertrage (4 ff.). Erfordernisse für die Gültigkeit des Vertrags (7 ff.).— Wegen Lotmars Ansicht über den Vertrag mit Arzt vgl. unten zu § 631 Ziff. I 8. **h)** Gebühren der Kreisärzte in Berlin (KabO. vom 14. April 1832, G. vom 9. März 1872 und vom 16. September 1899). **RG. 69** 217, JW. **08** 695. Für diejenigen medizinalpolizeilichen Verrichtungen, die im ortspolizeilichen Interesse erfolgen, stehen auch den Kreisärzten in Berlin Gebühren gemäß § 1 Abs. 3 G. über die den Medizinalbeamten für die Besorgung gerichtsärztlicher, medizinal- oder sanitätspolizeilicher Geschäfte zu gewährenden Vergütungen vom 9. März 1872 zu.

i) ElsLothJZ. **08** 559 (Colmar) Gemeindeschreiber und Sakristan in ElsLoth. sind Dienstvertragschließende, keine Gemeindebeamte. **k)** Patentanwaltsvertrag vgl. § 675 Ziff. 2e.

2. Beamte einer Berufsgenossenschaft. **RG.** SeuffBl. **08** 936, RheinA. **105** 235. Die Beamten einer Berufsgenossenschaft sind lediglich auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrags angestellt. Die nach § 48 GewUVG. erlassene Dienstordnung enthält nicht eine allgemeine, sondern nur eine für die jeweilige Berufsgenossenschaft maßgebende Grundlage des Dienstverhältnisses der Genossenschaftsbeamten, die wirkliche Begründung des Dienstverhältnisses für den einzelnen Beamten kann nur durch einen besonderen Anstellungsvertrag erfolgen, der nur, soweit er nicht noch Sonderbestimmungen enthält, wegen des Inhalts des dadurch begründeten Dienstverhältnisses auf die Dienstordnung Bezug nimmt.

3. Agenturvertrag. a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 988, SeuffA. **63** 409, HansGZ. **08** Hauptbl. 141, JW. **08** 138, LeipzZ. **08** 308, DJZ. **08** 361, R. **08** II Ziff. 726. Das RG. hat zwar anerkannt, daß das Agenturverhältnis kein „Dienstverhältnis" begründe, auf das unterschiedslos alle für ein solches bestehenden Rechtsregeln zur Anwendung kommen, so z. B. die Anwendung der §§ 22, 61 Ziff. 1 KO. abgelehnt (**RG. 62** 229, **63** 73), aber nicht angenommen, daß der Agenturvertrag überhaupt kein Dienstvertrag sei. Er ist ein solcher, wenn auch die Art der Leistung der Selbständigkeit des Verpflichteten überlassen sei. Es ist kein begriffliches Merkmal des Dienstvertrags, daß der Verpflichtete in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Berechtigten steht oder eine bestimmte Vergütung erhält. **b)** Ebenso ZAktGes. **15** 186 (KG.).

4. Vertrag mit Auskunftsbureau. Königsberger, Berufliche Auskunftserteilung, s. schon JDR. **6** § 676 Ziff. 1.

5. Oberleitung eines Baues. OLG. **17** 395 (Hamburg). Der Architekt, der die „Oberleitung" eines Baues im Sinne der GebO. der Architekten ꝛc. übernimmt, hat eine fortlaufende Reihe von Diensten im Sinne des § 611 zu leisten.

III. Vertragsrechte und -pflichten. 1. Unterlassung anderweiter Dienste. a) Danziger, LeipzZ. **08** 204. Gegen den vertragsbrüchigen Angestellten ist stets eine Klage auf Unterlassung anderweiter Dienste während der ursprünglichen Vertragsdauer zulässig. Die entsprechende Klage gegen den neuen Dienstherrn auf Unterlassung der Beschäftigung des vertragsbrüchigen Angestellten darf aber nur bei eigennütziger Verleitung zum Vertragsbruche durch den neuen Dienstherrn erhoben werden. Die Klage gegen den Angestellten ist von einer Gehaltszahlung unabhängig. Denn Gehalt ist der Entgelt für die wirklich geleisteten Dienste; die übrigen Dienstpflichten des Angestellten sind nur ein unentgeltliches Annex der Dienstpflicht. **b)** GewuKfmG. **13** 213 (LG. Elberfeld) wie **RG.** JDR. **6** § 611 Ziff. 4 d (jetzt auch abgedruckt in **RG. 67** 4, ZAktGes. **15** 241). **c)** Gegen **RG. 67** 4 Fuchs, JW. **08** 700. Es ist unzulässig, aus jedem Anspruch auf positive Vertragserfüllung ohne weiteres einen im Klagewege erzwingbaren Anspruch auf Unterlassung eines dem Vertrage zuwiderlaufenden Verhaltens herzuleiten. Das ergiebt § 241 (vgl. o. § 241 Ziff. 1a). Bei der Auffassung des RG. würde § 888 Abs. 2. ZPO., soweit er die Verurteilung zur Leistung von Diensten betrifft, illusorisch und würden die ausdrücklichen Verbote, wie sie die §§ 60, 112 HGB. enthalten, überflüssig sein.

2. Anspruch auf Annahme der Dienste? a) ZAktGes. **15** 186 (KG.). Der Dienstverpflichtete hat gegen den Prinzipal mangels besonderer Vereinbarung keinen Anspruch auf Annahme der Dienste. Ein Agent kann deshalb — von Schadensersatzansprüchen bei Verschulden abgesehen — nicht verlangen, daß der Prinzipal ein Zirkular widerrufe, durch das den Kunden die Aufkündigung des Dienstverhältnisses mitgeteilt wird. **b)** WürttJ. **20** 142 (Stuttgart). Ein lebenslänglich angestellter Lehrer an einer Privatanstalt hat keinen Anspruch darauf, während

seiner Anstellungszeit Unterricht erteilen zu dürfen, sondern nur den Vergütungsanspruch; dies gilt auch dann, wenn er ein Interesse daran hat, in der Anstalt (Konservatorium) weiter tätig zu sein und in ihren öffentlichen Bekanntmachungen als Lehrer aufgeführt zu werden.

3. Überstunden. Lotmar II 372 ff. Bei rechtswidriger Überzeit, d. h. solcher, die nicht der Disposition der Parteien unterliegt, ist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung haftbar, und zwar hat er nach § 818 den Wert zu ersetzen, der wenigstens dem bei Rechtmäßigkeit der Überarbeit zu entrichtenden Betrage gleichkommt und ihn sogar übersteigt, wo es sich um Waren produzierende Arbeit handelt. Bei rechtmäßiger Überarbeit kann der Arbeitnehmer, wenn sie ihm vom Arbeitgeber anheimgestellt ist, die Vergütung, wenn sie ihm nicht verboten ist, die Bereicherung (ausgenommen im Falle des § 814) fordern, während ihm, falls der Arbeitgeber die Arbeit im voraus ablehnt, kein Anspruch zusteht. Den Maßstab für die Vergütung der Überzeit bildet auch ohne Übereinkunft die proportionale Lohnvergrößerung, die aber dispositiven Rechtes ist.

4. Mangelhafte Arbeitsleistung. Lotmar II 69. Beim Zeitlohnvertrage wird durch das Ausbleiben der normalen Arbeitswirkung die Entgeltforderung weder ausgeschlossen noch auch nur gemindert. Aus §§ 611, 614 und 320 Abs. 1 läßt sich nicht herleiten, daß der Arbeiter bei mangelhafter oder sonst unzureichender Arbeitsleistung keinen Lohn verdient habe (72, 73).

5. Anmeldung zur Invalidenversicherung. WürttJ. **20** 152 (Stuttgart). Eine Haftung des Arbeitgebers für Unterlassung der Anmeldung zur Invalidenversicherung läßt sich auf § 823 Abs. 2 überhaupt nicht, auf den Dienstvertrag nur dann stützen, wenn der Arbeitgeber die Verpflichtung, den Arbeitnehmer zur Versicherung anzumelden, übernommen hat.

6. Unmöglichkeit der Leistung. a) Beim Zeitlohnvertrage. Lotmar II. α. Vom Arbeitnehmer zu vertretende (177). Rechtsfolgen: Schadensersatzforderung, Rücktrittsrecht, Entgeltreduktion (182). β. Vom Arbeitgeber zu vertretende (262). Rechtsfolgen des § 324 Abs. 1. Anspruch auf die Gegenleistung. Deren Ersatznatur. § 281 ausgeschlossen bei vom Arbeitgeber verschuldeter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. § 324 Satz 1 zwingend (265 ff.). γ. Von keiner Partei zu vertretende (340 ff.). b) Gefahrtragung beim Akkordvertrage. Wölbling aaO. 157.

7. Streik. Haftung der Streikenden als Gesamtschuldner? Lotmar II 145. Mehrere streikende Arbeitnehmer haften nicht als Gesamtschuldner. §§ 830, 840 beziehen sich nicht auf Nichterfüllung kontraktlicher Verbindlichkeiten, der Schaden des Arbeitgebers ist auch nicht durch eine „gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht", sondern setzt sich aus den Schäden zusammen, welche durch die unerlaubten Handlungen der Mehreren entstanden sind.

8. Eigentumsverhältnisse an den Lohn- oder Gehaltsbüchern. Glatzer, R. **08** 809. Die sog. Lohnbücher, d. s. buchmäßig zusammengestellte Quittungsformulare, die der Angestellte bei Beginn des Dienstverhältnisses auf eigene Kosten anschafft, werden mit der Übergabe der ersten vollzogenen Einzelquittung Eigentum des Dienstherrn, da der Angestellte durch Übergabe dieser Quittung das Eigentum an der Urkunde so, wie sie vorliegt, also in Buchform überträgt. Bei Beendigung des Dienstverhältnisses hat der Angestellte höchstens den obligatorischen Anspruch auf Ausfolgung der unbenutzten Quittungsformulare, soweit sie ohne Beschädigung der ausgefüllten Quittungen abtrennbar sind, oder einen entsprechenden Bereicherungsanspruch.

9. Zurückbehaltungsrecht gegenüber Lohnforderungen vgl. o. § 273 Ziff. 5. — Pflicht zur Rechnungslegung bei Geschäftsbesorgungen vgl. u. § 666 Ziff. 1, 2.

10. Erfindungen des Angestellten (s. JDR. **6** Ziff. 4 c, **5** Ziff. 5 f, **3** Ziff. 7 a, **2** Ziff. 8). a) **RG.** ZAktGes. **15** 81. Aus der Bestimmung des Dienstvertrags, daß der Dienstverpflichtete (Werkmeister) sich jederzeit zur Verfügung des Fabrikdirektors zu halten und seine Erfahrungen auf dem Fabrikationsgebiete nur in dessen Interesse zu verwenden hat, folgt noch nicht, daß ihm das Recht entzogen sein soll, über Erfindungen, die er in Bewährung schöpferischer Geistestätigkeit in dem Fabrikationszweige macht, frei zu verfügen, und daß derartige Erfindungen von selbst dem Dienstberechtigten zufallen sollen. Mangels einer besonderen Vertragsbestimmung kann der Dienstherr eine Erfindung des Angestellten in dem bezeichneten Gebiete für sich nur in Anspruch nehmen, wenn die Erfindung auf Grund eines vom Arbeitgeber erteilten, vom Angestellten angenommenen Auftrags gemacht ist oder wenn sie in den Rahmen derjenigen Tätigkeit des Angestellten fällt, die ihm nach seiner Dienststellung und nach der Abrede über die Art seiner Dienstleistung oblag. **b)** **RG.** GewRSchutz **08** 222 billigt dem Ingenieur einer Sodafabrik für eine wichtige Etablissementserfindung die angemessene Vergütung zu, nachdem im Dienstvertrage bestimmt war, daß die Verbesserungen und Erfindungen, die sich auf den Betrieb der Fabrik beziehen und von den Angestellten gemacht werden, der Firma als Eigentum zufallen sollen, während diese sich vorbehalte, eine Anerkenung je nach der Wichtigkeit der Erfindung zu gewähren. **c)** Schwagmeier aaO. 50. Der Dienstvertrag an sich bildet keine rechtliche Grundlage für ein Recht des Geschäftsherrn an den selbständigen geistigen Schöpfungen seiner Angestellten; es bedarf vielmehr einer besonderen vertraglichen Abrede (Ausnahme § 2 Geschm.-MustG.). Eine solche Abrede verpflichtet den Angestellten zu schöpferischer Tätigkeit für den Geschäftsherrn und nimmt ihm die Verfügungsmacht über die Produkte seines Schaffens, soweit sie in den Rahmen des gewerblichen Betriebs des Geschäftsherrn fallen. Gleichwohl bleiben wichtige Beziehungen zwischen dem Angestellten als dem Urheber und seinen Werken bestehen; das Urheberrecht geht nur seiner Ausübung nach auf den Geschäftsherrn über. Schuldhafte Eingriffe in die Rechte des Geschäftsherrn verpflichten den Angestellten zu Schadensersatz. **d)** Fuld, R. **08** 508. Die in Theorie und Praxis gewonnenen Grundsätze über die Erfindungen der Dienstverpflichteten sind mit Vorsicht auch auf die Entscheidung der Frage anzuwenden, wer Träger des Urheberrechts an den von den Angestellten eines kunstgewerblichen Betriebs verfertigten Arbeiten, Zeichnungen und Entwürfen ist. Das Urheberrecht des Angestellten geht ohne weiteres auf den Inhaber des Etablissements über. **e)** Birkenbihl, R. **08** 326. Die einem Angestellten für Erfindungen zugesicherte Vergütung genießt nicht das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 KO. **f)** Ebenso LeipzZ. **08** 714 (Frankfurt). **g)** Reformvorschläge. α. West, GewRSchutz **08** 73—91, gibt einen Überblick über die bisherigen Bestrebungen zugunsten des Erfindungsschutzes technischer Angestellter und empfiehlt eine gesetzliche Regelung in der Richrung, daß das Patent dem Dienstnehmer und Erfinder, das Recht der gewerblichen Ausnutzung dem Dienstherrn gegen Gewährung eines Anteils am Gewinne zustehen solle. Vgl. dazu die GewRSchutz **08** 221 mitgeteilten neuesten Leitsätze des Bundes der technisch-industriellen Beamten. β. Rauter, LeipzZ. **08** 426 und 506 ff., stellt die bisherige in- und ausländische Rechtsentwickelung dar und hält eine gesetzliche Regelung für erforderlich, durch die für nichtig erklärt werden: a) Vertragsbestimmungen, durch die dem in einem gewerblichen Unternehmen Angestellten der angemessene Nutzen aus den von ihm gemachten Erfindungen entzogen werden soll, b) Abmachungen, wodurch sich Personen verpflichten, über Erfindungen, die sie erst nach Beendigung des Dienstverhältnisses machen werden, zugunsten ihrer früheren Arbeitgeber zu verfügen, oder wodurch sie verpflichtet werden, zugunsten ihrer Arbeitgeber über solche Erfindungen zu verfügen, die zu der Tätigkeit, für die sie angestellt sind, in keiner Beziehung stehen. γ. Nernst,

DJZ. **08** 909, schlägt vor: Ein Vertrag, der dem Angestellten generell die Entnahme von Patenten verbietet, oder etwaige Patente generell dem Dienstherrn überträgt, ist nichtig. Patentanmeldungen seitens eines Angestellten, die Geschäftsgeheimnisse des Dienstherrn preisgeben, sind strafbar. — Erfindungen eines Angestellten, die eine unmittelbare Frucht von Informationen sind, die er in seiner beruflichen Tätigkeit gewonnen hat, und die Verbesserungen in der Herstellung von Erzeugnissen betreffen, welche der Erfinder zu überwachen hat, gehören dem Dienstherrn. Führt eine solche Erfindung zu einer Patentanmeldung, so kann der Angestellte ein besonderes Zeugnis darüber beanspruchen, daß er die Erfindung gemacht oder bei ihrer Entstehung mitgewirkt hat. δ. Schanze, Gutachten aaO., hält die gesetzgeberische Anerkennung des Persönlichkeitsrechts auf Anerkennung der Urheberschaft für alle Geistesschöpfungen und ferner den Erlaß von Rechtsvorschriften für erforderlich, kraft deren das in der Person des Angestellten entstehende Recht an Erfindungen und Gebrauchsmustern ohne weiteres auf den Geschäftsherrn übergeht, wogegen dem Angestellten gegen den Geschäftsherrn, wenn dieser nicht auf die Erfindung verzichtet, ein Anspruch auf angemessene Vergütung zusteht, auf den im voraus nicht wirksam verzichtet werden kann. ε. Osterrieth, Gutachten aaO., bejaht die Zulässigkeit der Übertragung des Rechtes an Erfindungen des Angestellten auf den Geschäftsherrn, empfiehlt, den Anspruch auf das Patent dem Erfinder zu gewähren und zum Schutze der Erfinderehre die Anbringung seines Namens in der Patentrolle, Patentschrift, Bekanntmachung (auf Antrag des Anmelders) vorzuschreiben, hält aber für undurchführbar, dem Urheber einer geistigen Schöpfung, der das Recht ausschließlicher wirtschaftlicher Nutzung an seinem Werk einem anderen übertragen hat, einen Anspruch auf einen Anteil an dem Nutzen der Erfindung zu gewähren.

IV. Anwendungsfälle (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, 2 Ziff. 6). 1. Anwalts- und Notarsvertrag (s. auch § 276 Ziff. 7d, § 675 Ziff. 2). **a)** R. **08** II Ziff. 966 (Colmar). Das Rechtsverhältnis zwischen dem Notar und demjenigen, der seine Tätigkeit zur Beurkundung eines Kaufvertrags in Anspruch nimmt, ist ein Dienstvertrag, auf den § 675 Anwendung findet. Wenn der Auftrag der Vertragschließenden nur darauf gerichtet war, den von ihnen in seiner Abwesenheit besprochenen Kaufvertrag zu verbriefen, so beschränkt sich seine Tätigkeit darauf, die Erklärungen der Vertragschließenden aufzunehmen. Zur Feststellung des Hypothekenstandes durch Einsichtnahme ins Grundbuch ist er nicht verpflichtet. Kennt er den Hypothekenstand und ist zweifelhaft, ob dies auch bei den Vertragschließenden der Fall ist, so muß er sie auf das Vorhandensein und die rechtliche Tragweite solcher Belastungen bei Vermeidung von Schadensersatz aufmerksam machen. **b)** SeuffA. **63** 145, DNotV. **08** 434, ZAktGes. **15** 237 (Breslau). Der beurkundende Notar tritt schon bei Beginn der notariellen Verhandlungen in einen Dienstvertrag zu dem ihn in Anspruch nehmenden Kontrahenten. In die Grenzen der vertraglichen Tätigkeit fällt auch eine Auskunft, die er über die Kosten des Vertrags erteilt. Er haftet aus dem Vertrage, wenn er durch die fahrlässig falsche Auskunft die Partei zur Übernahme eines Teiles der Kosten veranlaßt. **c)** WürttJ. **20** 19 (Stuttgart). Der Dienstvertrag, den der Notar durch die Entgegennahme eines Wechsels zur Protesterhebung mit dem Inhaber des Wechsels abschließt, verpflichtet ihn auch ohne besondere Vereinbarung, vor Ausführung der Protesthandlung sich darüber Gewißheit zu verschaffen, daß die Gültigkeit des Protestes nicht zu beanstanden ist; denn wenn der Wechselinhaber sich wegen der Aufnahme des Protestes an den Notar wendet, verlangt er nicht nur die Leistung eines gewöhnlichen Dienstes, sondern vertraut insoweit seine Interessen der Sachkunde des Notars an, insbesondere dahin, daß mit der Protesterhebung der erstrebte Zweck, Erhaltung des Rückgriffsrechts gegen die Vormänner, auch erreicht werde. **d)** SächsRpflA. **08** 270 (Dresden). Der Rechtsanwalt, der um Rat

angegangen wird, schließt einen Dienstvertrag, auch wenn er Handakten nicht anlegt und sich keine Notizen macht. e) BadRpr. **08** 129 (Karlsruhe). Der Anwalt, der vom Mandanten uneingeschränkt mit Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt ist, hat von sich aus diejenigen Maßregeln zu überlegen und zu ergreifen, die zur Wahrung der Interessen des Mandanten erforderlich sind. Unterläßt er es, so kann er dem Schadensanspruche des Mandanten nicht damit entgegentreten, daß dieser ihm zu einer einzelnen Maßregel keinen speziellen Auftrag erteilt habe. **f**) OLG. **17** 398 (Hamburg). Die Bezahlung des Anwaltshonorars kann nicht deshalb verweigert werden, weil der Anwalt in den Verhandlungs- und Beweisterminen nicht erschienen sei, die Zeugen nicht ordentlich befragt und den Prozeß ungeschickt geführt habe. Die Honoraransprüche stehen ihm zu, einerlei, ob seine Vertretung gut oder schlecht war, und der Auftraggeber hat nur die Möglichkeit, den ihm aus der Nachlässigkeit entstandenen Schaden aufrechnend geltend zu machen oder deswegen Widerklage zu erheben. g) Haftung für Verschulden bei Verlust der Handakten (OLG. **17** 397 [Hamm]), unterlassener Akteneinsicht (**RG.** JW. **08** 447), unterlassener Verjährungsunterbrechung (**RG.** BadRpr. **08** 113), unzureichender Wahrnehmung der Rechte eines Gläubigers im Zwangsversteigerungstermin (OLG. **17** 398 [Braunschweig], bestätigt **RG.** R. **09** II Ziff. 251), unterlassener Kondizierung eines Anerkenntnisses (BadRpr. **08** 293 [Karlsruhe]).

2. Vertrag mit Gerichtsvollzieher. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 43 (unter Aufhebung des Urt. des OLG. Kiel, JDR. **6** § 611 Ziff. 5 b β). Ein Verschulden des Gerichtsvollziehers liegt darin nicht, daß er unterläßt, seinem Vertreter vor seiner Beurlaubung seine Handakten auszuhändigen, sofern sie diesem nur jederzeit zugänglich sind.

3. Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft. BraunschwZ. **08** 137 (Braunschweig). Die den Vorstandsmitgliedern statutenmäßig zustehenden Vergütungen sind nach §§ 611 ff., 675 zu beurteilen; auf den Vergütungsanspruch im Falle der Entlassung der Vorstandsmitglieder sind die entsprechenden Bestimmungen des Aktienrechts (§ 231 Abs. 3 HGB.) analog anwendbar.

4. Dienstvertrag der Angestellten von Versicherungsgesellschaften. Depène, GewuKfmG. **13** 30. Die Bestimmung in einem solchen Dienstvertrage, daß die Gesellschaft dem Angestellten auf seine Provisionseinnahmen ein monatliches Einkommen von bestimmtem Betrage garantiert, auf welches sämtliche Provisionseinnahmen verrechnet werden, daß aber während der Kündigungszeit der Angestellte nur die wirklich verdienten Provisionen ohne Garantie erhält, ist gültig.

5. Architekt. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 74. In der Übertragung der Leitung eines Baues liegt zugleich der Auftrag zur Beschaffung des nötigen technischen Personals und der erforderlichen Bureauarbeiten. Ob dafür Ersatz verlangt werden kann, hängt von der Auslegung des einzelnen Dienstvertrags ab (ebenso **RG.** R. **08** II Ziff. 493).

6. Stütze der Hausfrau. Voß, DJZ. **08** 1030. Bei Anstellung einer Person als sog. „Stütze der Hausfrau" übernimmt die Herrschaft in der Regel keine Gewährleistung dafür, daß die für die niederen Arbeiten beizugebende Hilfe stets vorhanden sein werde. Beim plötzlichen Versagen einer solchen Hilfe kann die „Stütze" ihre Dienstverrichtungen nicht einstellen; sie muß vielmehr in Notfällen auch solche häuslichen Dienste im Zweifel übernehmen, die ihr sonst nach den Abmachungen nicht obliegen. Die Herrschaft ist ihrerseits verpflichtet, derartigen Ausnahmezuständen ein möglichst schnelles Ende zu machen.

7. Krankenpflegerin JDR. **6** § 611 Ziff. 5 h (Stuttgart) jetzt auch WürttJ. **20** 144.

8. Filialleiter, Lagerhalter. Landsberger, GewuKfmG. **14** 212. Der als Filialleiter und Lagerhalter bestellte Angestellte eines kaufmännischen

Geschäfts haftet für jeden Fehlbetrag des ihm übergebenen Kassen- und Warenbestandes nach den Grundsätzen des Dienstvertrags, nicht der Verwahrung.

9. **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 507. Engagement eines Artisten als Dienstvertrag.

10. GewuKfmG. **13** 183 (GG. Darmstadt). Vertrag mit Kellner, daß sein Gehalt zum Teil vom Oberkellner und Restaurationskellner zu zahlen ist. Der Gastwirt haftet, wenn er unterläßt, dem neueingetretenen Oberkellner die entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen.

11. Bierkutschervertrag. OLG. **17** 395 (Hamm). Der sog. Bierkutschervertrag ist ein Dienstvertrag, bei welchem die Dienstpflichten des Kutschers zunächst in der Vermittelung von Kaufgeschäften für die Brauerei, daneben in der Besorgung von Frachtgeschäften durch Zuführen des Bieres und Abholen der leeren Flaschen besteht. Verlangt die Brauerei während mehrerer Jahre von dem Kutscher niemals eine Auskunft, wo die von Kunden nicht zurückgegebenen Flaschen verblieben sind, so liegt darin ein Verzicht auf Auskunftserteilung oder eine stillschweigende Vereinbarung dahin, daß der Kutscher nur für solches leere Gut aufzukommen hat, das er schuldhaft einzuziehen unterlassen oder selbst beschädigt oder zerstört hat.

12. Pensionsverhältnisse. **a)** Mothes, R. **08** 588, bespricht die Pensionsversicherung der Privatbeamten und die Möglichkeiten, das Ruhegehalt unpfändbar zu machen. **b)** Über die Pfändbarkeit der Pensionsforderung von Privatbeamten vgl. zu § 850 ZPO. **c)** Fabrikpensionskasse. Kann in einem Arbeitsvertrage vereinbart werden, α. daß die Arbeiter sich Abzüge zu einer Pensionskasse vom Lohne gefallen lassen müssen? β. daß die in dieser Form geleisteten Beiträge bei seinem Ausscheiden verfallen? (vgl. o. zu § 138 Ziff. B 3d).

§ 612. 1. Begriffliches (s. JDR. **6** § 618 Ziff. 1). Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetze, JheringsJ. **54** 1, insbes. 32. Die Vorgänge des täglichen Lebens, die § 612 (ebenso wie §§ 632, 653, 689) im Auge hat, enthalten in der Sache keine fingierten, sondern wirkliche Willenserklärungen. Denn die Willenserklärung erfolgt nicht nur durch Worte, sondern auch durch ein Verhalten, das vom Richter in Worte umzuwandeln ist. Die Auffassung der Willenstheorie, daß hier fingierte Willenserklärungen vorliegen, ist nur dadurch möglich, daß der Gesetzgeber mit den Worten „den Umständen nach" überhaupt keinen Tatbestand für solche Fälle gegeben hat und außerstande gewesen ist, den bei allen Kulturvölkern geltenden, auslegenden Gewohnheitsrechtssatz auszusprechen, daß, wenn jemand von einem erkennbar Gewerbetreibenden eine in dessen Gewerbe einschlagende Leistung ohne Preisbestimmung verlangt, dieses Verhalten im Zweifel dahin zu deuten ist, daß er sich zum kundenüblichen Preise verpflichte.

2. Honorar der Ärzte, insbes. der Spezialärzte (s. JDR. **6** § 612 Ziff. 2). **a)** Hahn, GesuR. **9** 294. Der Arzt kann seine Liquidation nicht mehr einseitig abändern, wenn er sie dem Patienten mitgeteilt hat; er kann nur noch anfechten. Die Bestimmung der Höhe der Vergütung steht ihm innerhalb der Taxgebühr zu. **b)** RheinARV. **26** 1 (LG. Aachen). Der Arzt, der dem Patienten die auf ein Pauschquantum lautende Rechnung zugesandt hat, ist an diese Rechnung gebunden. Er kann, wenn Spezifizierung der Rechnung verlangt wird, nicht für dieselbe ärztliche Behandlung höhere Gebührenbeträge in Rechnung stellen, sondern nur durch Anfechtung die erste Preisbestimmung beseitigen. **c)** Spezialärzte. OLG. **17** 400 (Stettin). Die Anwendung der Taxe (d. h. der GebO. für approbierte Ärzte und Zahnärzte) kann durch stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen werden. Es ist alsdann, wenn eine Abrede über die Höhe der Vergütung fehlt, nach §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen, oder wenn eine ganz eigenartige, einer üblichen Bezahlung nicht unterworfene Leistung

zu würdigen ist, die Bestimmung des Honorars in das billige Ermessen des forderungsberechtigten Arztes gestellt (§§ 316, 315). Im allgemeinen wird aber ein Wille des Patienten, die Taxe, die zu seinem Schutze und dem Schutze des Publikums gegen überraschende Honoraransprüche erlassen ist, zu beseitigen, nicht anzunehmen sein, und zwar selbst dann nicht, wenn die zu vergütende Operationsweise von dem Arzte selbst ausgebildet ist, zur Zeit der Aufstellung der Taxe noch nicht ersonnen war und wenn dem Patienten bereits vor der Behandlung bekannt ist, daß der Arzt zu den ersten Spezialisten gehört, Universitätsdozent ist und daß diese sich meist nicht nach der GebO. zu richten pflegen. Diese Umstände rechtfertigen vielmehr nur den Schluß, daß nach Beschaffenheit und Schwierigkeit der Leistung der höchste taxmäßige Satz ähnlicher Leistungen anzusetzen ist. **d)** Vergütung für ärztliches Gutachten vgl. § 632 Ziff. 2.

3. Einzelne Fälle. **a)** Vergütung der freien Notare. *v. Amelunxen, DNotV. **08** 290, 305 f. Auch Dienstleistungen der sog. freien Notare fallen unter § 612. Ihre Klage auf Vergütung kann durch ein landesgesetzlich vorgesehenes Kostenfestsetzungsverfahren nicht ausgeschlossen werden. Anders freilich, wenn die Gebühren zur Staatskasse fließen. **b)** Bestimmung der Höhe partiarischer Vergütung. OLG. **17** 401 (KG.). In der Zusicherung eines Anteils am Gebührenreingewinn einer Vermittelungsgesellschaft ist die Zusicherung eines durchschnittlich zu berechnenden Gehalts zu finden. Der Angestellte muß aber, um einen entsprechenden Durchschnittsbetrag als Teil seines Jahresgehalts fordern zu können, entweder darlegen, daß ihm ein bestimmter Mindestreingewinn von der Gesellschaft garantiert ist oder daß nach Gründung der Gesellschaft Geschäftseinrichtungen in Kraft getreten sind, welche wenigstens die Möglichkeit einer Gewinnbeteiligung und Berechnung eines durchschnittlichen Gewinnanteils gewähren. **c)** Spielgeld des Schauspielers. OLG. **17** 403 (KG.). Das Spielgeld des Schauspielers stellt die jedesmalige Vergütung für das einzelne Auftreten dar, die nur so oft gezahlt wird, als der Schauspieler wirklich auftritt, im Gegensatze zur Gage, die eine Vergütung für die Tätigkeit im ganzen ist. Der Schauspieler kann für Abende, an denen er durch Krankheit am Auftreten verhindert war, das Spielgeld nicht verlangen. **d)** Bedeutung des Tarifs. GewuKfmG. **13** 165 (GG. Hamburg). Die Bestimmungen eines Tarifs über Außenarbeit können auch auf die Rechtsbeziehungen von solchen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die keiner der Tarifvertragkorporationen angehören, insofern von Einfluß sein, als der im Tarife festgesetzte Lohn als der am Orte übliche angesehen werden kann. **e)** Ebenso GewuKfmG. **14** 191 (GG. Augsburg). **f)** Lohnanspruch eines Pflegekindes. JurBl. **08** 69 (ÖstObGH.). Für die Beurteilung des auf Grund eines stillschweigenden Dienstvertrags behaupteten Lohnanspruchs einer Pflegetochter ist erheblich, ob und inwieweit deren Stellung im Hause der Pflegeeltern die eines Dienstmädchens und nicht die eines Familienmitglieds gewesen ist, ferner ob die wirtschaftlichen Verhältnisse der Pflegeeltern die Haltung und Bezahlung eines Dienstmädchens erforderten oder auch nur zuließen (österr. Recht). **g)** Honorar des Schiedsrichters vgl. § 632 Ziff. 3. **h)** JurBl. **08** 489 (ÖstObGH.). Das Verhältnis von Eltern zu Kindern begründet keine Vermutung gegen das Bestehen eines Lohnverhältnisses (österr. Recht).

§ 613. 1. Anwendung auf den Akkordvertrag. S. Wölbling aaO. 131.

2. Hilfe, SeuffBl. **08** 616. Der gewerbliche Lehrherr ist in der Regel nicht befugt, die Arbeitskraft des Lehrlings einem anderen Betriebsunternehmer aushilfsweise zu überlassen, weil hierbei der Zweck des Lehrverhältnisses (Anleitung des Lehrlinges in den Arbeiten des Berufsfaches) gefährdet wird. Dem Lehrling erwächst aus einer solchen Überlassung ein Grund zur einseitigen Lösung des Lehr-

verhältnisses gemäß § 127 b Abs. 3 Ziff. 2 GewO. Die Überlassung ist nur dann zu billigen, wenn der Lehrherr dem bedrängten Betriebsunternehmer den Lehrling unter der Aufsicht des mit der Anleitung beauftragten und hierfür geeigneten Betriebsgehilfen zur Verfügung stellt.

§ 614. 1. Bedingter Lohnanspruch. OLG. **17** 406 (Colmar). Die Bestimmung der Fabrikordnung: „Wer die Arbeit ohne Kündigung verläßt, verliert die Löhnung bis zum Betrage des durchschnittlichen Wochenlohns" berechtigt den Fabrikanten trotz § 394, dem vertragsbrüchigen Arbeiter den Betrag des Wochenlohns von seinem Lohne abzuziehen. Es handelt sich nicht um Aufrechnung einer Vertragsstrafe. Vielmehr ist der Lohnanspruch durch die vorerwähnte Bestimmung auflösend bedingt. Er entsteht bis zum Betrage des Wochenlohns nicht, wenn der Arbeiter ohne Kündigung die Fabrik verläßt.

2. Teilung der Gesamtvergütung. SeuffA. **63** 272 (Zweibrücken). Die für eine Mehrheit von Dienstleistungen vereinbarte Gesamtvergütung kann auch ohne Abschluß der gesamten Tätigkeit zu einem verhältnismäßigen Teile gefordert werden, wenn die einzelnen Dienste unter sich in keinem engen Zusammenhange stehen, sondern eine Trennung nach gewissen Abschnitten ohne Schwierigkeit gestatten.

3. Keine vorzeitige Fälligkeit bei Vermögensverschlechterung des Dienstherrn. SeuffA. **63** 272 (Zweibrücken). Die Vermögensverschlechterung des Dienstherrn gibt dem Dienstverpflichteten zwar die Befugnis, die ihm obliegende Leistung (Fortsetzung der Bauaufsicht) zu verweigern, bis der Dienstherr Sicherheit leistet, nicht aber das Recht, für den bereits geleisteten Teil seiner (in sich zusammenhängenden, vgl. oben Ziff. 2) Dienste eine entsprechende Bezahlung schon jetzt zu fordern. Der hierdurch herbeigeführte, auch von Dernburg II § 93 Note 10 hervorgehobene ungünstige Schwebezustand läßt sich nur vermeiden, wenn der Dienstverpflichtete sich Abschlagszahlungen oder Vorschußleistungen bedingt.

4. Fälligkeit der Weihnachtsgratifikation. a) DJZ. **08** 768 (KfmG. Berlin). Die dem Angestellten in Aussicht gestellte Weihnachtsgratifikation bildet keine Schenkung, sondern einen Teil des Gehalts. Doch setzt ihre Fälligkeit voraus, daß der Angestellte das Vertragsverhältnis über Weihnachten hinaus einhält. Der Angestellte kann nicht beanspruchen, daß ihm, wenn er vorher austritt, die Gratifikation anteilsmäßig gezahlt wird. **b)** GewuKfmG. **14** 199 (KfmG. Hamburg). Ein Recht auf Weihnachtsgratifikation besteht nicht, wenn der Gehilfe zu Weihnachten nicht mehr im Geschäfte tätig ist.

5. Zurückbehaltung des Gehalts bis zur Rechnungslegung vgl. § 666 Ziff. 3.

§ 615. 1. Allgemeines. **a)** Lotmar II 277 ff. Unterlassung der Arbeit wegen Verweigerung ihrer Annahme durch den Arbeitgeber. Sein Annahmeverzug. Tatbestand. Sinn der Nichtannahme. Setzt Möglichkeit der Leistung voraus. Annahmeverzug auch, wo Annahme nicht erforderlich (279 ff.). Angebot der Leistung, verbales und reales (286). Ausnahmen (290). Annahmeverzug liegt auch mangels ausdrücklicher Zustimmung des Arbeitnehmers bei Aussetzenlassen der Arbeit, stets bei Aussperrung vor (296 ff., vgl. dagegen unten Ziff. 2 b—e). Folgen des Annahmeverzugs (301 ff., 304 ff.). Die im § 615 vorbehaltene Vergütung ist der Funktion nach Schadensersatz. Anrechnungen (308 ff.). § 615 Satz 1 ist zwingenden, Satz 2 nachgiebigen Rechtes (314 ff.). **b)** Annahmeverzug des Arbeitgebers beim Akkordvertrage. S. Wölbling aaO. 134. **c)** OLG. **17** 404 (KG.). § 615 bezieht sich auf den Fall, daß der Verpflichtete seinen Dienst noch nicht angetreten hat und der Berechtigte mit der Annahme der noch gar nicht begonnenen Dienste in Verzug geraten ist. In diesem Falle ist Voraussetzung des Verzugs des Dienstberechtigten, daß der Dienstverpflichtete seine Dienste zuvor tatsächlich oder

im Falle des § 295 BGB. wenigstens wörtlich angeboten hat (vgl. SeuffA. **59** 163). War dagegen das Dienstverhältnis bereits in Kraft getreten und hatte es nur eine Unterbrechung erlitten, so kommt, wenn der Verpflichtete nach seiner Wiedergenesung seine Dienste vergeblich wieder anbietet, auf seine Ansprüche nicht § 615, sondern § 324 zur Anwendung. Es bedarf also nicht, wie im Falle des § 615 eines nochmaligen (protestartigen) Angebots der Dienste, sondern es muß genügen, wenn der Dienstverpflichtete überhaupt seine Dienste anbietet und sich zu deren Weiterleistung bereit erklärt (vgl. OLG. **10** 179).

2. Wesen der Maiaussperrung. a) Lotmar, GewuKfm.G **13** 225. Die Maiaussperrung ist einseitige Unterbrechung, nicht Auflösung des Dienstverhältnisses. Sie versetzt den Arbeitgeber in Annahmeverzug. Die von ihr betroffenen Arbeiter können den Lohn für die Arbeit beanspruchen, die sie infolge der Aussperrung nicht geleistet haben. b) Dagegen Bartels, DJZ. **08** 1258. Durch die Aussperrung wird der Dienstvertrag aufgelöst, durch die Wiedereinstellung ein neuer Dienstvertrag geschlossen; für einen Annahmeverzug des Dienstherrn ist kein Raum, da die Vertragszeit nicht gesetzlich und meist auch nicht vertraglich (bei der in den großen Industriebetrieben üblichen eintägigen Kündigung) bestimmt ist (vgl. auch § 620 Ziff. 2). c) Gegen Lotmar auch Flesch, GewuKfm.G **13** 393. Der Arbeitgeber will mit der Maiaussperrung nicht die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten unterbrechen, sondern den Arbeitsvertrag auflösen. Für einen Annahmeverzug ist deshalb, wenn der Arbeiter am 2. Mai wieder eintreten will, kein Raum. d) Ebenso Wölbling, GewuKfmG. **13** 397. e) Endlich auch Boysen, GewuKfmG. **14** 137. Die Maiaussperrung enthält keine nur tatsächliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, sondern eine rechtliche Aufhebung, zu welcher der Arbeitgeber infolge des in der Maifeier liegenden Vertragsbruchs der Arbeitnehmer berechtigt ist.

3. Einzelne Fälle. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 3581. Der Dienstberechtigte, der dem Verpflichteten die Vertretung in Herren- und Damenstoffen übertragen hat, kommt mit der Annahme der Dienste nicht in Verzug, solange der Dienstverpflichtete seine im Vertrag übernommene Verpflichtung, seinerseits einen tüchtigen jungen Mann als Gehilfen anzunehmen und ein helles Lokal für die ihm zu übergebenden Stoffe zu halten, bestreitet. Dies gilt selbst dann, wenn der Dienstverpflichtete tatsächlich einen Gehilfen angestellt und einen größeren Raum gemietet hatte. b) BraunschwZ. **08** 137 (Braunschweig). Werden Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft grundlos entlassen, so kann die letztere durch das Angebot der Dienste wegen § 24 GenG. nicht in Annahmeverzug geraten; für den Anspruch auf Vergütung greift in diesem Falle § 324 Abs. 1 ein, da die Dienstleistung durch die Entlassung, einen von der Genossenschaft zu vertretenden Umstand, unmöglich geworden ist. c) GewuKfmG. **14** 10 (GG. Berlin). Der mit sofortiger Kündigung beschäftigte Arbeiter kann Lohn für die Zeit des auf Verlangen des Arbeitgebers erfolgten Aussetzens in der Regel nicht beanspruchen, weil er stillschweigend meist mit dem Aussetzen einverstanden ist. d) GewuKfmG. **13** 235 (GG. Mainz). Der Arbeiter kann, wenn seine Beschäftigung infolge einer zufällig eintretenden Betriebsstörung unmöglich war, für diese Zeit keinen Lohn beanspruchen. e) GewuKfmG. **13** 402 (GG. Chemnitz-Stadt). Unmöglichkeit der Leistung eines für kinematographische Schaustellungen Angestellten infolge von Landestrauer. f) OLG. **17** 404 (Dresden). Der zum Konzertieren mit Kapelle in einem Restaurant vom Wirte engagierte Dienstverpflichtete behält seinen Vergütungsanspruch, wenn der Wirt ihn auf Grund des Verbots einer ungültigen Polizeivorschrift nicht auftreten läßt.

4. Anrechnungspflicht (s. JDR. **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **5** Ziff. 4). a) GewuKfmG. **14** 200 (Hamm). Der entlassene Angestellte muß sich das Wartegeld anrechnen lassen, welches ihm von einem anderen Arbeitgeber ohne Verpflichtung

zu Gegendiensten gewährt wird. b) Anrechnungspflicht bei unterlassener Verwendung der Arbeitskraft infolge Rechtsirrtums verneint Plutus **08** 138, bejaht das. 504 (KaufmG. Berlin).

§ 616. 1. Anwendungsgebiet. Lotmar II 199 ff. Ist der Arbeitnehmer in Leistungsverzug gekommen und wird er während desselben durch eine unverschuldete Krankheit an der Arbeit verhindert, so ist er zwar für die Dauer der Krankheit nicht aus dem Verzuge schadensersatzpflichtig, aber er kann für diese Zeit die ihm durch § 616 vorbehaltene Vergütung nicht beanspruchen, es sei denn, daß Grund für die Annahme vorliegt, daß er ohne die Verhinderung die Arbeit geleistet haben würde.

2. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit (s. JDR. **2** Ziff. 4, 5, **3** Ziff. 4, **6** Ziff. 2). a) Lotmar II 201 ff. Ob die Zeit der Verhinderung beim Zeitlohnvertrag eine verhältnismäßig nicht erhebliche ist, läßt sich nur an ihrer Vergleichung mit der Größe der Arbeitszeit bemessen, sei es der verflossenen, sei es der künftigen (event. der wahrscheinlichen), oder beider zusammen. Andere Faktoren, wie Größe des Betriebs, Zahlungszeit, lohnmessender Zeitabschnitt, Kündigungsfrist, Vertragszeit, haben keine oder nur mittelbare Bedeutung, insofern sie die Ausdehnung der Arbeitszeit beeinflussen. b) OLG. **17** 406 (KG.). Als Maßstab für die Erheblichkeit der Unterbrechung (8 wöchige Pflichtübung) kommt namentlich in Betracht das Verhältnis der Dauer der Unterbrechung zur bestimmungsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses, die Stellung des Dienstverpflichteten, die Art des Geschäfts des Dienstherrn und besonders der Umstand, daß für die Dauer der Unterbrechung die Beschaffung eines besonderen Vertreters notwendig geworden ist. c) R. **08** II Ziff. 3408 (Stuttgart). Einem Bautechniker, der seit 1¾ Jahren mit sechswöchiger Kündigung bei einem Architekten angestellt ist, steht bei einer achtwöchigen militärischen Übung die Vergünstigung des § 616 nicht zur Seite. d) Gew. uKfmG. **14** 194 (GG. Gleiwitz). Jede militärische Übung, auch eine 8 wöchige, ist nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616.

3. Zwingende Natur des § 616. Lotmar II 231 ff. Die Vorschrift des § 616 Satz 1 ist unabdingbar, kann aber durch Ausübung des Kündigungsrechts praktisch vereitelt werden.

§ 617. Gesinde. a) OLG. **17** 407 (Posen). Zum Gesinde im Sinne des § 1 PrGesO. gehört auch der als Futtermann zu dauernden Diensten Angestellte, selbst wenn er gegen Lohn und Deputat gemietet ist und nicht im Hause des Dienstgebers Wohnung und Beköstigung erhält, sondern in einer ihm auf dem Gute angewiesenen Wohnung einen eigenen Haushalt führt. b) OLG. **17** 408 (Colmar). Auf Wochenlohn für eine kurze Betriebszeit engagierte Saisonarbeiter, die in einem auf dem Gute des Dienstherrn befindlichen Arbeitshaus untergebracht sind, kein Gesinde im Sinne der ElsLothGesO. vom 26. Juli 1903.

§ 618. 1. Inhalt der Fürsorgepflicht im allgemeinen. Die Entsch. **RG.** JDR. **6** Ziff. 1 c jetzt auch LeipzZ. **08** 63.

2. Anwendungsgebiet (sachlich und persönlich). a) **RG.** JW. **08** 107, R. **08** II Ziff. 495, BadRpr. **08** 148. § 618 setzt voraus, daß zwischen den Parteien ein Dienstvertrag besteht, d. h. daß für die Dienstleistung eine Vergütung nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung zu gewähren ist. Auf einen fremden Arbeiter, der nur aus Gefälligkeit und zufällig bei einer einzelnen Verrichtung Hilfe leistet, findet § 618 keine Anwendung (vgl. JDR. **6** § 618 Ziff. 2 c). b) R. **08** II Ziff. 3248 (Colmar). Die Bestimmung findet nicht unterschiedslos auf alle Dienstverträge, sondern nur auf diejenigen Anwendung, bei welchen der Dienstberechtigte, sei es auch nur stillschweigend, die Verpflichtung übernommen hat, dem Dienstpflichtigen die zur Verrichtung der Dienste erforderlichen Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen. Einem Handlungsagenten gegenüber besteht mangels besonderer Vereinbarung

keine Verpflichtung des Geschäftsherrn, ihm Arbeitsräume zur Verfügung zu stellen. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 494. Stellt ein Unternehmer einem anderen Unternehmer zu Arbeiten, die in seinem Betriebe vorzunehmen sind, einen Teil seiner Arbeiter zur Hilfeleistung zur Verfügung, so wird er damit diesen Arbeitern gegenüber seiner Verpflichtung aus § 618 (und § 120 a GewO.) nicht ohne weiteres enthoben. **d)** OLG. **17** 411 (Dresden). § 618 Abs. 3 findet auch Anwendung auf die Dienstleistungen eines Lehrlinges, die in der Verrichtung der ihm aufgetragenen gewerblichen Arbeiten bestehen. **e)** **RG.** R. **09** II Ziff. 250. Benutzt ein Landwirt gelegentlich der Ablieferung seines an eine Brauerei verkauften Heues eine gewöhnliche Leiter der letzteren in unsachgemäßer Weise, so besteht keine Haftung der Brauerei für die ihm hierbei zugestoßene Körperverletzung. **f)** Gehilfen des Dienstverpflichteten s. JDR. **6** § 618 Ziff. 2 b (Königsberg), jetzt auch R. **08** II Ziff. 727. **g)** OLG. **17** 411 (Celle). Die Ehefrau, die ein Dienstmädchen innerhalb des Rahmens der Schlüsselgewalt engagiert hat, haftet nicht für einen Unfall des Dienstmädchens beim Fensterputzen, auch wenn sie unterlassen hat, für die Gerätschaften zum Fensterputzen zu sorgen und sich um die Art der Ausführung der Arbeit zu kümmern. Denn Vertragsgegner ist nur der Mann, und eine außervertragliche Haftung aus schuldhafter Unterlassung ist nicht schon bei einem bloß passiven Verhalten, sondern erst bei Nichterfüllung einer Rechtspflicht zum Handeln gegeben. Dagegen haftet der Mann, der der Frau die Führung des Hauswesens überläßt, für deren Verschulden bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nach § 278.

3. Anwendung auf den Beamtendienstvertrag. **a)** **RG.** JW. **08** 448, PrVerwBl. **29** 836. Die Anwendung des § 618 auf öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnisse entspricht der ständigen Rechtsprechung des RG. **b)** **RG.** EisenbE. **25** 58. Für den auf § 618 gegründeten Schadensersatzanspruch eines Beamten, der durch einen im Dienste erlittenen Unfall erwerbsunfähig geworden ist, ist der Rechtsweg zulässig (unter Aufgabe der gelegentlichen Ansicht R. **08** 209).

4. Verhältnis zu §§ 823 ff. (847). **a)** Schäfer, HessRspr. **8** 158, verneint den Anspruch des Angestellten auf Schmerzensgeld, weil § 847 im § 618 nicht erwähnt ist und weil § 253 den Anspruch nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen zuläßt. **b)** OLG. **17** 409 (Bamberg). Die Vorschriften der §§ 823 ff. stehen als allgemeine den Bestimmungen über vertragliches Verschulden derart gegenüber, daß eine kumulative Inanspruchnahme des Schuldners aus beiden Haftungsgründen zugleich in Ansehung desselben Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist. Dies gilt namentlich auch für die Fälle, in denen eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung zugleich den Tatbestand einer Vertragsverletzung und einer unerlaubten Handlung erfüllt. Zwar hindert das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschädigten und dem Schuldner die Belangung des letzteren aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung an sich dann nicht, wenn die subjektiven und objektiven Erfordernisse einer solchen selbständig neben dem Vertragsverhältnisse gegeben sind. Ist die schuldhafte Unterlassung oder Handlung aber gerade in Erfüllung und durch Außerachtlassung jener Verpflichtungen erfolgt, welche nach dem Vertrag ausdrücklich übernommen sind, und besteht sonach zwischen diesem und dem schädigenden Tun oder Unterlassen ein innerer Zusammenhang, so kann der Schadensersatz auch nur nach den speziell für dieses Vertragsverhältnis bestehenden gesetzlichen Vorschriften geltend gemacht werden (vgl. Staudinger Vorbem. III, Oertmann Vorbem. 5 zu §§ 823 ff., auch JDR. **5** § 618 Ziff. 2 a). **c)** OLG. **17** 410 (Braunschweig). § 618 gehört zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 823 Abs. 2 (vgl. JDR. **5** § 823 II Ziff. 3 c α, **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6 e α). **d)** **RG.** JW. **08** 449, R. **08** II Ziff. 2315. Durch die Bezugnahme auf § 844 ist auch den im § 844 Abs. 2 genannten Dritten ein selbständiger Schadensersatzanspruch gegen den Dienst-

berechtigten gegeben, unabhängig von außerkontraktlichem Verschulden.

5. Einzelne Fälle. a) Verletzung eines Dienstmädchens beim Gebrauch einer Waschmaschine: OLG. 17 409 (Bamberg). b) Verletzung einer Waschfrau durch versehentlich in der Wäsche befindliche Nadeln: OLG. 17 410 (Braunschweig). Der Dienstberechtigte ist verpflichtet, auf die sorgfältige Entfernung der Nadeln vor der Wäsche zu achten, wenn die Wäschestücke zum Gebrauche mit Nadeln versehen, z. B. Gardinen mit Nadeln an den Gardinenbrettern befestigt werden und wenn überhaupt mit dem Vorhandensein von Nadeln in den Wäschestücken gerechnet werden kann. c) Tötung bei Obduktion eines milzbrandverdächtigen Pferdes. **RG.** JW. **08** 449, R. **08** II Ziff. 2314. Die Gemeinde, die einen anderen zur Hilfeleistung bei der Obduktion gegen Entgelt annimmt, haftet, wenn sie unterläßt, den Dienstverpflichteten auf die Gefährlichkeit der übernommenen Verrichtungen aufmerksam zu machen. d) **RG.** R. **08** II Ziff. 289. Der Lehrer einer Gemeindeschule, der, um ein Fenster zu schließen, auf eine Schulbank gestiegen ist und infolge des schadhaften Zustandes der Schulbank einen Unfall erleidet, kann die Gemeinde aus § 618 auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. e) Falltür in Mietwohnung. **RG.** R. **08** II Ziff. 729, WarneyersJ. **08** Nr. 206. Befindet sich in der Mietwohnung des Dienberechtigten im Flure eine Falltür, deren Einrichtung für das Gesinde Gefahren in sich schließt, so kann der Dienstberechtigte seine Haftung nicht mit dem Hinweis ablehnen, daß der Vermieter für den Schaden verantwortlich sei. Denn er war nötigenfalls berechtigt und deshalb dem Gesinde gegenüber auch verpflichtet, die Einrichtung der Falltür selbst entsprechend zu ändern (§ 538 Abs. 2). f) Unfall bei der Lohnzahlung. **RG.** R. **09** II Ziff. 456 verneint die Haftung des Dienstberechtigten bei folgendem Tatbestand: Ein Landwirt hatte Kinder, die er beim Kartoffellesen beschäftigt hatte, später zur Lohnzahlung auf seinen Hof bestellt. Eins der Kinder hatte, während es auf die Lohnzahlung warten mußte, einen offenstehenden Schuppen betreten, sich hier an einer Buttermaschine zu schaffen gemacht und dabei verletzt. — Wenn auch das vertraglich bedungene Erscheinen der Kinder zum Lohnempfang als eine Dienstleistung anzusehen ist, so erstreckt sich die Vertragspflicht des Dienstherrn aus § 618 nicht auf Räume, wo die Dienstverpflichteten nichts zu suchen hatten. g) Gesundheitsgefährlicher Zustand einer Schiffsküche. **RG.** LeipzZ. **08** 63, schon JDR. **6** § 618 Ziff. 1 c. h) Zugang zu den Arbeitsräumen. R. **08** II Ziff. 728 (Cassel). Der Dienstberechtigte hat auch die Zugänge zu den Arbeitsräumen ordnungsmäßig herzustellen und zu unterhalten. i) Gemeinde als Dienstberechtigte. Untersuchung der Geräte durch den Dienstherrn s. JDR. **6** § 618 Ziff. 7 e (Kiel), jetzt auch OLG. **17** 412. k) Anrechnung von Leistungen der Berufsgenossenschaft. **RG.** R. **08** II Ziff. 730. Der ersatzpflichtige Dienstberechtigte ist nicht befugt, auf seine Schadensersatzschuld diejenigen Beträge anzurechnen, die dem Verletzten nur vorläufig von einer Berufsgenossenschaft gezahlt sind.

§ 620. 1. Brogsitter, GewuKfmG. **13** 67, bespricht die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Herausgabe der Quittungskarte an den Arbeitnehmer.

2. Maiaussperrung Beendigung oder Unterbrechung des Dienstverhältnisses? (s. oben § 615 Ziff. 2). Bartels, DJZ. **08** 1258 (gegen Lotmar). Die Maiaussperrung ist rechtlich eine Entlassung, ein Rücktritt vom Dienstvertrage, gegründet auf den Leistungsverzug des Maifeiernden und das fehlende Interesse des Dienstherrn an der Fortsetzung des bisherigen Arbeitsvertrags (§ 326 Abs. 2) oder auch auf den wichtigen Grund des § 123 Ziff. 3 GewO.

3. SchlHolstAnz. **08** 152 (LG. Kiel). Die Herbeiführung einer Sperre über Arbeiter, die lediglich von ihrem vertragsmäßigen Kündigungsrechte Gebrauch gemacht haben, enthält eine gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung im Sinne des § 826.

§ 621. 1. Bemessung der Vergütung nach bestimmten Zeitabschnitten. Hölder, R. **08** 16, vgl. oben zu § 565 Ziff. 1a.

2. OLG. **17** 412 (Naumburg). Die Vorschriften der §§ 621, 622 sind dispositiver Natur. Die abweichende Vereinbarung einer halbjährigen Kündigungs frist läßt aber nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß auch die Vorschriften über den Kündigungs termin geändert worden sind.

§ 622. 1. Feste Bezüge. Lotmar II 61 ff. Feste Bezüge im Sinne dieser Vorschrift sind Zeitlöhne, die das Arbeitsverhältnis als stabile Einkommensquelle erscheinen lassen, die in gleichen Raten und in gleichen Intervallen entrichtet zu werden pflegen (in teilweiser Berichtigung von Bd. I 347[1]).

2. Technische Angestellte bei Baubehörden. Hilse, ABürgR. **32** 405. Ein Baukundiger von höherer technisch-wissenschaftlicher Ausbildung, der von einem angestellten Baubeamten, sei es auf dessen Kosten zur Entlastung, sei es für Rechnung der Dienststelle zur Erledigung behördlicher oder privater Arbeiten angestellt ist, ist Privatbeamter im Sinne des § 622 und hat auf eine Kündigungsfrist von sechs Wochen (oder unter den Voraussetzungen des § 623 von zwei Wochen) Anrecht. Eine Vereinbarung zwischen dem Dienstherrn und einem solchen Baukundigen ist nach § 134 BGB. nichtig, wenn sie eine bloß eintägige Kündigung des Dienstverhältnisses dem Dienstberechtigten vorbehält.

3. Kündigung bei Zusicherung einer „Lebensstellung". ZAktGes. **15** 153. Dem Geschäftsführer einer GmbH., der seine frühere Stellung gegen den ihm angebotenen Geschäftsführerposten aufgegeben hat und dem zugesichert ist, daß es sich für ihn um eine Lebensstellung handle, kann nicht mit der Frist des § 622 BGB. gekündigt werden, sondern nur mit einer (auf ein Jahr veranschlagten) Frist von solcher Dauer, daß er sich in der Zeit bis zu seinem Austritte wieder eine angemessene, seinen Fähigkeiten entsprechende Stellung verschaffen kann (unter Besprechung der Entsch. **RG.** JDR. **6** § 621 Ziff. 1, jetzt auch SeuffA. **63** 56).

4. Bureauvorsteher. SächsRpflA. **08** 221, R. **08** II Ziff. 1169 (KG.) Die Dienste des Vorstehers eines Anwaltsbureaus sind solche höherer Art.

§ 623. Kündigung beim Akkordvertrage. S. Wölbling aaO. 171 ff.

§ 625. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 988, JW. **08** 138, LeipzZ. **08** 308, HansGZ. **08** Hauptbl. 141, R. **08** II Ziff. 731. Als Kündigungsfristen für das stillschweigend fortgesetzte Dienstverhältnis können nur die gesetzlichen, nicht die vertraglichen in Betracht kommen (vgl. JDR. **6** § 625). Das gilt auch für den Agenturvertrag (vgl. oben § 611 Ziff. II 3 a).

2. GewuKfmG. **13** 404 (KfmG. Mannheim). Der Angestellte, dem bei der Kündigung vom Prinzipale versprochen wird, er könne bleiben, bis er eine andere Stelle gefunden habe, hat wegen der unverbindlichen Natur dieser Zusage in der Regel keinen Anspruch darauf, über den Kündigungstermin hinaus beschäftigt zu werden. Geschieht dies trotzdem, so liegt darin keine Verlängerung des Dienstverhältnisses auf unbestimmte Zeit.

§ 626. 1. Anwendungsgebiet. Allgemeines. a) Wölbling aaO. 130. Auch beim Akkordvertrage besteht ein persönliches Verhältnis der Vertragschließenden zueinander, dessen Verletzung den anderen Teil unter Umständen zur sofortigen Kündigung berechtigt. b) **RG. 68** 223, JW. **08** 344, BankA. **7** 281, DJZ. **08** 646, ZAktGes. **15** 220. Auf die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft findet § 626 keine Anwendung (vgl. zu § 243 HGB.).

c) Zwingende Natur der Bestimmung s. § 627 Ziff. 2. **d)** Rücktritt wegen positiver Vertragsverletzung. OLG. **16** 370 (KG.) (vgl. o. § 326 Ziff. 5 f). Ein Bedürfnis zur analogen Anwendung der §§ 325, 326 besteht in denjenigen Fällen nicht, in denen durch positive Gesetzesvorschrift, wie beim Dienstvertrage, dem Vertragstreuen die Möglichkeit gegeben ist, die alsbaldige Klärung der Rechtslage dadurch herbeizuführen, daß er von dem ihm bei wichtigen Gründen, insbesondere bei wesentlichen Pflichtverletzungen des Gegners, ausdrücklich gegebenen Rechte zur Kündigung des Vertrags ohne Einhaltung einer Frist Gebrauch macht. **e)** BadRpr. **08** 142 (Karlsruhe). Ob ein wichtiger Grund zur Entlassung vorliegt, kann nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles, nach der objektiven Sachlage, nicht nach den subjektiven Beweggründen des Kündigenden entschieden werden. Die Gründe müssen so schwerwiegend sein, daß dem Kündigenden die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht länger, nicht einmal mehr bis zum nächsten zulässigen Termine zugemutet werden kann. **f)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 213. Bei der Beurteilung von Entlassungsgründen können beim Hinzutritte neuer Verfehlungen auch ältere Vorkommnisse, selbst wenn ihnen der Dienstherr einstweilen ein größeres Gewicht nicht beigelegt hatte, herangezogen werden. g) PosMSchr. **08** 157 (Königsberg). Aus dem Umstande, daß der Berechtigte nach erlangter Kenntnis des wichtigen Grundes das Dienstverhältnis noch eine Zeit lang fortsetzt, ist ein Verlust des außerordentlichen Kündigungsrechts oder ein Verzicht nur dann zu folgern, wenn die Benutzung des Kündigungsrechts in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise hinausgeschoben wird (verneint in einem Falle, in dem die Hinterbliebenen eines Rechtsanwalts dem Bürovorsteher wegen des Todesfalls nach 26 Tagen gekündigt hatten).

2. Gründe, die sich vor der Anstellung ereignen (s. JDR. 4 Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. 2). **a)** **RG.** JDR. **6** § 626 Ziff. 2 jetzt auch GruchotsBeitr. **52** 694. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 3582. Daß der Dienstverpflichtete vor Abschluß des Dienstvertrags unwahre Angaben über seine früheren Leistungen und seine geschäftliche Tüchtigkeit gemacht hat, rechtfertigt an sich nur eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, gibt aber keinen Grund zur sofortigen Entlassung. Kommen indes auch noch andere Gründe für eine sofortige Entlassung in Betracht, so können solche falsche Zusicherungen, auch wenn sie durch Nichtausübung des Anfechtungsrechts als verziehen anzusehen sind, zur Unterstützung herangezogen werden. **c)** ZAktGes. **15** 257. Der Geschäftsführer einer GmbH. kann wegen Unterschlagungen entlassen werden, die er vor Antritt seiner Stellung begangen hat. **d)** OLG. **17** 413 (KG.). Der Inhaber eines Bureaus für landwirtschaftliches Rechnungswesen kann einen Reisenden, dessen Tätigkeit auf einem besonderen Vertrauen der Kunden und des Dienstherrn beruht, ohne Kündigung entlassen, sobald er erfährt, daß der Reisende vorher eine Zuchthausstrafe oder eine erhebliche Gefängnisstrafe wegen Unterschlagung erlitten hat; er kann aber auch den Vertrag wegen Irrtums über eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Person nach § 119 anfechten.

3. Gründe, die nach der Entlassung liegen. **RG.** R. **08** II Ziff. 3583. Ist es auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß der Dienstherr zur Rechtfertigung der Entlassung auch später eingetretene Vorkommnisse verwertet (vgl. **RG.** **32** 249), so ist doch nicht außer acht zu lassen, daß nach ausgesprochener Entlassung an das Verhalten des Dienstpflichtigen ein milderer Maßstab anzulegen ist.

4. Wichtige Gründe. Einzelfälle (s. JDR. **5** Ziff. 5, **6** Ziff. 4). a) Verdacht des Diebstahls: GewuKfmG. **13** 41 (LG. Stuttgart). **b)** Antisemitische Äußerungen des Handlungsgehilfen bei einem jüdischen Prinzipale: GewuKfmG. **13** 42 (KfmG. Mannheim). **c)** Nichterscheinen eines Reisenden im Geschäft an einem Nachmittage: Verneint GewuKfmG. **13** 110 (KfmG. München). **d)** Weigerung des Angestellten, eine Bestimmung des Dienstvertrags anzuerkennen: GewuKfmG. **13**

111 (KfmG. Weimar). **e)** Ungünstige Mitteilungen des Handlungsgehilfen über die finanzielle Lage des Prinzipals: GewuKfmG. **13** 113 (LG. Danzig). **f)** Grundlose Strafanzeige des Dienstverpflichteten gegen den Dienstherrn wegen Betrugs: **RG.** R. **08** II Ziff. 732. **g)** Einmonatige Krankheit des Anwaltsbürovorstehers: Verneint SächsRpflA. **08** 221, R. **08** II Ziff. 1170 (KG.). **h)** Unbotmäßigkeit eines Vorstandmitglieds einer Akt.-Ges.: **RG.** R. **08** II Ziff. 1360, HoldheimsMSchr. **08** 213. **i)** Objektiv unrichtige Strafanzeige des Prinzipals gegen den Angestellten: ElsLothJZ. **07** 421 (KfmG. Straßburg). **k)** Elftägige Krankheit (Neurasthenie) des Bureauvorstehers eines Anwalts: Verneint SächsRpflA. **08** 221 (KG.). **l)** Weigerung des erkrankten Geschäftsführers einer GmbH., sich von einem Vertrauensarzte der Gesellschaft untersuchen zu lassen: Verneint ZAktGes. **15** 135. **m)** Übermäßige Beschränkung der bisherigen Befugnisse durch Gesellschaftsbeschluß ist Kündigungsgrund für den Geschäftsführer der GmbH.: ZAktGes. **15** 155 (Frankfurt). **n)** Körperliche Mißhandlung des in einem Pensionat untergebrachten Sohnes ist Kündigungsgrund für den Vater: BadRpr. **08** 105, R. **08** II Ziff. 1957 (Karlsruhe). **o)** Tod des Rechtsanwalts wichtiger Grund für die Erben, dem Bürovorsteher zu kündigen: PosMSchr. **08** 157 (Königsberg).

§ 627. 1. Feste Bezüge (s. auch § 622 Ziff. 1). **RG.** JW. **08** 714. Die Provision des Kommissionärs stellt „feste Bezüge" im Sinne des § 627 selbst dann nicht dar, wenn ihm eine bestimmte Mindesteinnahme garantiert ist. Die Vorschrift des § 627 findet daher auf den Kommissionsvertrag Anwendung.

2. Ausschluß durch Parteivereinbarung (s. JDR. **5** § 627). **RG. 69** 363, JW. **08** 714, R. **08** II Ziff. 3584. Die Vorschrift des § 627 ist dispositiver Natur. Der gegenteiligen Meinung von Lotmar (Arbeitsvertrag I 615), Oertmann und v. Staudinger, die das Recht willkürlicher Kündigung beim Vertrauensverhältnisse für so wichtig halten, daß sie einer anderweiten Abrede die Wirkung versagen, ist im Hinblick auf § 626 nicht beizupflichten. Die letztere Vorschrift bleibt als absolute immer bestehen; gerade darum ist für § 627 die gleiche Unverzichtbarkeit nicht anzunehmen.

§ 628. ElsLothJZ. **07** 421 (KfmG. Straßburg). Die Schadensersatzpflicht des Abs. 2 besteht nur bei subjektivem Verschulden.

§ 629. 1. Geltungsgebiet. Lotmar II 322 ff. Die Vorschrift des § 629 hat ein Dienstverhältnis von unbestimmter Vertragsdauer im Auge, das durch befristete Kündigung beendet wird; sie findet nicht Anwendung, wenn bei Eingehung des Dienstvertrags von vornherein das Ende der Vertragszeit vereinbart ist (aM. Crome, System II § 258 Anm. 43 und Oertmann, ähnlich v. Staudinger Note 7, Schlegelberger, Landarbeiterrecht 134 Note 24). Sie greift nicht nur Platz, wenn der Arbeitnehmer ein anderes Dienstverhältnis aufsuchen will, sondern auch, wenn er die ihm zu gewährende Zeit zum Aufsuchen eines Arbeitsverhältnisses von anderem Typus, namentlich durch Werkvertrag, verwenden will.

2. Rechtsfolgen verweigerter Zeitgewährung. Lotmar aaO. a) Klage auf Erteilung der Einwilligung, b) Schadensersatzanspruch, c) unbefristete Kündigung aus wichtigem Grunde.

3. Geltungsstärke. Lotmar aaO. Die Vorschrift kann durch Parteiabrede nur näher bestimmt, nicht ausgeschlossen werden.

4. Gewährung bestimmter Tagesstunden. GewuKfmG. **13** 232 (GG. Chemnitz-Stadt). Der Gesichtspunkt der Angemessenheit ist nicht nur bei der Bestimmung der Zahl der Stunden, die dem Arbeiter zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren sind, sondern auch bei der Bestimmung der einzelnen Tageszeiten für den Arbeitgeber maßgebend.

§ 630. 1. Inhalt des Zeugnisses (s. JDR. **5** § 630 Ziff. 3). a) Dauer des Dienstverhältnisses. Koehne, GewuKfmG. **13** 194. Die im Zeugnisse zu bescheinigende Dauer des Dienstverhältnisses umfaßt bei Vertragsbruch des Arbeitgebers auch die Zeit, für welche die Parteien durch den Arbeitsvertrag zwar gebunden waren, in der aber der Arbeiter infolge Verschuldens des Arbeitgebers tatsächlich nicht gearbeitet hat (gegen eine Entsch. des LG. I Berlin). b) Bezeichnung als Ingenieur. HessRspr. **8** 169, R. **08** II Ziff. 1171 (Darmstadt). Wer seine Ausbildung nicht auf einer technischen Hochschule erhalten und kein Zeugnis über seine Befähigung als Ingenieur von ihr bekommen hat, kann nicht verlangen, daß in dem Zeugnisse seine Tätigkeit als die eines Ingenieurs bezeichnet werde.

2. Teilzeugnis nur über Leistungen oder Führung. OLG. **17** 414, SächsOLG. **29** 244 (Dresden). Der Verpflichtete kann verlangen, daß sich das Zeugnis nur auf die Leistungen oder nur auf die Führung im Dienste erstreckt; er braucht, wenn er ausschließlich ein Zeugnis über seine Beschäftigung und seine Leistungen begehrt, ein Zeugnis nicht anzunehmen, das sich auch auf seine Führung erstreckt. Das ergibt die Entstehungsgeschichte des zugrundeliegenden § 113 GewO., in welchem die Worte „und ihre Leistungen" erst durch die Novelle vom 1. Juni 1891 eingefügt sind; die Ausführungen von Planck (zu § 630), Staub (zu § 73 HGB.) und Wittner (HoldheimsMSchr. **12** 176), daß die Gewährung eines Alternativrechts ein falsches Gesamtbild des Zeugnisses nach sich ziehen könne, erscheinen nicht stichhaltig, denn Leistungen und Führung sind an sich verschiedene und von einem verständigen Zeugnisaussteller meist auseinanderhaltbare Dinge. Führung ist das Verhalten des Arbeiters im Arbeitsverhältnis, abgesehen von den Leistungen; Leistungen hingegen sind die Ergebnisse der von ihm behufs der mittel- oder unmittelbaren Ausführung der aufgetragenen Dienste entwickelten körperlichen oder geistigen Tätigkeit (vgl. hierzu LG. Dresden, GewG. **3** 64; zum Teil anders Bendix, JDR. **5** § 630 Ziff. 1). Der erstere Begriff betrifft die allgemeine menschliche Seite des Wechselverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeiter; der letztere das spezielle Gebiet der gewerblichen Produktivität. Der Zwang zur Beschränkung des Zeugnisses auf den einen oder anderen Punkt läuft auch dem Grundsatze von Treu und Glauben nicht zuwider; erfahrungsgemäß regt eine nur lückenhafte Beurteilung alsbald Zweifel über das Verschwiegene im Leser an. Das Alternativverlangen des Dienstverpflichteten enthält vielmehr einen Verzicht auf eine privatrechtliche Befugnis, der hier wie anderwärts statthaft ist.

3. Fälligkeit des Anspruchs. ZAktGes. **15** 237 (LG. I Berlin). Das Zeugnis kann nicht schon bei Kündigung, sondern erst beim Abzuge verlangt werden (beiläufig bei Erörterung des § 113 GewO.; vgl. JDR. **5** § 630 Ziff. 1 b).

4. Geltungsstärke der Vorschrift. Lotmar II 228. Der Anspruch auf das Zeugnis unterliegt nicht der Parteidisposition.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Auch hier sind, wie beim Dienstvertrage, die bedeutsamsten Anregungen durch Lotmars Arbeitsvertrag (Bd. 2) gebracht, von denen wenigstens einzelne im Rahmen des Jahresberichts Platz finden konnten. Eine Reihe von Streitfragen, die vornehmlich den Praktiker interessieren werden, hat Brückner, zumeist im Anschluß an die Rechtsprechung des RG., behandelt, darunter die interessante Frage, ob die kurze Verjährungsfrist des § 638 sich auch auf den aus positiver Vertragsverletzung bei Ausführung des Werkes erwachsenen Schadensersatzanspruch des Bestellers bezieht, eine Frage, die, wie die Polemik des OLG. Hamburg (§ 638 Ziff 3 b) ergibt, trotz der nunmehr einheitlichen Rechtsprechung des RG. in der Judikatur noch nicht einheitlich beantwortet wird. Oertmann hat, zum Teil unter Abweichung von bisheriger Auffassung,

das Gebiet der Projektarbeiten einer neuen Betrachtung unterzogen, Boethke die Sondermerkmale des Eisenbahnfrachtvertrags erörtert. Mehrfach ist die Rechtsnatur postalischer Einrichtungen behandelt; bemerkenswert sind hier die Auffassung von Scholz, der, abweichend von den bisherigen Ansichten, im Fernsprechanschlußverhältnis einen Werkvertrag erblickt, und die auch zu Titel 12 erwähnte Abhandlung von Müller, welche die Postverträge unter der Wirkung eines Postschließfachabkommens untersucht (§ 631 Ziff. IV 1). — Aus der Rechtsprechung interessiert die vom RG. gebilligte Auffassung des OLG. Stuttgart über die Kriterien eines Fehlers, d. h. einer vom Normalzustande nachteilig abweichenden Beschaffenheit des Werkes, in Fällen, bei denen, wie bei der Anfertigung neu zu erfindender Maschinen, der Maßstab eines solchen Normalzustandes versagt (§ 633 Ziff. 2). Wichtig ist auch die Entscheidung des RG. über den Vergütungsanspruch des Unternehmers und die Schadensersatzforderung des Bestellers, wenn der Mangel des Werkes auf von beiden Parteien zu vertretenden Umständen beruht (§ 635 Ziff. 3). Im übrigen nehmen die Entscheidungen zu §§ 638, 640 und 648 über die Begriffe „Bauwerk" und „Abnahme" wie bisher breiten Raum ein. Zu § 648 ist bemerkenswert, daß nach Auffassung des BayObLG. der Anspruch aus § 648 sich auf die Kosten der Erwirkung der Sicherungshypothek nur bei Verzug des Bestellers erstreckt.

Literatur: Boethke, Die Frachtforderung der Eisenbahn im Lichte des BGB., EisenbE. **24** 302, 404. — R. Braun, Über die Rechtsverhältnisse der Post zu dem Absender und zu dem Adressaten beim einfachen Vertrag über die Beförderung von Briefen und Paketen. Göttinger Diss. 1907. — Brückner, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des Werkvertrags, R. **08** 839. — Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrechte des Deutschen Reichs, II. Leipzig 1908. — Lucas, Die Bedeutung der Klage aus § 320 BGB. im Verhältnisse zu den Klagen aus dem Werkvertrage, DJZ **08** 422. — H. Müller, Die Verträge der Post, ihre Erfüllung und die Rechtslage des Empfängers unter der Wirkung eines zwischen Empfänger und Post abgeschlossenen Abkommens auf Überlassung eines Postschließfachs. Leipzig 1908. — Oertmann, Entschädigung für Projektarbeiten, DJZ. **08** 455. —

Zum Gesetzentwurf über die Sicherung der Bauforderungen: Baumgärtel, Die Sicherung der Bauforderungen, der Kern der Mittelstandsfrage (Kritik und Abänderungsvorschlag). Dresden 1908. — Francke, Für die Bauforderungen, Übersicht, Kritik, Gegenentwurf. Hannover 1908. — Hiller, Leitsätze betr. Schutz der Lohnforderungen der Bauarbeiter, GewuKfmG. **13** 353.

§ 631. I. Begriff und Abschluß. 1. Lotmar II 428, 868. Der Werkvertrag des BGB. kann nicht in Zeitlohnform auftreten; er ist auf die Akkordform angewiesen, die aber auch gewisse Gruppen der Dienstverträge (vgl. oben § 611 Ziff. I 4 a) mitumfaßt.

2. Werkvertrag oder Dienstvertrag? **a) Locatio conductio operarum und operis.** Lotmar II 920 ff. wendet sich gegen die übliche Gleichstellung dieser Gebilde mit Dienst- und Werkvertrag. Die loc. operarum ist auf die Zeitlohnform beschränkt und läßt keine sachliche Begrenzung der Aufgabe zu. Ihr Bereich ist daher enger als der des Dienstvertrags, der auch der Akkordform Raum gibt (vgl. oben § 611 Ziff. I 4 a) und bei Zeitlohn auch durch die Bestimmtheit der Arbeitsaufgabe nicht ausgeschlossen wird. Die loc. operis andererseits ist weiter als der Werkvertrag. Sie umfaßt jeden der locatio angehörigen Akkord, während nach BGB. sich Dienstvertrag und Werkvertrag in die Akkorde teilen; sie wird ausnahmsweise (51 § 1 D. 19, 2) bei sachlich begrenzter Aufgabe selbst in Zeitlohnform angenommen, wo heute nur Dienstvertragsrecht Platz greifen kann. **b) Annoncenvermittelungsgeschäft.** BraunschwZ. **08** 131 (Braunschweig). Das Rechtsverhältnis zwischen einem Annoncenbureau und seinem Auftraggeber ist nicht nach den Grundsätzen des Werkvertrags zu beurteilen. Ein Annoncenbureau verpflichtet sich regelmäßig nicht dazu, daß die Zeitungen das Inserat bringen, sondern nur zu einer Vermittelung, ohne für die Veröffent-

lichung einzustehen. Die Portoauslagen des Annoncenbureaus muß der Auftraggeber im Zweifel besonders erstatten. **c)** Vgl. zu § 611 Ziff. I 2.

3. Werkvertrag oder Gefälligkeitsakt? a) **RG.** JW. **08** 473, R. **08** II Ziff. 2551. Wird jemand von einem Automobilbesitzer zur Mitfahrt veranlaßt, so liegt darin allein noch kein Vertragsschluß. **b) RG.** GruchotsBeitr. 52 414. Ein Fuhrmann, der, ohne Personenbeförderung zu betreiben, einen Wanderer einlädt, sich mit auf den Wagen zu setzen und mitzufahren, schließt keinen Werkvertrag ab, sondern hat regelmäßig überhaupt nicht die Absicht, sich rechtlich zu verpflichten.

4. Werkvertrag oder Gesellschaft? OLG. **18** 29 (KG.). Wer einem anderen die Fertigstellung eines von ihm angefangenen Manuskripts gegen Beteiligung am Honorare mit Zustimmung des Verlegers überträgt, schließt keinen Werk-, sondern einen Gesellschaftsvertrag ab.

5. Werkvertrag oder Miete? BadRpr. **08** 154 (Karlsruhe). Hingabe einer Dreschmaschine mit zweckentsprechender technischer Bedienungsmannschaft ist Sachmiete, kein Werk- oder Arbeitsvertrag.

6. Entreprisevertrag. **RG.** (VI.) JW. **08** 235. Die für das frühere Recht (**RG. 28** 232) anerkannte Unterscheidung zwischen einem Unternehmer-(Bauentreprise-) Vertrag und dem Handwerkerwerkvertrag ist für das gegenwärtige Recht nicht mehr gerechtfertigt (vgl. auch **RG. 66** 4). Die Entscheidung des 7. ZS. (**RG. 66** 48 = JDR. **6** § 631 Ziff. 5 g) hat nach dem zugrunde liegenden Rechtsfalle nur den Charakter einer beiläufigen theoretischen Bemerkung und macht deshalb eine Einholung der Entscheidung der VerZS. nicht erforderlich. — **RG.** IV. JW. **08** 328 tritt gleichfalls der Auffassung **RG. 66** 4 bei, ebenso jetzt auch der 7. Sen. JW. **08** 739. Vgl. über die Konsequenzen für die Verjährung oben § 196 Ziff. II 1.

7. Vertrag über Ausnutzung eines Patents. **RG.** R. **09** II Ziff. 457. Wenn ein Patentinhaber einem anderen gegen Entgelt die Anwendung des patentierten Verfahrens gestattet und sich verpflichtet, ihm die zur Erbauung der Fabrikanlage erforderlichen Zeichnungen und Konstruktionen leihweise zu liefern, ihm bei Erwirkung der behördlichen Konzession behilflich zu sein und die Oberaufsicht über den Bau und die Inbetriebsetzung der Anlage zu übernehmen, so liegt ein aus verschiedenen Leistungen gemischter gegenseitiger Vertrag vor und ist für die Rücktrittsbefugnis nur der § 326 und nicht die §§ 634, 636 maßgebend.

8. Vertrag mit Arzt. Lotmar II 877 ff., 905 Anm. 2. Auch der ärztliche Akkord kann nach der Fassung des BGB. dem Werkvertrag unterfallen. Zwar bildet der Heilerfolg selbst nicht Gegenstand des Vertrags, sondern wird von den Parteien nur in Aussicht genommen, aber als Erfolg des Erfolges vertragsmäßiger Tätigkeit. In der Mehrzahl der Fälle besteht die ärztliche Leistung in der Untersuchung des Patienten mit dem Erfolge der Gewinnung einer Diagnose und eines Heilplans, sowie in der Ratserteilung mit dem Erfolge des Beratenseins. Daß der mittelbare Erfolg, die Heilung, nicht in den Vertrag einbezogen ist, ändert daran nichts, daß der Vertrag eine Arbeit samt Erfolg zum Gegenstande hat (vgl. auch § 611 Ziff. I 4a).

9. Zencke, Der Gaslieferungsvertrag nach dem Rechte des BGB. (Heidelberger Diss. 1907). Der Vertrag zwischen Abnehmer und Gasanstalt über Lieferung von Gas ist, weil kein bestimmter Erfolg (Zuleitung des Gases) seinen Gegenstand bildet, kein Werkvertrag, sondern ein Vorvertrag über den Abschluß ihm untergeordneter Kaufverträge, die jedesmal durch Entnahme von Gas mittels stillschweigender Willenserklärungen zustande kommen.

10. Bestimmtheit der Leistung. SchlHolstAnz. **08** 52, R. **08** II Ziff. 2805 (Kiel). Zur Annahme eines Werkvertrags ist nicht erforderlich, daß die Vergütung nach der endgültigen Gesamthöhe und das Werk selbst nach Größe, Form

und Ausstattung schon genau festgelegt ist. Hinsichtlich der Vergütung genügt es, wenn die Parteien eine bestimmte Norm der Honorarforderung zugrunde legen; hinsichtlich des Werkes selbst nach Umfang und Form reicht es aus, wenn nach Absicht der Parteien eine Villa von solcher Größe und Ausstattung erbaut werden soll, wie sie der Lage des Grundstücks und den Ansprüchen einer gutsituierten Familie entspricht.

11. Theaterunternehmen. Kontrahierungszwang. Hans. GZ. Beibl. 08 101 (Hamburg). Der Inhaber eines Privattheaters ist nicht verpflichtet, mit jedermann aus dem Publikum zu kontrahieren. Weiß der vom Theaterbesuch Ausgeschlossene, daß der Unternehmer mit ihm künftig nicht kontrahieren will, so kann er nicht mittels Feststellungsklage oder Klage auf künftige Leistung von dem Unternehmer beanspruchen, daß dieser ihm gegen Vorzeigung einer Eintrittskarte den Besuch der Vorstellungen gestatte.

II. Verhältnis zu § 320. Lucas, DJZ. 08 422 ff. Erhebt der Verfertiger eines Werkes Klage auf Zahlung der Vergütung gegen Abnahme des hergestellten Werkes, so kann der Besteller die Abweisung der Klage durch die Behauptung, das angebotene Werk sei mangelhaft gewesen, nicht erzielen. Die exceptio non rite adimpleti contractus setzt voraus, daß mangelhaft oder teilweise erfüllt ist; der Besteller kann daher die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags wirksam nicht erheben, da ihm gegenüber noch nicht erfüllt, sondern nur angeboten ist. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, die Kläger in seinem Klagantrage bereits berücksichtigt hat, führt zur Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug, ohne daß der Richter in die Lage käme, ihn zum Beweise der Mangelhaftigkeit des Werkes überhaupt zu verstatten. — Gegen das Urteil kann der Beklagte nur die Frist aus § 634 setzen.

III. Projektarbeiten, Modelle, Zeichnungen, Anschläge. 1. Ist der Entwurf ein Werk? a) Während Oertmann, Komm. (2) § 631 Nr. 3, einen Entwurf nur dann als ein „Werk" ansieht, wenn er für den Besteller einen selbständigen Wert aufweist, erkennt Oertmann, DJZ. 08 455, in jedem wie immer gearteten Projekt, Entwurf, Anschlag ein Werk, ein Erzeugnis zielbewußter menschlicher Schaffenskraft an. — Ob eine Vergütung bei Projektarbeiten als stillschweigend vereinbart zu gelten hat, ist eine Tatfrage; grundsätzlich ist sie zu bejahen. Wo es sich um kleine Entwürfe und Anschläge handelt, die der Fachmann ohne jede Schwierigkeit sofort erledigen kann, trifft dies nicht zu; aber solche Projekte, deren Herstellung einen irgendwie nennenswerten Aufwand von Zeit und Arbeitskraft erfordern, die den Bearbeiter in der anderweiten Betätigung seines Berufs in abmeßbarer Weise hindern, werden den Tatbestand des § 632 Abs. 1 in der Regel erfüllen. Wird mit dem erforderten Entwurfe für die herzustellende Arbeit die Offerte zum Abschlusse des Ausführungsvertrags verbunden, so bleibt, wenn die Offerte nicht angenommen wird, das selbständige Werk übrig, das entgolten werden muß. b) Lieferung eines Modells zu Bildhauerarbeiten. OLG. 17 417 (Colmar). Für die Frage, ob es sich um ein unentgeltliches Angebot oder um Leistung auf Grund eines Werkvertrags handelt, ist entscheidend, ob das Modell zu dem Zwecke geliefert wurde, daß sich der Empfänger ein ungefähres Bild über Art und Kosten der Ausführung machen könne, oder ob es nur als Unterlage für die Entscheidung über die Vergebung der Ausführung der Arbeit an den Verfertiger dienen sollte. In letzterem Falle liegt ein Werkvertrag vor, aus dem der Besteller zur Zahlung der üblichen Vergütung verpflichtet ist. c) Tatsächliches aus der Baupraxis. OLG. 17 417 (Braunschweig). Das Baurecht kennt drei verschiedene Arten von Bauplänen: bei allen größeren Bauten werden zunächst Versuchsskizzen angefertigt; sie enthalten in der Regel nur die Hauptgrundrisse sowie einen Durchschnitt und bezwecken lediglich,

dem Unternehmer die näheren Absichten des Bauherrn klar zu machen. Bei größeren Bauten werden sodann Vorentwürfe angefertigt, die schon alle Einzelheiten, aber noch nicht in endgültiger Gestalt, enthalten und dem Bauherrn Gelegenheit geben sollen, vorher über alle Punkte seine etwa abweichenden Wünsche zu äußern. Erst wenn das geschehen ist, werden die endgültigen Bauentwürfe aufgestellt, die den Baubehörden zur Konsenserteilung vorgelegt werden (vgl. Münchgesang, Bauwesen [1904] 63 f.). Im Streitfalle hat der Unternehmer zu beweisen, daß ihm die Anfertigung endgültiger Bauentwürfe aufgetragen ist.

2. Rechtsverhältnisse bei Submissionen. **a)** Oertmann, DJZ. **08** 455 ff. Fordert ein Bauherr (oder der Architekt als sein Vertreter) eine Mehrheit von Bauhandwerkern auf, sich um die verschiedenen Bauarbeiten zu bewerben, so heißt das, daß er sich vorbehalte, einem der Konkurrenten, sei es nach freier Wahl, sei es auf Grund des objektiven Ergebnisses der Konkurrenz, etwa dem Mindestfordernden, den Zuschlag zu erteilen. Mit dem erfolgreichen Konkurrenten kommt zum Unterschiede vom Preisausschreiben (vgl. zu § 661 Ziff. 2) ohne weiteres ein Werkvertrag zustande. Auf die eingereichten Entwürfe und Anschläge der Unterlegenen hat der „Besteller" kein Anrecht; er muß sie zurückgeben und haftet wegen rechtswidriger Benutzung zu eigenen Zwecken. Das Risiko, dem die Konkurrenten sich unterwerfen, ist nur das Risiko des Unterliegens in der Konkurrenz. Dem weiteren Risiko, daß nun der Besteller sich zurückziehe und das Werk gar nicht oder von einem Außenseiter anfertigen lasse, haben sie sich nicht unterwerfen wollen. Überträgt der die Konkurrenz Ausschreibende keinem der Konkurrenten die Ausführung, so steht er jedem von ihnen rechtlich zwar nicht schlechter, aber auch nicht besser gegenüber, als derjenige, welcher den einem einzelnen übertragenen Entwurf nachher von diesem nicht ausführen läßt. **b)** Oertmann, DJZ. **08** 455 ff. Keine Entschädigung wegen der Projekte kann im allgemeinen derjenige heischen, dem die Anfertigung der fraglichen Arbeit nachher übertragen wird, einerlei, ob er die Projektarbeit auf Grund einer Einladung zu einer Konkurrenz oder auf besonderes Ansinnen ausgeführt hat.

IV. Einzelne Vertragstatbestände. 1. Verträge mit der Post. **a)** *Scholz, Die Rechtsstellung der Fernsprechverwaltung im Konkurse des Anschlußteilnehmers, GruchotsBeitr. **52** 359—384. Das Fernsprechanschlußverhältnis ist als Werkvertrag anzusehen. Nicht die Benutzung des Apparats oder der sonstigen Fernsprechanlagen ist das Wesentliche, sondern Vertragsziel ist die Herbeiführung der telephonischen Sprachmöglichkeit auf jederzeitigen Anruf. (Mietvertrag: verschiedene Untergerichte; Dienstvertrag: Cosack, Handelsrecht [1903] 471; Mischung zwischen Dienst- und Werkvertrag: Meili, Telephonrecht [1885] 184, Schott in Endemanns Handbuch III 612). Auf Werkvertrag beruht auch die Benutzung einer öffentlichen Fernsprechstelle. **b)** Lotmar II 820 ff. Der Posttransportvertrag läßt sich so wenig wie der Mäklervertrag, der entgeltliche Verwahrungsvertrag, das Lagergeschäft, der Verlagsvertrag, Land-, Binnenwasser- und Seefrachtvertrag, Überfahrtsvertrag, Beförderungsvertrag der Auswanderer, Eisenbahntransportvertrag als Dienstvertrag oder als Werkvertrag bezeichnen. Die genannten Vertragstypen sind durch das geltende Recht so vollständig geregelt, daß sie eine Beziehung auf die Regeln des Dienst- oder Werkvertrags des BGB. weder nötig haben noch vertragen. Dienst- und Werkvertrag sind wie jene Einzeltypen, nicht aber Grundformen des Arbeitsvertrags. **c)** H. Müller, Verträge der Post. Der Postbeförderungsvertrag ist reiner Werkvertrag, gerichtet auf Beförderung einer Postsendung vom Absender in die Hände des von diesem bestimmten Empfängers (22). Er ist erfüllt mit der postordnungsmäßigen Aushändigung des Beförderungsgegenstandes an den Adressaten oder die nach § 39 PostO. zur Empfangnahme befugten

Personen (31). Im Falle des gewöhnlichen Abholungsverfahrens (§ 48 PostG.) ist er mit Aushändigung an denjenigen erfüllt, der sich zur Abholung der auf den Namen des vom Absender genannten Empfängers lautenden Sendungen meldet und nicht offensichtlich unbefugt erscheint (42), im Falle eines Postschließfachabkommens schon mit richtiger Einlegung der Sendung in das Fach des Empfängers (49). Handelt es sich um die im § 42 Abs. 7 PostO. aufgeführten Sendungen, bei denen im gewöhnlichen Abholungsverfahren zunächst nur die Aushändigung der Ablieferungsscheine an den Abholer erfolgt, so tritt im Schließfachverfahren an ihre Stelle die richtige Einlegung jener in das Fach des Empfängers, die zwar den Vertrag noch nicht erfüllt, die Erfüllung aber vorbereitet (49). d) R. Braun, Rechtsverhältnisse der Post. Der Postbeförderungsvertrag über Briefe und Pakete ist Werkvertrag (16 ff.) zugunsten des Adressaten (63 ff.), dem ein selbständiges Recht auf Auslieferung zusteht (70 ff.). e) H. Müller, Verträge der Post. Das Postzeitungsgeschäft ist nicht, wie Hellwig (Verträge auf Leistung an Dritte 518) annimmt, Dienstvertrag, sondern ein kommissionsähnlicher Werkvertrag zwischen Verleger und Post, durch den sie sich verpflichtet, für Rechnung des Verlegers im eigenen Namen Zeitungen an den Abonnenten zu verkaufen und die verkauften an ihn zu befördern. Maßgebend für die Charakterisierung des Zeitungsgeschäfts als Werkvertrag ist der Umstand, daß bei Erfolglosigkeit der übernommenen Mühewaltung das bedungene Entgelt ausbleibt (25—28).

2. Andere Beförderungsverträge. a) **RG. 69** 357, SchlHolstAnz. **09** 10, R. **08** II Ziff. 3586 und 3587 (Fall Classen). Die Eisenbahn haftet auch aus dem Beförderungsvertrage nicht dafür, wenn ein Reisender durch einen Mitreisenden während der Fahrt ermordet wird. Zu besonderen Sicherungsmaßregeln gegen Raubanfälle ist sie auch bei Wagen, die nur abgeschlossene Abteile führen, nicht verpflichtet. Sie handelt nur nach dem mutmaßlichen Willen der Reisenden und trägt der Verkehrssitte Rechnung, wenn sie, soweit die Raumverhältnisse es gestatten, es den Fahrgästen überläßt, sich je nach ihren Wünschen einen Platz in einem stärker oder in einem möglichst wenig besetzten oder ganz leeren Abteil zu suchen, und ihrerseits auch nichts tut, um zu verhindern, daß zwei Personen allein miteinander in einem Abteile fahren, und wenn sie auch die Kontrollmaßregeln auf dasjenige beschränkt, was der Fahrdienst erfordert. b) **RG.** EisenbE. **24** 389, R. **08** II Ziff. 967. Der Beförderungsvertrag verpflichtet den Eisenbahnunternehmer, auch dafür zu sorgen, daß seine Fahrgäste den Zugangsweg zu den Zügen durch die Bahnhofsräume ungefährdet zurücklegen können. c) **RG.** R. **08** II 1168. Aus dem Transportvertrag ergibt sich keine besondere Verpflichtung des Unternehmers, den Fahrgast an dem mit offenbarer Gefahr verbundenen vorzeitigen Abspringen von dem Fährschiff auf die Landungsbrücke zu verhindern. d) Schleppvertrag. **RG. 67** 10, JW. **08** 48, HansGZ. **08** Hauptbl. 55, R. **08** II Ziff. 52. Der Ausdruck Schleppvertrag ist keine juristisch technische, sondern eine rein tatsächliche Bezeichnung, die sinngemäß auf alle Verträge Anwendung findet, welche die Benutzung der Schleppkräfte eines Transportunternehmens zum Gegenstande haben. Der Schleppvertrag wird in der Regel ein gewöhnlicher Werkvertrag, er kann aber auch ein Dienstvertrag oder ein Frachtvertrag sein. Frachtvertrag ist er dann, wenn der Transportunternehmer nicht nur die bewegende Kraft zum Zwecke der Beförderung zur Verfügung stellt, sondern wenn ihm der zu befördernde Gegenstand außerdem zum Zwecke der Beförderung in seine Obhut übergeben wird. e) SchlHolstAnz. **08** 134 (LG. Kiel). Die Übernahme der Durchschleppung eines Schiffes durch den Kaiser Wilhelm-Kanal durch einen der Kaiserl. Kanalverwaltung gehörigen Schleppdampfer stellt sich als privatrechtlicher Schleppvertrag dar, auch wenn die Kanalverwaltung nach ihrem Ermessen fremde Schleppdampfer von dem Schleppdienst ausschließen kann.

3. Neubau auf fremdem Boden. OLG. **17** 418 (Cassel). Der Ver-

trag, durch den jemand auf dem Grund und Boden eines anderen ein Gebäude gegen Vergütung zu errichten übernimmt, stellt sich, auch wenn der Unternehmende die Materialien zu beschaffen hat, als reiner Werkvertrag, nicht als Werklieferungsvertrag (§ 651) dar. Denn bezweckt wird lediglich der Arbeitserfolg, nicht etwa die Verschaffung des Eigentums am Gebäude. Der Besteller erlangt das Eigentum an den Materialien vielmehr schon vor der Ablieferung des Baues durch Verbindung (§ 946). Dies ergibt auch die Entstehungsgeschichte (vgl. Prot. **4** 2269).

4. Gegenarbeits-Klausel. BadRpr. **08** 293 (Karlsruhe). Die Gegenarbeits-Zusage enthält einen Stundungsvertrag, verbunden mit einem Vorvertrag über die Abschließung eines Werkvertrags.

5. Werkvertrag als Nebenvertrag. SchlHolstAnz. **08** 52 (Kiel). Überträgt der Käufer eines Grundstücks im Kaufvertrage zur Errichtung eines Neubaues dem Verkäufer die Erd- und Maurerarbeiten einschließlich Materiallieferung, so bildet die Eingehung dieses Werkvertrags für sich wieder eine Nebenleistung des Käufers aus dem Kaufvertrage.

6. Rezensionsvertrag (s. JDR. **6** § 631 Ziff. 5a). Elster, ABürgR. **32** 341 ff. Das Rezensionsexemplar hat in der Regel Substratcharakter. Der Rezensionsvertrag ist Vertrag, bei welchem der eine Teil die Leistung eines Substrats, der andere die Veröffentlichung eines Urteils an einer bestimmten Stelle zusagt, die Annahme des Vertragsantrags aber unabhängig ist von der „Annahme" des Exemplars. Da das Besprechungssubstrat erst durch die Leistung in das Eigentum des Erfüllenden (suspensiv bedingt also) übergehen soll, kann mittels Eigentumsklage das Rezensionsexemplar zurückverlangt werden, soweit nicht die Sätze von dem Ausschlusse der Gefahrhaftung u. dgl. bei unverlangten Sendungen und eine in gewissen Grenzen als verkehrsüblich zu konstatierende à fonds perdu-Hingabe des Substrats dem entgegenstehen (s. im übrigen § 1 VerlG.).

7. Verjährung. **RG.** JDR. **6** § 631 Ziff. 2 a, jetzt auch SeuffA. **63** 138. Dagegen Bendix, SeuffBl. **08** 401. S. auch oben Ziff. I 6.

§ 632. 1. Vergütung für Projektarbeiten. **a)** Oertmann, DJZ. **08** 455 (vgl. zu § 631 Ziff. III 1 a). **b)** ThürBl. **55** 103 (Jena). Maßgebend ist, ob nach dem Parteiwillen der Entwurf Gegenstand eines selbständigen Vertrags oder nur spezialisiertes Angebot sein sollte. **c)** Modell zu Bildhauerarbeiten vgl. zu § 631 Ziff. III 1 b. **d)** Bauskizzen vgl. das. Ziff. III 1 c.

2. Ärztliches Gutachten. *Reichel, ÄrztlSachverstZ. **08** 156. Ein auf private Veranlassung erstattetes medizinisches Gutachten ist, da die ärztlichen Taxen den Fall nicht treffen und eine Norm des Üblichen nicht besteht, mangels vertragsmäßiger Festsetzung nach billigem Ermessen (§§ 315, 316 BGB.) zu honorieren. Die Behandlung ist also analog derjenigen des Rechtsgutachtens eines Rechtsanwalts (§ 88 RAGebO.).

3. Honorar des Schiedsrichters. OLG. **17** 419, PosMSchr. **08** 26, R. **08** II Ziff. 1781 (Posen). Das Honorar des Schiedsrichters wird nicht als Werkvergütung, sondern als Belohnung für aufgewendete Arbeit und Zeit geschuldet. Für die Bemessung des Honorars sind die Vorschriften des deutschen GKG. nicht entsprechend anwendbar. Vielmehr ist entsprechend dem Grundgedanken der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 mangels ausdrücklicher Vereinbarung das angemessene Honorar zuzubilligen.

4. **RG.** R. **08** II Ziff. 2316. Hat der Besteller den ihm als angemessen in Rechnung gestellten Betrag nach Prüfung durch einen Sachverständigen bezahlt, so liegt darin eine vertragsmäßige Einigung über den Betrag der Schuldsumme. Der Besteller kann nicht nachträglich mit der Behauptung, die Vergütung sei höher als angemessen, einen Teil der Summe vom Unternehmer als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen.

§ 633. 1. Einrede des nicht erfüllten Vertrags. a) OLG. **17** 421 (Hamburg). Wenn § 633 Abs. 3 dem Besteller das Recht gibt, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, so so bedeutet das nicht, daß er, bevor er den Mangel beseitigt hat, Rechte überhaupt nicht geltend machen kann. Will man nicht soweit gehen, dem Besteller auch vor Beseitigung des Mangels schon einen Anspruch auf Ersatz des erforderlichen Geldes zuzusprechen, so muß man ihm doch gegenüber dem Anspruch auf den Werklohn ein Zurückbehaltungsrecht in dieser Höhe jedenfalls so lange zusprechen, als mit Beseitigung des Mangels nicht ungebührlich gezögert wird. **b)** Bei teilweise mangelhafter Lieferung. OLG. **17** 421 (Hamburg). Der Besteller darf wegen einzelner Mängel nicht jede Zahlung ablehnen. Denn der Unternehmer hat durch mangelhafte Lieferung immerhin teilweise im Sinne des § 320 Abs. 2 geleistet, so daß die Verweigerung der Gegenleistung über die erforderlichen Reparaturkosten hinaus unter Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen kann.

2. „Fehler" bei einer vom Unternehmer neu zu konstruierenden Maschine. a) OLG. **17** 419 (Stuttgart). Unter „Fehler" ist im allgemeinen eine vom Normalzustande nachteilig abweichende Beschaffenheit zu verstehen (vgl. Staudinger Anm. 3 a zu § 459). Ein solcher Normalzustand besteht aber nicht hinsichtlich einer erst neu zu erfindenden oder zu konstruierenden Maschine, betreffs der von vornherein unsicher ist, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der gewollte Zweck erreichen läßt, ob nicht gewisse im voraus nicht zu übersehende Nachteile für Erreichung gewisser Vorteile in den Kauf genommen werden müssen. Ein Fehler des Werkes liegt vor, wenn ihm eine Eigenschaft abgeht, die es haben könnte. Welche Eigenschaften ein Werk bekannter Art haben kann, lehrt die Erfahrung; welche Eigenschaften aber eine erst neu zu konstruierende Maschine haben kann, läßt sich im voraus nicht mit Sicherheit feststellen. Erst wenn das Werk vollendet ist, zeigen sich seine Eigenschaften und was es vermissen läßt. Das letztere läßt sich nicht ohne weiteres als „Fehler" im Sinne des Gesetzes bezeichnen, sondern nur insoweit, als der Mangel sich bei richtiger Anwendung der technischen Grundsätze hätte vermeiden lassen. Läßt sich nach dem gegenwärtigen Stande der Technik nichts Besseres herstellen, so ist das Werk mit keinem Fehler behaftet, mag es auch zu dem vorausgesetzten oder bei ähnlichen Maschinen gewöhnlichen Gebrauche sich nicht mit Vorteil verwenden lassen. **b)** Ebenso **RG.** R. **08** II Ziff. 733 (bestätigend).

3. Einzelfälle. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 1172. Der Unternehmer, der die Veränderung einer Ölgasanlage in eine Acetylengasanlage unter Benutzung der bisherigen Rohrleitung übernommen hat, haftet nicht für Mängel, die ihre Ursache in der Verwendung der alten Rohrleitung finden. **b) RG.** R. **08** II Ziff. 1362. Ein Bauunternehmer, der für die gute Ausführung des von ihm übernommenen Baues Garantie geleistet hat, kann seine Haftung für Mängel nicht damit ablehnen, daß der Bauherr, der Sachverständiger sei, zu ungeeigneter Zeit auf rasche Ausführung des Baues gedrängt habe.

4. OLG. **17** 420 (Hamburg). Unverhältnismäßiger Aufwand liegt vor, wenn der in Hamburg wohnende Besteller eines Mantels zur Beseitigung der Mängel nach Bremen zwecks Anprobe fahren müßte, während sich die Mängel in Hamburg für 18 M. würden beheben lassen.

5. Zu Abs. 3. OLG. **17** 417, ElsLothJZ. **08** 225 (Colmar). Läßt der Besteller den Mangel eines Werkes beseitigen, ohne den Unternehmer mit der Beseitigung in Verzug gesetzt zu haben, so bestimmen sich seine Ansprüche gegen den Unternehmer auf Ersatz der gemachten Aufwendungen nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 634. 1. Verhältnis zu §§ 320 ff. **RG. 69** 381, JW. **08** 675. (S. a. § 320 Ziff. 4 a.) Für die Einrede aus § 320 und also auch für eine Anwendung des § 322 ist kein Raum mehr, wenn der Besteller nach Ablauf der gesetzten Nachbesserungsfrist die Beseitigung des Mangels ablehnt und das Werk überhaupt zurückweist. In einem solchen Falle muß der Besteller seine Einreden derart gestalten, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses möglich wird (Wiederholung der grundlegenden Sätze **RG. 58** 173).

2. Haftung des Unternehmers während der Herstellung. OLG. **17** 421 (KG.). Der Besteller kann die Rechte aus § 634 auch geltend machen, wenn das erst zum Teil fertiggestellte Werk Mängel aufweist, infolge deren es nach der Fertigstellung als unbrauchbar befunden werden müßte (vgl. **RG. 49** 287).

3. Anerbieten vertragsmäßiger Herstellung. PosMSchr. **08** 8, R. **08** II Ziff. 1174 (Posen). Wenn der Unternehmer selbst sein Werk als mißraten anerkennt, Abnahme nicht verlangt und vertragsmäßige Herstellung anbietet, so kann der Besteller nicht den Standpunkt einnehmen, das Werk sei vollendet, aber untauglich und er, der Besteller, deshalb zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt. Tritt er zurück, so kommt § 649 zur Anwendung.

4. Beseitigungsverlangen ohne Fristsetzung. OLG. **17** 425 (KG.). Wird Beseitigung der Mängel ohne Fristsetzung verlangt, so genügt der Unternehmer seiner Vertragspflicht, wenn er die Beseitigung zu einer ihm passenden, vorher mitgeteilten Zeit vornimmt.

5. Mängelansprüche. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 1537. Ein neues fehlerloses Werk kann der Besteller nicht verlangen. b) Zu Abs. 2. OLG. **17** 424 (KG.). Die Beseitigung der Mängel durch Lieferung eines neuen fehlerlosen Werkes ist nicht ausgeschlossen, falls ein solches innerhalb der gesetzten und der Sachlage entsprechenden Frist herzustellen ist und zur Herstellung der Werkmeister der Hilfe des Bestellers nicht bedarf. Fehlt aber eine dieser Voraussetzungen, so ist die Beseitigung des Mangels unmöglich (der Besteller eines mißglückten Ölportraits hatte sowohl die angebotene Nachbesserung wie die Lieferung eines neuen Bildes abgelehnt). c) OLG. **17** 424 (KG.). Der Besteller einer wertvollen Möbeleinrichtung, bei der jedes einzelne Stück nach seiner Eigenart mit besonderer Sorgfalt und Kunstfertigkeit ausgeführt werden sollte, darf das Erbieten des Möbelfabrikanten, an Stelle einzelner mangelhafter Stücke neue zu liefern, ablehnen. Denn es handelt sich nicht mehr um Beseitigung eines einzelnen Mangels, sondern um teilweise Neulieferung, die der Besteller schon deshalb nicht entgegenzunehmen braucht, weil ihm nicht zuzumuten ist, sich demnächst in einen Streit darüber einzulassen, ob das Ersatzstück mit seinem Vorgänger übereinstimmt. d) Brückner, R. **08** 839 ff. (840). Bei der Minderung der Vergütung für das mangelhafte Werk ist der Wert zur Zeit des Vertragsschlusses zugrunde zu legen (ebenso Planck § 634 Anm. 2; aM. Dernburg, BürgR. § 320 III 1, Oertmann § 634 Anm. 4 b).

6. Zu Abs. 3. Nicht anwendbar beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. **RG.** JDR. **6** § 634 Ziff. 3 a = ElsLothJZ. **08** 449.

§ 635. 1. Ratserteilung vor der Bestellung. OLG. **17** 426 (Dresden). Der Unternehmer, der vor Abschluß des Vertrags über Herstellung einer Fabrikanlage auf Wunsch des Bestellers eine Prüfung und Feststellung der vorhandenen Wasserkraft vornimmt, haftet für ein Verschulden seiner Ingenieure hierbei, wenn sich nach Fertigstellung der Anlage die Wasserkraft als unzureichend erweist.

2. Rechtsnatur des Schadensersatzanspruchs. **RG. 69** 381, JW. **08** 675. Steht die objektive Mangelhaftigkeit des Werkes fest, so schließt sie in Verbindung mit der Zurückweisung des Werkes (§ 634) jedenfalls den Anspruch auf Vergütung aus, selbst wenn der die Mangelhaftigkeit bewirkende Umstand vom

Unternehmer nicht zu vertreten ist. Stellt sich dagegen der Schadensersatzanspruch als begründet heraus, so wird der Vertrag als solcher zwar nicht (wie bei der Wandelung) rechtlich aufgehoben, es konzentriert sich aber das gesamte Vertragsverhältnis auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadensersatze (**RG. 50** 255, **58** 174).

3. Konkurrierendes Verschulden des Bestellers. **RG. 69** 381, JW. **08** 675, R. **08** II Ziff. 3588 u. 3590. Die **RG. 58** 177 gezogene Folgerung, daß der wegen Mängel des Werkes schadensersatzpflichtige Unternehmer keinesfalls noch eine Zahlung fordern könne, sondern daß er in dem für ihn günstigsten Falle nicht seinerseits zu einer Zahlung zu verurteilen sei, bedarf einer Einschränkung für den Fall, daß zu der Mangelhaftigkeit des Werkes ein vom verklagten Besteller zu vertretender Umstand mitgewirkt hat. In solchem Falle muß gegen den Besteller, und zwar bezüglich der beiderseitigen Leistungen, nicht nur bezüglich des (mit der Widerklage verfolgten) Schadensersatzanspruchs des Bestellers wegen Nichterfüllung, die allgemeine Regel des § 254 Platz greifen, und das Ergebnis kann unter Umständen das sein, daß der Unternehmer die Vergütung, ganz oder doch zum Teil, zu erhalten hat. (S. a. § 254 Ziff. 2 g.)

4. Werden auch Ansprüche aus § 635 durch § 640 Abs. 2 ausgeschlossen? Vgl. § 640 Ziff. 4.

§ 636. a) OLG. **17** 422 (KG.). Aus der verspäteten Fertigstellung eines Werkes, die der Besteller durch Nichtleistung der vereinbarten Teilzahlungen verursacht, kann er Schadensersatzansprüche nicht herleiten. **b)** OLG. **17** 423 (Hamburg). Verbietet der Besteller dem Unternehmer die Fortsetzung des Werkes, weil die bisherigen Arbeiten dem Vertrage nicht entsprechen, so kann er, selbst wenn er hiermit im Rechte, keine Vertragsstrafe wegen verspäteter Vollendung des Werkes verlangen. **c) RG.** R. **08** II Ziff. 51. Ist für die Lieferung von Maschinenteilen, die nach bestimmten, dem Unternehmer vom Besteller zuzusendenden Modellen herzustellen sind, eine Lieferungsfrist vereinbart und wird die Zusendung der Modelle erheblich verzögert, so ist regelmäßig der Lauf der Lieferungsfrist erst vom Eingange der zuletzt zugesandten Modelle an zu berechnen. Ist aber der Unternehmer nach den sonst von ihm getroffenen Dispositionen nicht in der Lage, in dieser späteren Zeit das bestellte Werk innerhalb jener Frist auszuführen, so ist er berechtigt, den Wegfall der Lieferfrist zu verlangen und, wenn der Besteller hierauf nicht eingeht, vom Vertrag abzugehen und Schadensersatz wegen des entgangenen Gewinns zu fordern.

§ 638. 1. Garantiezeit und Verjährungsfrist. a) **RG.** JW. **08** 657, GruchotsBeitr. **53** 81 (in Bestätigung von JDR. **6** § 638 Ziff. 1 b [Posen]). Übernimmt der Unternehmer des Werkes für eine bestimmte Zeit Garantie, so beginnt die Verjährung nicht erst mit Ablauf der Garantiefrist; die Garantieübernahme bedeutet vielmehr, daß jeder innerhalb der Garantiefrist hervortretende Mangel geltend gemacht werden kann, jedoch so, daß von dem Hervortreten des Mangels bzw. von dem im § 639 Abs. 2 erwähnten Zeitpunkt ab die gesetzliche Verjährung zu laufen beginnt (vgl. **RG. 37** 81). **b)** R. **08** II Ziff. 2151 (Hamburg). Die Garantieübernahme eines Bauunternehmers für bestimmte Zeit bedeutet im Zweifel nicht, daß die fünfjährige Verjährungsfrist abgekürzt werden soll, sondern nur, daß der betreffende Mangel innerhalb der kürzeren Garantiefrist hervorgetreten sein muß, wenn der Besteller Ansprüche deswegen haben soll, daß im übrigen aber die Verjährungsfrist unberührt bleibt.

2. Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen neben § 638. a) Brückner, R. **08** 839 ff. (840). Die kurze Verjährung tritt bei einem Schadensersatzanspruche nicht ein, der sich nicht auf einen bei der Abnahme hervortretenden Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln

gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei Ausführung des Werkes begangene Rechtsverletzung gründet (ebenso **RG.** JDR. **6** § 638 Ziff. 3, vgl. auch die dortigen Verweisungen). **b)** Kurze Verjährung, wenn der Schadensersatzanspruch gleichzeitig auf eine unerlaubte Handlung (Fahrlässigkeit) des Unternehmers gestützt wird? OLG. **17** 428, HansGZ. **08** Hauptbl. 49 (Hamburg). § 638 findet auch Anwendung, wenn das Verhalten des Unternehmers oder seiner Gehilfen den Tatbestand einer (fahrlässigen) unerlaubten Handlung darstellt. Gerade bei dem typischen Falle des Werkvertrags, der Herstellung einer Sache aus einem vom Besteller gelieferten Stoffe und der Veränderung einer dem Besteller gehörigen Sache spielen die Fälle, in denen es sich um eine von dem Unternehmer oder seinen Gehilfen während der Arbeit fahrlässig begangene Beschädigung der Sache handelt, eine wesentliche Rolle. Würde man in solchen Fällen nicht nur die Begründung des Anspruchs auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen für zulässig erklären, sondern auch die dort geltenden Verjährungsvorschriften anwenden (§ 852 und bei dem Verschulden des Gehilfen im allgemeinen denselben § 852 [vgl. § 831]), so würde die Frage, ob der Anspruch verjährt wäre, von der Entscheidung der äußerst schwierigen Vorfrage abhängen, ob die bei der Beschädigung der Sache begangene Fahrlässigkeit nur im Rahmen des Vertragsverhältnisses oder auch im Rahmen des § 823 eine Fahrlässigkeit darstellte. In einer großen Reihe von Fällen, die der § 638 offenbar hat treffen wollen, würde seine Anwendbarkeit beseitigt werden. § 638 spricht schlechthin von Schadensersatz, sagt aber nicht, daß er nur einen derartigen Anspruch aus dem Werkvertrag im Auge habe (vgl. auch Ziff. 3).

3. Anwendung auf den Transportvertrag (s. JDR. **4** Ziff. 3, **5** Ziff. 3, **6** Ziff. 3). **a)** **RG.** JW. **08** 196, EisenbE. **24** 383, R. **08** II Ziff. 968. Bei einem Eisenbahnunfall unterliegt der Anspruch auf Rückerstattung der Reisekosten und des Zehrgeldes der kurzen Verjährung des § 638. Die Rückforderung des Fahrgeldes steht der Wandelung gleich, und der Anspruch auf Ersatz für den Aufwand infolge des durch die Zugentgleisung erzwungenen Reiseaufenthalts steht im unmittelbaren Zusammenhange mit der Nichterfüllung des Beförderungsvertrags. Dagegen unterliegt der Anspruch auf Ersatz von Sachschaden der dreißigjährigen Verjährung, weil er sich nicht auf den Mangel des gelieferten Werkes, sondern auf eine durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Ausführung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung gründet (unter Aufgabe der Ansicht JW. **05** 484). **b)** OLG. **17** 428, HansGZ. **08** Hauptbl. 49 (Hamburg) wendet sich unter Hinweis auf die Konsequenzen gegen **RG. 66** 12 (JDR. **6** § 638 Ziff. 3), nach welcher bei „positivem Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes" die kurze Verjährungsfrist unanwendbar sein soll. Der Grund des RG., daß es sich bei Körperverletzung des Fahrgastes um keinen Mangel der Transportleistung, sondern um die daneben laufende Verpflichtung des Unternehmers handelt, den Fahrgast vor Gefahren zu sichern, trifft nicht zu. Der Unternehmer hat nach §§ 631, 633 nur eine Verpflichtung, nämlich die, das Werk gemäß § 633 herzustellen. Handelt es sich um ein Werk, zu dessen mangelfreier Herstellung gehört, daß der Körper des Bestellers oder die ihm gehörige Sache unbeschädigt bleibt, so besteht die in den §§ 631, 633 bestimmte Verpflichtung auch darin, daß er den Körper des Bestellers oder dessen Sache im Rahmen des Vertrags gegen Gefahren schützt.

4. Einfluß rechtskräftiger Teilabweisung des Vergütungsanspruchs infolge Wandelung. **RG. 69** 385, JW. **08** 743. Der Unternehmer eines Werkes kann sich gegenüber der Klage des Bestellers, mit der die Rückzahlung einer auf den Werklohn geleisteten Anzahlung verlangt wird,

auf die kurze Verjährung des § 638 auch dann berufen, wenn er vorher mit einer Klage auf einen Teil des Werklohns vermöge der vom Besteller erhobenen Wandelungseinrede rechtskräftig abgewiesen worden ist.

5. Abnahme (s. JDR. **4** Ziff. 5, **5** Ziff. 5, **6** Ziff. 4, auch unten zu § 640). **a) RG.** R. **08** II Ziff. 3589. Unter Abnahme im Sinne des § 638 ist diejenige Willenserklärung des Bestellers zu verstehen, mit der er das Werk im allgemeinen als Vertragserfüllung gelten lassen will, vorbehaltlich weiterer Prüfung und eventueller Rüge von Mängeln. **b) RG.** JDR. **6** § 638 Ziff. 4 a, jetzt auch SeuffA. **63** 273.

6. Bauwerk. Arbeit an einem Grundstücke (s. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. 5). **a) RG.** JW. **08** 431, NaumbAK. **08** 73, R. **08** II Ziff. 2317 u. 2318. Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Eine Arbeit an einem Grundstücke setzt voraus, daß entweder am Grunde und Boden selbst Eingriffe vorgenommen werden oder daß an den auf ihm errichteten Werken Arbeiten ausgeführt werden. **b)** Tresoranlage. JDR. **6** § 638 Ziff. 5 a (Stuttgart), jetzt auch WürttJ. **20** 8. **c)** Drainage. **RG.** JW. **08** 657, GruchotsBeitr. **53** 81, R. **08** II Ziff. 3249 verneint unter Billigung von JDR. **6** § 638 Ziff. 5 b (Posen) die Eigenschaft einer Drainage als Bauwerk (Entsch. II. Instanz jetzt auch R. **08** II Ziff. 1782). **d)** OLG. **17** 431, PosMSchr. **08** 26, R. **08** II Ziff. 1783 (Marienwerder). Ein Badeofen, der im Keller eines längst vorher fertiggestellten, bisher zu anderen Zwecken benutzten Hauses errichtet wird, ist kein Bauwerk, sondern eine unselbständige innere Einrichtung des fertigen Hauses. **e)** R. **08** II Ziff. 734 (Marienwerder). Ein im Keller eines fertigen Hauses errichteter Backofen ist selbst dann kein Bauwerk, wenn er aus massiven Steinen hergestellt und ohne Mitbenutzung der Hauswände auf besonderen Fundamenten aufgeführt ist. **f) RG.** JW. **08** 431, NaumbAK. **08** 73, R. **08** II Ziff. 2317 u. 2318. Eine Schiffsmühle ist kein Bauwerk und keine Arbeit an einem Grundstücke, selbst wenn ihr durch Landesrecht die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache begelegt ist. **g)** HansGZ. Beibl. **08** 97 (Hamburg). Der eiserne, auf eisernen Säulen ruhende Viadukt einer Hochbahn ist im Sinne des täglichen Sprachgebrauchs ein Bauwerk (in anderem Zusammenhange beiläufig).

§ 640. 1. Begriff der Abnahme (s. JDR. **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 1—3, **6** Ziff. 1, auch oben § 638 Ziff. 5). **a)** Lotmar II 843 ff. Da der Tatbestand der Abnahme derart ist, daß er „nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen“ sein kann (§§ 640 Abs. 1, 646), so kann er kein verbaler, sondern nur ein realer Vorgang sein. Denn eine Erklärung ist ein verbaler Vorgang, der bei keinem Werke durch dessen Beschaffenheit ausgeschlossen ist. Zur Abnahme gehört deshalb weder die Billigung noch die Anerkennung als Erfüllung (Annahme). Die Billigung auch deshalb nicht, weil sonst die Abnahme nicht die Verjährung der Mängelansprüche in Lauf setzen (§ 638), sondern diese Ansprüche beseitigen würde, die Anerkennung als Erfüllung nicht, weil nicht alle Rechtsfolgen der Annahme (namentlich nicht §§ 341 Abs. 3, 363) im Gesetz an die Abnahme geknüpft sind, vielmehr der Abnahme vorhergehen wie nachfolgen können. Eine Pflicht zur Abnahme besteht nur bei vertragsmäßig hergestelltem Werke; auch unerhebliche Mängel geben das Recht, die Abnahme abzulehnen. Geschieht dies, so muß der Unternehmer die Vertragsmäßigkeit beweisen. **b) RG.** LeipzZ. **08** 598, JW. **08** 432. Zum Begriffe der Abnahme im Sinne des § 640 gehört nicht auch der Verzicht auf die Mängelrüge. Die Abnahme ist nicht Billigung des Werkes, sondern nur seine Annahme als Erfüllung, nämlich die zur Hinnahme des Werkes hinzutretende Erklärung, daß man das Werk als der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechend annehme (vgl. JDR. **6** § 638 Ziff. 4). Diese Annahmeerklärung kann nicht nur ausdrücklich abgegeben werden, sie kann auch aus dem Verhalten des Bestellers zu entnehmen sein. Daß weiter die Abnahme nicht auf das vollendete Werk beschränkt ist, vielmehr auch

mit Bezug auf Teile des Werkes geschehen kann, zeigt § 641 Abs. 1 Satz 2; solche Teilabnahme kann, auch wo sie im Vertrage nicht vorgesehen ist, jederzeit freiwillig erfolgen und kann z. B. in der Benutzung der vom Unternehmer hergestellten und in einen Saalbau eingefügten Konstruktionsteile zur Anbringung der weiteren für den Ausbau erforderlichen Arbeiten anderer Unternehmer erblickt werden. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1538. Die Inbenutzungnahme eines mangelhaften Werkes enthält nicht ohne weiteres eine Genehmigung oder einen Verzicht auf Wandelung. **d)** **RG.** R. **09** II Ziff. 39. Nimmt der Besteller für sich selbst einen Teil des erbauten Hauses in Benutzung und überläßt er außerdem den weitaus größten Teil seinen Mietern, so liegt darin eine Abnahme, selbst wenn das Haus in Einzelheiten noch nicht fertig und mangelhaft war.

2. Unbedeutende Mängel. SeuffA. **63** 395 (Hamburg). Die Abnahme kann auch wegen eines den Wert oder die Tauglichkeit nur in unerheblichem Maße verringernden Mangels verweigert werden, wenn nicht die Abweichung des Gelieferten vom Bestellten so geringfügig und so nebensächlich ist, daß die Verweigerung der Billigung des Werkes als eine unzulässige Ausübung des Rechtes des Bestellers erscheint.

3. Wölbling, Akkordvertrag und Tarifvertrag 161, empfiehlt analoge Anwendung des § 640 auf den Akkordvertrag.

4. Zu Abs. 2. Brückner, R. **08** 839 ff. (841). Zur Erhaltung des Schadensersatzanspruchs aus § 635 bedarf es eines Vorbehalts nicht (anders Dernburg, BürgR. § 320 VI). Ist jedoch nach den Umständen des einzelnen Falles eine Billigung des Werkes oder ein Umstand als vorliegend zu erachten, auf Grund dessen ein Verzicht auf den Schadensersatzanspruch angenommen werden kann, so ist letzterer bei mangelndem Vorbehalte nicht aufrechtzuerhalten.

§ 641. 1. *W. Boethke, EisenbE. **24** 302. § 641 gilt auch für den Frachtvertrag. Die Beförderung ist Vorleistung. Die Ablieferung hat Zug um Zug gegen Zahlung der Fracht zu erfolgen.

2. **a)** R. **08** II Ziff. 3591 (Naumburg). § 641 verhält sich über den Zeitpunkt der Fälligkeit des Werklohns, bestimmt aber nicht, daß dieser dort zu zahlen sei, wo die Abnahme des Werkes erfolgt. **b)** ElsLothJZ. **08** 581 (Colmar). Bei einem Werkvertrag (Möbeltransport) ist Zug um Zug zu leisten. Das Prüfungsrecht des Bestellers ändert hieran nichts. Bei Zug um Zug-Leistung gibt es nur einen Erfüllungsort, nämlich da, wo die Werkleistung zu erfolgen hat. **c)** HessRspr. 8 180 (LG. Mainz). Aus dem Rechte des Bestellers, das Werk vor der Abnahme zu prüfen, folgt kein Recht auf Übergabe des Werks vor Bezahlung.

§ 644. 1. **RG.** DJZ. **08** 818. Der Bauunternehmer trägt während des Baues eines Gebäudes die Brandgefahr bis zur Abnahme. Die Abnahme setzt aber nicht Vollendung des ganzen Baues voraus, wenn der Unternehmer nur gewisse Arbeiten und Materialien zu gewähren hatte. Sie erfolgt in diesem Falle durch Anordnung weiterer Arbeiten unter Benutzung und Verwendung des Gelieferten.

2. OLG. **17** 423 (KG.). Der Unternehmer, der die Ausschachtungsarbeiten für einen Neubau übernommen hat, trägt die Gefahr, wenn vor der Abnahme infolge der Ansammlung von Wasser die Lehmwände der Grube einstürzen.

§ 645. 1. *Klein, ÖstZBl. **08** 119. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Besteller davon unverzüglich Anzeige zu machen, daß sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde zeigen, oder sich sonst Verhältnisse ergeben, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden.

2. *W. Boethke, EisenbE. **24** 306. § 645 ist nach seinem strengen Wortlaut auf den Frachtvertrag nicht anwendbar; denn der Frachtvertrag hat nicht die Herstelllung eines körperlichen Gegenstandes, zu dem ein Stoff zu verwenden ist, zum Zwecke. Das Frachtgut ist nicht der „Stoff", der zur Herbeiführung des mit

dem Vertrage bezweckten Erfolges dient. Das Ziel der Bestimmung rechtfertigt aber eine ausdehnende Auslegung, so daß § 645 auch für den Frachtvertrag gilt.

§ 648. 1. Baugrundstück des Bestellers. **a)** Grundstück eines offenen Handelsgesellschafters. SeuffA. **63** 465, SächsRpflA. **08** 509 (Dresden). Der Unternehmer, der den Bauvertrag mit einer oHG. abgeschlossen hat, kann die Einräumung der Sicherungshypothek an dem einem Gesellschafter gehörigen Baugrundstücke beanspruchen. **b)** Gütergemeinschaftliches Grundstück. R. **08** II Ziff. 3778 (Frankfurt). Gehört das Baugrundstück zum Gesamtgute der zwischen dem Besteller und seiner Frau bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft, so steht dem Unternehmer ein gesetzlicher Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nicht zu, sofern nicht auch die Ehefrau für die Forderungen aus dem Vertrage haftet. **c)** Mehrere Baugrundstücke. KGJ. **36** A 259, R. **08** II Ziff. 2553 (KG.). Ist für die Bebauung mehrerer selbständiger Grundstücke eine einheitliche Vergütung vereinbart, so kann der Unternehmer die Einräumung einer Gesamtsicherungshypothek an den bebauten Grundstücken verlangen. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs kann im Wege einstweiliger Verfügung bei sämtlichen Grundstücken verlangt werden.

2. Forderungen aus dem Vertrage. **a)** Vorbereitende Arbeiten. **RG.** BayRpflZ. **08** 166, R. **08** II Ziff. 1173. Es entspricht nicht dem § 648, zwischen Arbeitsleistungen, die unmittelbar die Herstellung des Bauwerkes zum Gegenstande haben, und derjenigen Tätigkeit des Unternehmers, die die eigentliche Ausführung des Baues vorbereitet (Heranschaffen des Mauersandes aus einer Sandgrube, Ausschachtung des Baugrundes), zu unterscheiden und den gesetzlichen Hypothekentitel auf die Vergütung der ersteren Arbeiten zu beschränken. **b)** Kann die Sicherungshypothek auch für Kosten ihrer Erwirkung verlangt werden? ZBlFG. **9** 424, BayRpflZ. **08** 421, R. **08** II Ziff. 3121 (BayObLG.). Daraus allein, daß das dem Unternehmer nach § 647 zustehende Pfandrecht sich nach §§ 1210, 1257 auf die dem Unternehmer zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung erstreckt, läßt sich nicht entnehmen, daß die Ersatzforderung wegen der Kosten zu den Forderungen aus dem Werkvertrage gehört. Aber wenn der Schuldner durch seinen Verzug dem Gläubiger Anlaß gibt, zur Sicherstellung der Forderung von dem Rechte der Hypothekenerwirkung Gebrauch zu machen, und deshalb nach § 286 Abs. 1 verpflichtet ist, dem Gläubiger die zur Erwirkung der Eintragung erforderlichen Aufwendungen zu ersetzen, so ist der Ersatzanspruch des Gläubigers eine Forderung aus dem Werkvertrag und erstreckt sich der gesetzliche Hypothekentitel auf ihn.

3. Über den Begriff Bauwerk vgl. oben § 638 Ziff. 6.

4. Geht das Recht aus § 648 bei der Abtretung über? Vgl. JDR. **6** § 648 Ziff. 7 (Cöln) = OLG. **17** 426 (bejahend).

5. Vormerkung. **a)** Brückner, R. **08** 839 ff. (841 f.). Zur Sicherung seines Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek kann vom Unternehmer bereits nach Abschluß des Vertrags und vor Inangriffnahme des Bauwerkes die Eintragung einer Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt werden (ebenso **RG. 54** 164, anscheinend abweichend **RG. 58** 303). **b) RG.** R. **08** II Ziff. 2466. Hat der Unternehmer eine einstweilige Verfügung auf Vormerkung einer Sicherungshypothek für seinen Werklohn erwirkt, aber die Zustellungsfrist versäumt, so kann er an stelle wiederholter Erwirkung der einstweiligen Verfügung bei Glaubhaftmachung der Verlustgefahr auch einen Arrestbefehl ausbringen, was namentlich dann sachgemäß ist, wenn der Besteller inzwischen für sich eine Grundschuld auf dem Baugrundstücke hat eintragen lassen, der die Sicherungshypothek im Range nachginge. **c)** Umschreibung der Vormerkung. KGJ. **36** A 253, R. **08** II Ziff. 2552 (KG.). Die Vormerkung kann nur auf Grund der Bewilligung oder eines sie ersetzenden

rechtskräftigen Urteils, nicht aber auf Grund eines den Eigentümer zur Zahlung der Schuld verurteilenden Urteils in eine Sicherungshypothek umgeschrieben werden.

6. Pfändung der Baugeldforderung. KGJ. **35** A 314. Die Pfändung der Baugeldforderung ergreift auch die zur Erhaltung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragene Vormerkung und ist im Grundbuch einzutragen, auch wenn die Pfändung für eine 300 M. nicht übersteigende Forderung erfolgt ist.

7. Zum Gesetzentwurfe betr. Schutz der Bauhandwerker vgl. die Literaturangaben oben zu diesem Titel.

§ 649. 1. *W. Boethke, EisenbE. **24** 304. § 649 gilt auch für den Frachtvertrag der Eisenbahnen, wird aber durch die EisenbVerkO. nebst Allg. Zusatzbestimmungen und durch das Berner FrachtÜb. teilweise geändert.

2. Unberechtigter Rücktritt als Kündigung aus § 649. PosMSchr. **08** 8 (Posen) vgl. § 634 Ziff. 3.

§ 650. Bedeutung des Kostenanschlags. OLG. **17** 427 (Dresden). Der Kostenanschlag hat in der Regel nur die Bedeutung, dem Besteller einen vorläufigen Überblick über den wahrscheinlichen Kostenaufwand und damit zugleich einen Anhalt für die Normierung der Akkordsumme zu gewähren. Die Beteiligten wollen die Herstellung des Werkes im Rahmen des gefaßten Planes, entsprechend dem wirtschaftlichen Zwecke des Werkes, den örtlichen Verhältnissen, den Bauzeichnungen und rechnerischen Unterlagen, nicht aber auch, daß unbedingt alle einzelnen im Anschlage verzeichneten Arbeiten, mögen sie sich selbst als überflüssig herausstellen, auszuführen sind; andererseits reicht es nicht aus, daß nur die im Anschlage vorgesehenen Arbeiten verrichtet sind, sofern sich später zeigt, daß durch diese das Werk so, wie beabsichtigt, nicht vollendet werden kann.

§ 651. 1. Allgemeines. **a)** Brückner, R. **08** 839. Auf den Werklieferungsvertrag über Herstellung einer nicht vertretbaren Sache finden außer den §§ 631—641, 644—646 auch folgende Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung: §§ 642, 643 ((Verzug des Bestellers mit einer bei der Herstellung des Werkes von ihm vorzunehmenden Handlung), § 649 (unbeschränktes Kündigungsrecht und entsprechende Zahlungspflicht des Bestellers), § 650 (beiderseitige Rechte bei Überschreitung eines Kostenanschlags). Andererseits aber behalten auch folgende, unter Umständen auf den Werkvertrag passende Kaufvorschriften Geltung: §§ 434—436, 439, 440, 442, 443 (Umfang der Haftpflicht für Rechte Dritter), § 444 (Auskunftserteilung), § 446 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 (Übergang der Nutzungen und Lasten), §§ 448, 449 (Kosten der Übergabe), § 452 (Verzinsung des Preises) und außerdem nach § 634 Abs. 4 die §§ 465—467, 469—475 über die Wandelung und Minderung. **b)** Nachbesserung. OLG. **17** 428 (KG.). Der Besteller kann beim Werklieferungsvertrag ohne Fristsetzung Wandelung verlangen. Läßt er sich auf Nachbesserung ein, so verzichtet er damit nicht auf die Wandelung, sondern schiebt sie auf angemessene Zeit hinaus und verpflichtet sich nur, während dieser Zeit zu warten, ob die Nachbesserungsversuche des Unternehmers erfolgreich sein werden. **c)** Eigentumsübergang. BreslauAK. **08** 36 (Breslau). Schafft der Unternehmer vor Vollendung der zu leistenden Arbeiten einzelne Gegenstände (Türen und Fenster) auf das zu bebauende Grundstück, so überträgt er damit dem Besteller noch kein Eigentum.

2. Einzelne Fälle. **a)** OLG. **17** 417, ElsLothJZ. **08** 225 (Colmar). Der Vertrag mit einem Zahnarzt über Herstellung eines Gebisses ist als Werklieferungsvertrag nach den für den Werkvertrag geltenden Vorschriften zu beurteilen. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 360. Vertrag über Herstellung eines von den regelmäßigen Typen der liefernden Firma nicht abweichenden Motorrads geht auf Herstellung einer vertretbaren Sache nach § 651 Abs. 1. **c)** **RG.** R. **08** II Ziff. 290. Für die Annahme, daß eine Ziegelpresse und ein

Walzwerk von besonderer, ungewöhnlicher, individuell bestimmter Beschaffenheit (unvertretbare Sache) habe geliefert werden sollen, genügt weder, daß der Lieferant für die Verwendbarkeit der Gegenstände im bisherigen Betriebe des Bestellers und ein bestimmtes Ergebnis der mittels ihnen herzustellenden Steine garantiert, noch daß er die Aufstellung der Gegenstände mitübernommen hat. d) **RG.** LeipzZ. **08** 68. Die Lieferung von Herden zu einem Neubau ist Kauf trotz der von der Lieferantin übernommenen Verpflichtung zur Aufstellung und zur Installation, wenn die Herde weder einem bestimmten Raume angepaßt sind, noch von ihnen eine individualisierte Leistung gefordert wird, und wenn die zur Herstellung nötige Arbeit gegenüber der Pflicht zur Lieferung eines gewissen Typs zurücktritt. e) R. **08** II Ziff. 1364 (Braunschweig). Die Montage einer zu liefernden Maschine ist eine unselbständige Nebenleistung, nicht Leistung aus einem selbständigen Nebenvertrage.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat zum Begrifflichen einiges beigesteuert, größtenteils aber nur zu den bekannten Fragen über den Kausalzusammenhang, die Treupflicht des Mäklers, den Rechtsbestand des vermittelten Geschäfts von neuem Stellung genommen, ohne zu neuen Ergebnissen zu gelangen. Interessant ist die Beurteilung, welche die Versuche von Grundstücksmäklern, sich auch bei formungültigen Verträgen die Provision auf alle Fälle zu sichern, in der Literatur und Praxis (§ 652 Ziff. 4) gefunden haben. Daß die landesrechtlichen Höchst- und Mindesttaxen der freien Parteivereinbarung über die Höhe des Mäklerlohns keine Schranken setzen, hat das RG. zu § 653 im Gegensatze zu einer mehrfach in der Literatur vertretenen Ansicht, die wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Taxvorschriften eine gegen sie verstoßende Abrede nach § 134 BGB. für nichtig hält, grundlegend ausgesprochen. Zu § 656 bringt die Judikatur den schon früher in gleichem Sinne entschiedenen Sonderfall der Vermittelung eines Grundstücksverkaufs mit Einheiratung.

Literatur: Zeiler, Mäklervertrag, Dienstvertrag und Schenkung, BayRpflZ. **08** 395.

§ 652. 1. Mäklervertrag als gegenseitiger Vertrag? Einrede des nicht erfüllten Vertrags? a) PosMSchr. **08** 97 (Königsberg). Der reine Mäklervertrag ist kein gegenseitiger Vertrag. Der Mäkler ist nicht verpflichtet, eine Tätigkeit auszuüben, der Auftraggeber nicht, die nachgewiesene Gelegenheit zum Vertragsschlusse zu benutzen. b) R. **09** II Ziff. 40 (Hamburg). Hat ein Mäkler bei Erfüllung eines Mäklervertrags seine Vertragspflicht fahrlässig oder arglistig durch Erteilung einer unrichtigen Auskunft verletzt, ist aber gleichwohl der Kaufvertrag, der vermittelt werden sollte, infolge der Vermittelung zustande gekommen, so kann dem Anspruch auf Zahlung des Mäklerlohns nicht die Einrede des nicht erfüllten Mäklervertrags entgegengesetzt werden. Denn der Vertrag ist erfüllt, wenn auch die Erfüllung eine fehlerhafte war. Wegen der Fehlerhaftigkeit der Erfüllung steht dem Auftraggeber nur ein Anspruch auf Schadensersatz zu, mit dem er gegen den Anspruch auf Mäklerlohn aufrechnen kann. c) **RG.** (Straff.) **41** 24. Gleichviel ob der Mäklervertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender Vertrag ist und ob im letzteren Falle der Mäkler zur Entwickelung einer Tätigkeit verpflichtet ist oder nicht, unter allen Umständen verbindet die erteilte Lohnzusage nur dann zur Zahlung, wenn der Mäkler bei der Vermittelung des Vertrags, von dessen Zustandekommen sein Anspruch abhängt, den übernommenen Auftrag so, wie er nach Treu und Glauben aufzufassen ist, erfüllt. Ist das nicht der Fall, so haftet der Mäkler nicht etwa nur für den durch sein bewußt auftragswidriges Verhalten verursachten Schaden, sondern es steht auch seinem Anspruch auf Mäklerlohn die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Arglist entgegen,

auch dann, wenn das in Auftrag gegebene Geschäft oder ein für den Auftraggeber wirtschaftlich gleichwertiges durch seine Vermittelung zustande gekommen ist. ➵ Die Entsch. gebraucht, wie die Eingangsworte ergeben, die Bezeichnung: Einrede des nicht erfüllten Vertrags offensichtlich nicht im technischen Sinne, sondern will wohl nur dem vom RG. auch sonst (IDR. **6** Ziff. 5 a und b) ausgesprochenen Gedanken Ausdruck geben, daß Verletzung der Mäklertreue den Verlust des Provisionsanspruchs nach sich zieht. Red. ⟵

2. Mäklervertrag, Dienstvertrag oder Schenkung? a) ElsLothJZ. **08** 463 (Colmar). Die Vereinbarung, daß ganz allgemein für den Fall des Verkaufs eines Grundstücks innerhalb bestimmter Frist an eine dritte Person eine Entlohnung bezahlt werden soll, ist rechtswirksam, selbst wenn nicht ausbedungen ist, daß der Kauf durch diese Person vermittelt sein müsse. Eine solche Vereinbarung erscheint auch nicht als Wette oder Freigebigkeit, wenn die Parteien dabei von der Annahme ausgehen, daß der, dem die Belohnung versprochen wird, während der im Vertrage bestimmten Zeit sich um den Verkauf der Sache bemühen solle, so daß die Mäklergebühr ihm für alle Fälle eine Entlohnung seiner Mühewaltung und Auslagen sichern soll, namentlich auch für den Fall, daß der Auftraggeber den Kauf mit Umgehung des Beauftragten abschließen sollte. Eine solche Vereinbarung erscheint vielmehr nur bestimmt und geeignet, den Beauftragten gegen die Folgen zu sichern, die aus der Fassung des Gesetzes in einem solchen Falle ohne besondere Abmachung entstehen könnten, und muß namentlich dann als rechtsverbindlich angesehen werden, wenn der Beauftragte sich auf Grund der Vereinbarung wirklich um die Vermittelung eines Verkaufs bemüht hat. b) Zeiler, BayRpflZ. **08** 395 vgl. den Selbstbericht zu § 516 Ziff. I 1.

3. Mäklervertrag oder Gesellschaft? **RG.** R. **08** II Ziff. 499. Ein Vertrag, inhalts dessen der eine Teil gegen Beteiligung am etwaigen Gewinn es übernimmt, dem anderen Teile Grundstücke zum Ankaufe nachzuweisen und den Ankauf zu vermitteln, ferner die Aufteilung der Grundstücke vorzubereiten, Käufer heranzuschaffen und den Verkauf zu vermitteln, ist, wenn der andere Teil hinsichtlich des Ankaufs und Verkaufs der Grundstücke völlig freie Hand hat, kein Gesellschafts-, sondern ein Mäklervertrag.

4. Nebenabreden. a) *Zeiler, BayRpflZ. **08** 395 ff. Läßt sich der Mäkler, der durch seine Tätigkeit die an einem formbedürftigen Vertrage beteiligten Personen zur mündlichen Vereinbarung gebracht hat, von beiden Teilen für den Fall, daß der eine oder daß der andere zur formgültigen Vertragsschließung nicht mitwirken sollte, eine Leistung versprechen, so ist diese Vereinbarung für die Regel gültig, nur ausnahmsweise nach § 344 BGB. unwirksam. b) PosMSchr. **08** 71 (Stettin). Die zwischen den Kontrahenten eines formungültigen Grundstückskaufvertrags und dem Mäkler getroffene Abrede, daß diejenige Partei, die den Vertrag nicht erfülle, dem Mäkler die bedungene Provision zu zahlen habe, ist ungültig.

5. Stillschweigende Erteilung. **RG.** R. **08** II Ziff. 1367. Eine stillschweigende Erteilung eines Mäklerauftrags ist anzunehmen, wenn jemand die Dienste eines Mäklers widerspruchslos annimmt in dem Bewußtsein, daß dieser sie lediglich in Erwartung der üblichen Entlohnung leiste.

6. Zustandekommen des vermittelten Geschäfts. a) Bei Nichtigkeit. *Reichel, ACivPr. **104** 33. Der vermittelte Vertrag ist „zustande gekommen", auch wenn er nach § 125 BGB. nichtig, dieser nichtige Vertrag jedoch von den Vertragsparteien faktisch in allen Punkten ausgehalten worden ist. b) Bei aufschiebender Bedingung. HessRspr. **9** 61 (LG. Darmstadt). Aberkennung einer Mäklerprovision, weil die im Grundstücksvertrag enthaltene aufschiebende Bedingung nicht eingetreten ist.

7. Pflichten des Mäklers, insbesondere Vertragstreue (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 3) s. oben Ziff. 1 b und c.

8. Erfordernis des Aufrechtbleibens des vermittelten Geschäfts (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 2). a) **RG.** JW. **08** 240. Die auf Grund des § 38 GewO. erlassene PrMinVO. vom 10. August 1901, wonach der Gesindevermieter oder Stellenvermittler auf Verlangen des Dienstberechtigten die Vermittelungsgebühr zurückzuzahlen hat, wenn der Dienstverpflichtete die Stellung nicht antritt, ist trotz § 652 rechtsgültig. **b**) Anfechtung wegen Betrugs des Auftraggebers. BadRpr. **08** 262 (Karlsruhe). Wird der durch die Vermittelung zustande gekommene Kaufvertrag wegen unwahrer Angaben, die der Verkäufer sowohl dem Käufer wie dem Mäkler gegenüber über das Verkaufsobjekt gemacht hatte, vom Käufer mit Erfolg angefochten, so steht dem Anspruche des Verkäufers auf Rückzahlung des Mäklerlohns ein Schadensersatzanspruch des Mäklers in gleicher Höhe aus § 826 entgegen.

9. Erfordernis des Kausalzusammenhanges. Kenntnis. Absichtliche Ausschaltung des Mäklers (s. JDR. **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **6** Ziff. 6). a) **RG. 68** 195. Der Auftraggeber ist zur Zahlung des Mäklerlohns nur verpflichtet, wenn er beim Abschlusse des vermittelten Vertrags von der vorausgegangenen Tätigkeit des Mäklers Kenntnis hatte, so daß er die Mäklergebühr bei Bestimmung des Kaufpreises berücksichtigen konnte. **b**) LeipzZ. **08** 243 (Braunschweig). Um den Anspruch auf Mäklerlohn zu begründen, ist das Zustandekommen des Geschäfts durch die ausschließliche Tätigkeit des Vermittlers ebensowenig erforderlich, wie daß letzterer beim Abschlusse selbst und bei den diesem unmittelbar vorhergehenden Verhandlungen unter den Kontrahenten beteiligt gewesen ist. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Abschluß und der Vermittelungstätigkeit des Mäklers kann auch dann vorliegen, wenn der Mäkler den künftigen Kontrahenten zum Abschlusse des Geschäfts geneigt gemacht hat und wenn das Geschäft zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber wirklich abgeschlossen wird. Die Tätigkeit des Mäklers braucht nicht die alleinige Ursache des Abschlusses gewesen zu sein; es genügt, wenn er nur an dem Zustandekommen des Geschäfts mitgewirkt hat. **c**) **RG.** R. **08** II Ziff. 1365 u. 1366. Die Provision ist nicht verdient, wenn das Kaufgeschäft, um dessen Zustandekommen sich der Mäkler bemüht hat, nicht zum Abschlusse gekommen, wenn aber infolge dieser Verhandlungen die Kaufgelegenheit bekannt geworden und das Kaufgeschäft dann mit einem anderen abgeschlossen ist. **d**) OLG. **17** 432 (Braunschweig). Der Kausalzusammenhang liegt nicht vor, wenn der mit der Vermittelung eines Grundstücksverkaufs betraute Mäkler einen Käufer nachweist, letzterer aber sich weigert, selbst zu kaufen, sich vielmehr dem Grundeigentümer nur zur Vermittelung von Parzellierungsverkäufen erbietet und auf Grund dieses neuen Mäklervertrags den Verkauf des Grundstücks an die einzelnen Parzellenerwerber zustande bringt. Der erste Mäkler hat in diesem Falle nicht den Grundstücksverkauf, sondern nur einen neuen Mäklervertrag vermittelt. **e**) SchlHolstAnz. **08** 52 (Kiel). Der Auftraggeber verhindert das Zustandekommen des Vertrags durch Vermittelung des Mäklers wider Treu und Glauben, wenn er in der Absicht, dem Mäkler die Provision zu entziehen, einen von diesem bereits zugeführten Käufer an einen anderen Mäkler verweisen läßt und sodann unter Vermittelung des letzteren mit dem Käufer den Vertrag abschließt.

10. Geschäft mit abweichendem Inhalte (s. JDR. **5** Ziff. 9 und Verweisungen). a) PosMSchr. **08** 97 (Königsberg). Schließt der Auftraggeber auf Grund des Nachweises einen Vertrag ab, so kommt es nur darauf an, ob das abgeschlossene Geschäft die ursprüngliche Absicht des Auftraggebers ökonomisch verwirklicht; die juristische Erscheinungsform ist nicht maßgebend. Ob im Einzelfalle die Abweichung von dem beabsichtigten Geschäft als wesentliche und infolgedessen

den Anspruch auf Mäklerlohn beseitigende oder nur als nebensächliche zu gelten hat, ist Tatfrage. **b)** S. oben Ziff. 9 d.

11. Bindung bis zu einem Termine. Verzicht auf Widerrufsrecht (s. JDR. 5 Ziff. 6 und Verweisungen). **a)** **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 143. Aus dem Verzichte des Auftraggebers auf sein Widerrufsrecht ist nicht zu folgern, daß er auch bei Nichtzustandekommen des Vertrags zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet ist. **b)** KGBl. **08** 8 (KG.). Ist im Mäklervertrag eine Endfrist für den Vermittelungsauftrag bestimmt, so ist es Auslegungssache, ob damit eine Gebundenheit des Auftraggebers gewollt ist.

12. Einzelne Fälle und Einzelheiten. **a)** Darlehnsvermittelung. α. **RG.** JW. **08** 234. Verstoß gegen die guten Sitten durch Aufnahme besonderer Bedingungen neben einem Provisionsversprechen für die Beschaffung eines Darlehens (vgl. § 138). β. **RG.** R. **08** II Ziff. 2920. § 652 steht einer Parteiverabredung nicht entgegen, wonach der Mäklerlohn schon beim Zustandekommen eines Darlehns vorvertrags verdient sein soll. **b)** Grundstücksverkauf. Auflassung als Bedingung (s. JDR. 5 Ziff. 10 b). α. PosMSchr. **08** 70 (Stettin). Der Vertrag, durch den dem Mäkler die Vermittelung eines Grundstücksverkaufs auf bestimmte Zeit allein übertragen, der Überpreis über eine gewisse Summe als Provision zugesichert und die Erteilung des Zuschlags an die Kauflustigen unwiderruflich erlaubt wird, untersteht der Formvorschrift des § 313. β. SchlHolstAnz. **08** 293 (Kiel). Ein Mäklerlohn ist unter Umständen als unter der stillschweigend vereinbarten Bedingung versprochen anzusehen, daß das vermittelte Geschäft auch erfüllt werde. (Der Auftraggeber hatte sich verpflichtet, den Mäklerlohn „bei der Auflassung" zu zahlen; das OLG. legte dies auf Grund von Begleitumständen dahin aus, daß der Provisionsanspruch des Mäklers durch die Auflassung bedingt sei). γ. SächsRpflA. **08** 114 (Dresden). Soll der Mäklerlohn von der Anzahlung auf das verkaufte Grundstück geleistet werden, so wird er erst fällig, wenn der Käufer die bare Anzahlung, d. h. nicht irgend einen Betrag, sondern die vereinbarungsgemäß bei Vollziehung des Kaufs bar zu zahlende Summe, geleistet hat. **c)** Verkauf einer Hypothek. BayRpflZ. **08** 129 (München). Der Mäklerlohn für die Vermittelung des Verkaufs einer Buchhypothek ist erst verdient, wenn auch das dingliche Rechtsgeschäft in der gesetzlichen Form zustande gekommen ist. **d)** Bank als Zeichnungsstelle. **RG.** JW. **08** 480, BankA. **7** 380, R. **08** II Ziff. 2554. Ein Bankhaus, das von einer Aktiengesellschaft als Zeichnungsstelle für die von ihr auszugebenden Aktien benutzt wird, fungiert bei der Entgegennahme von Zeichnungen regelmäßig nicht als Mäkler, sondern lediglich als Beauftragter der Emittentin (§ 675); zu den Zeichnern tritt es in kein Vertragsverhältnis, es sei denn, daß ein solches sich aus besonderen Umständen des einzelnen Falles ergibt. **e)** **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 510. Der Anspruch auf den Mäklerlohn bildet, gleichgültig ob er nur für den Nachweis oder für die Vermittelung versprochen ist, schon dann einen gegenwärtigen Vermögenswert, wenn die Gelegenheit zum Abschlusse des beabsichtigten Vertrags nachgewiesen ist. Die Abtretung des Anspruchs kann von diesem Zeitpunkt ab Gegenstand einer Anfechtung bilden. **f)** Ramdohr, GruchotsBeitr. **52** 459, regt bei Besprechung des Kommentars von Staudinger die Fragen an, ob ein Mäklervertrag vorliegt, wenn die Provision bereits für den Fall zugesichert ist, daß der Mäkler dem Gegner seine „Hilfe oder Unterstützung" beim Vertragsschluß angedeihen läßt, ferner wenn der Mäkler A. dem Mäkler B. ein verkäufliches Grundstück namhaft macht gegen die Zusicherung der Hälfte derjenigen Provision, welche B. bei Vermittelung des das Grundstück betreffenden Kaufgeschäfts verdienen wird, endlich ob ein Mäklerlohn, der „für den Nachweis bzw. die Vermittelung" versprochen ist, schon verdient ist, wenn der Mäkler das eine oder das andere Ergebnis herbeiführt.

§ 653. 1. Landesrechtliche Höchst- und Mindesttaxen. **RG. 68** 195, JW. **08** 321, R. **08** II Ziff. 1959. Auf etwa bestehende Taxen ist nur in dem Sinne verwiesen, daß diese eine Ergänzung des unausgesprochenen Parteiwillens zu liefern haben. Die Taxen ziehen aber der freien Vereinbarung der Parteien über die Höhe der Mäklergebühr in keiner Richtung eine Grenze. Soweit Landesgesetze bestanden haben, die über die Höhe der Mäklergebühr zwingende Bestimmungen in dem Sinne enthielten, daß über ein gewisses Maß hinaus eine Mäklergebühr auch durch Vereinbarung der Parteien nicht rechtsgültig versprochen werden könne, oder daß, wenn von beiden Teilen einem Mäkler ein Lohn gewährt worden, der über den bestimmten Höchstsatz hinausgehende Betrag von dem Teile, der noch keine Zahlung geleistet, auch nicht gefordert werden dürfe, sind sie (wie z. B. die kurhessische V. vom 20. August 1800) durch Art. 55 EGBGB. aufgehoben.

2. **RG.** R. **08** II Ziff. 3779. Ist dem Kaufmäkler 1 pCt. des Kaufpreises versprochen, so kommt nur der Nominalwert der Papiere in Betracht, die zu diesem Werte an Zahlungsstatt genommen sind.

§ 654. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag II 687 f. Der Auftraggeber, der in Kenntnis des Doppeldienstes des Mäklers den Vertrag mit dem anderen Teile abschließt, sich also die Frucht der Mäklerarbeit, wie sie trotz des Mangels geraten ist, zugute kommen läßt, ist nicht befugt, den Mäklerlohn vorzuenthalten.

2. Entgegengesetzte Interessen der Vertragsteile s. JDR. **6** § 654 Ziff. 1, auch GruchotsBeitr. **52** 992.

3. **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 145. Der Anspruch auf den Mäklerlohn wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der vom Verkäufer engagierte Mäkler zwecks Erzielung einer hohen Provision mit dem Kaufreflektanten verabredet hat, dieser solle das Kaufanerbieten so lange ablehnen, bis der Verkäufer die Provision bewilligt habe, und daß der Mäkler dem Kaufreflektanten einen Teil der Provison zuzuwenden versprochen hat.

4. **RG.** R. **08** II Ziff. 496. Zur Anwendung dieser Bestimmung ist nicht erforderlich, daß der Mäkler für den anderen Teil auf Grund eines von diesem erteilten Auftrags tätig gewesen ist.

§ 655. Berücksichtigung geleisteter Ratenzahlungen. **RG.** JDR. **6** Ziff. 2, jetzt auch SeuffA. **63** 57.

§ 656. 1. a) BraunschwZ. **08** 144 (Braunschweig). Das Provisionsversprechen für Ehevermittelung ist nicht nichtig, nur klaglos. Ob die Forderung aus solchem Versprechen die genügende Grundlage für eine Hypothekenbestellung bildet, hängt davon ab, ob in der Hypothekenbestellung eine Leistung im Sinne des Abs. 1 Satz 2 oder nur eine Sicherung gefunden werden kann (wird nicht entschieden, da die Heirat nicht zustande gekommen war). **b)** HessRspr. **8** 147 (Darmstadt). Der Aussteller eines Wechsels über Ehemakellohn kann Erstattung des an den Wechselinhaber Gezahlten von dem Mäkler jedenfalls dann fordern, wenn der Wechsel nur erfüllungshalber ausgestellt ist.

2. PosMSchr. **08** 97 (Königsberg). Auch wenn beim Abschluß eines zwecks Veräußerung eines Grundstücks abgeschlossenen Mäklervertrags zugleich die Einheiratung des Erwerbers in Aussicht genommen wird, ist das für die Vermittelung des Veräußerungsvertrags gegebene Provisionsversprechen rechtswirksam (ähnlich DJZ. **03** 1144 [Karlsruhe]).

Neunter Titel. Auslobung.

Literatur: Kuhlenbeck, Die Auslobung, JW. **08** 645 (Teil LXIV seiner Besprechungen der Rechtsprechung des RG. in bezug auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts). — Oertmann, Entschädigung für Projektarbeiten, DJZ. **08** 455 (vgl. auch bei § 631).

§ 657. 1. Kuhlenbeck, JW. **08** 645, billigt die Entsch. des OLG. Cöln im Falle Dasbach-Hoensbroech (Abweisung der Klage) nur im Ergebnis; er hält,

da der Auslobende das gegenteilige Interesse, d. h. die Überzeugung und den Wunsch hatte, daß der Beweis nicht geführt werden könne, eine ernstliche Auslobung nicht für vorliegend, sondern nur eine einseitige Wettbehauptung (vgl. JDR. 4 § 657 Ziff. 2).

2. **RG.** (Straff.) **40** 21 ff. (32). Veranstaltung eines Preiskegelns, bei dem die Teilnehmer zuvor einen Einsatz dem Veranstalter zu entrichten haben, ist, weil zweiseitiger Vertrag, keine Auslobung, sondern Spiel (vgl. unten § 762 Ziff. 1).

§ 661. 1. Kuhlenbeck, JW. **08** 645, bespricht im Anschluß an die zu § 994 I. 11 ALR. ergangene Entsch. **RG. 11** 281 die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Beteiligten der Rechtsweg gegen die nach § 661 Abs. 2 ergangene Entscheidung des Auslobenden oder der von ihm ernannten Preisrichter zusteht. Die Entscheidung ist nicht wegen tatsächlicher Unrichtigkeit (z. B. offenbarer Unbilligkeit), sondern nur wegen rechtlich unzulässiger Herbeiführung (z. B. Verletzung der meist durch versiegelte Kuverts mit Motto gewahrten Unbekanntschaft der Preisrichter mit der Person des Bewerbers) im Rechtsweg anfechtbar. Im letzteren Falle kann der Bewerber nicht auf Zuerkennung des Preises, sondern nur auf Schadensersatz nach § 826 klagen. Eine Anfechtung im Sinne der §§ 123, 143 steht nicht ihm, sondern nur dem Auslobenden bzw. den Preisrichtern zu; denn nur diese geben eine „Willenserklärung" ab (vgl. Brückmann, DJZ. **05** 856).

2. Einreichung von Projekten. Oertmann, DJZ. **08** 455 ff. Hat der Ausschreibende auf den besten oder die besten der ihm eingereichten Entwurfprojekte einen Preis gesetzt, so heißt das ohne weiteres, daß er zu einer Remunerierung der übrigen nicht verpflichtet sein will. Wer sich an der Konkurrenz beteiligt, weiß das oder muß es wissen, er arbeitet auf eigene Gefahr. Indem § 661 Abs. 4 dem Ausschreiber nicht das Recht gibt, vom Preisempfänger die Übertragung des „Eigentums" an dem Werke zu fordern, bekundet er deutlich, daß die bloße Vorlegung der Konkurrenzarbeiten an den Preisausschreiber weder eine Werkleistung noch ein Werkangebot sein soll. Die Teilnehmer an der Konkurrenz bekommen keinerlei Werklohn, behalten aber ihren Entwurf; jede Verwendung desselben durch den Preisausschreiber oder einen Dritten ist widerrechtlich und verpflichtet zum Schadensersatze, mindestens zur Herausgabe der dadurch erzielten ungerechtfertigten Bereicherung. (S. a. § 631 Ziff. III 2.)

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Die Stellung des RG. zu den Gefälligkeitsverträgen ist von Kuhlenbeck und v. Blume kritisch beleuchtet. Die Rechtsprechung bringt erheblicheres Material nur zu § 676.

Literatur: v. Blume, Das RG. und die Gefälligkeitsverträge, R. **08** 650 (vgl. auch zu § 598). — Kuhlenbeck, Der Auftrag, JW. **08** 701 (Teil LXV seiner Besprechungen der Rechtsprechung des RG. in bezug auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts).

§ 662. 1. Begriffliches. a) Kuhlenbeck, JW. **08** 701, erörtert an der Hand von **RG. 65** 17 ff. den Unterschied der Gefälligkeitsverträge von den rein tatsächlichen oder nur gesellschaftlichen Gefälligkeitsleistungen, bespricht zustimmend die Entsch. **RG. 51** 156, betreffend den Auftrag zum Spielen oder Wetten, und die Entsch. **RG. 55** 91 über die Bedeutung des § 667, die er aber im Endergebnisse für unbillig hält. **b)** v. Blume, R. **08** 650, bejaht im Gegensatze zu RG. oben § 631 Ziff. I 3b das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses bei der Gestattung unentgeltlicher Mitfahrt und bespricht das Wesen der sog. Gefälligkeitsverträge, d. h. Verträge, durch die man eine Leistung auf sich nimmt, ohne sich dazu zu verpflichten. Sie liegen noch innerhalb der Rechtssphäre. So verknüpft sich mit der Gestattung der Benutzung eines Wagens ein Auftrag, sofern der Wagenbesitzer diesen selbst lenkt oder durch einen Angestellten lenken läßt. Denn in solchem Falle

vertraut der Fahrgast seine Person der Fürsorge des Wagenlenkers an und kann erwarten, daß der andere darauf Rücksicht nimmt. Dieser haftet daher für etwaige Fehler in der Lenkung aus dem Vertrage, für ein Verschulden des Chauffeurs nach § 278; denn nur aus dem besonderen Verhältnisse zum Fahrgast ergibt sich, wieweit er auf diesen Rücksicht zu nehmen hat.

2. Auftrag und Vollmacht. **RG.** R. **08** II Ziff. 3409. Im Geschäftsleben pflegt zwischen Auftrag und Vollmacht nicht unterschieden zu werden; wenn jemand einem anderen Vollmacht zu seiner Vertretung bei vertraglichen Verhandlungen erteilt, die mit Dritten geführt werden sollen, so wird dies regelmäßig zugleich als Auftrag zu diesen Verhandlungen gemeint und verstanden. Wer daher eine solche Vollmacht erteilt, muß, wenn er sie in einem beschränkteren Sinne meint, dies unzweideutig zum Ausdrucke bringen, sofern es sich nicht schon ohne weiteres aus den Umständen in einer für den Vollmachtnehmer erkennbaren Weise ergibt.

3. Rechte und Pflichten. SeuffA. **63** 230, ZAktGes. **15** 242 (Dresden). Wer auf Grund eines Auftrags mit einem Lieferanten verhandelt, macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er sich durch Entgegennahme von Geschenken bestimmen läßt, von der Erzielung günstigerer Bedingungen für seinen Auftraggeber abzusehen.

4. Gegen OLG. Zweibrücken, BayRpflZ. **07** 333 (s. JDR. **6** § 662 Ziff. 2), Michel aaO. **08** 84 f. Der Kläger, der den Beklagten beim Sägebetriebe durch Hinreichen von Holz bediente und auf besonderes Ersuchen vorübergehend das Holzschneiden selbst übernahm, ist vorübergehend als Arbeiter im Betriebe des Beklagten zu betrachten. War er auch nicht als Arbeiter angestellt, so war doch tatsächlich seine Tätigkeit im Betriebe des Beklagten nur diejenige eines Arbeiters und ersetzte die Arbeitsleistung eines solchen. Diese Tatsache allein genügt zur Annahme eines versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses. Die Entschädigung des Klägers für seine Arbeit kam im Preise für das Holzsägen zum Ausdrucke, der sich höher bemessen müßte, wenn der Kläger hierbei nicht behilflich wäre. Der Kläger kann also zwar nicht den Betriebsunternehmer, wohl aber die Berufsgenossenschaft nach § 135 GewUVG. in Anspruch nehmen. — Dazu Hagen das. 266 und Entgegnung von Michel 304 (nur Unfallversicherungsfragen betreffend).

§ 664. 1. **RG.** R. **08** II Ziff. 735. Wenn A. als vorgeschobene Person im Auftrag und für Rechnung des B. dem C. ein Darlehen gegeben hat und B. demnächst seinen Anspruch auf Auskehrung des von C. einzuziehenden Darlehnsbetrags an D. abtritt, so liegt keine Abtretung des Anspruchs auf Ausführung des von B. dem A. erteilten Auftrags, sondern eine Abtretung des aus § 667 herzuleitenden Anspruchs auf Herausgabe des aus der Geschäftbesorgung Erlangten vor.

2. **a)** Haftung des Notars wegen Versäumung der Erbausschlagungsfrist durch Verschulden seines Bureauvorstehers, s. **RG.** JDR. **6** § 664. Vgl. auch unten § 675 Ziff. 2 a. **b)** Über Haftung des Anwalts für Erfüllungsgehilfen vgl. § 675 Ziff. 2 a.

§ 666. 1. Mehrere Auftraggeber. R. **08** II Ziff. 497 (Breslau). Haben mehrere Personen den Auftrag erteilt, so kann jeder von ihnen nach § 666 Rechenschaft fordern. § 432 kommt nicht zur Anwendung, da es sich um keine unteilbare Leistung handelt.

2. **RG.** R. **09** II Ziff. 252. Erweist sich ein eingeklagtes Darlehen als Geldhingabe zur Ausführung eines Auftrags, so hat der Kläger zunächst auf Auskunft und Rechnungslegung über die auftraggemäße Verwendung des Geldes zu klagen.

3. Zurückbehaltung des Gehalts eines Gutsverwalters bis zur Rechnungslegung. **RG.** SeuffA. **63** 13. Die Pflicht der Rechnungslegung ist bei den Dienstverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, ein Teil der im Dienstvertrage vom Dienstverpflichteten übernommenen Leistungen und bildet den Abschluß der versprochenen Dienste. Erst mit Erfüllung

dieser Pflicht hat der Dienstverpflichtete die zugesagten Dienste vollständig geleistet. Da mangels anderweiter Abrede für die Leistung der Dienste im Verhältnisse zu ihrer Entlohnung die Pflicht der Vorleistung (§ 614) besteht, so erstreckt sich diese Vorleistungspflicht auch auf die Rechnungslegung. Der Dienstverpflichtete kann nicht eher Vergütung der Dienste fordern, als bis er über die Geschäftsbesorgung ordnungsgemäß Rechnung gelegt hat.

4. Kein Anspruch auf Auskunft gegen den Verletzer eines Konkurrenzverbots, vgl. § 687 Ziff. 1.

§ 667. 1. Schaden des Kommittenten. **RG.** LeipzZ. **08** 447. Wer im eigenen Namen für fremde Rechnung kontrahiert, kann den Gegenkontrahenten für einen schadenstiftenden Vertragsbruch auch haftbar machen, wenn der Schaden in der Person des Auftraggebers entstanden ist (vgl. **RG. 58** 42, **62** 331).

2. Herausgabepflicht. **a)** Handakten des Rechtsanwalts. Herold, NaumburgAK. **08** 47 (gegen Friedländer, Komm. zur RAGebO., der zu § 32 die Herausgabepflicht der Handakten in vollem Umfange bejaht). Der Anwalt ist auch als Armenanwalt zur unterschiedlosen Herausgabe seiner vollständigen Handakten nicht verpflichtet. Das Zurückbehaltungsrecht darf der Partei die Rechtsverfolgung nicht erschweren. Die Partei kann aber, wenn es sich um Einlegung eines Rechtsmittels handelt, billigerweise nicht mehr als Übersendung der Akten an den Anwalt der höheren Instanz verlangen. Die hiernach beschränkte Herausgabepflicht besteht für die Vollmacht, den Briefwechsel zwischen den Parteien, die Urkunden für Begründung oder Abwehr eines Anspruchs (Wechsel, Verträge, Hypothekenbriefe usw.), Schuldtitel, die eigenen und gegnerischen Schriftsätze, falls gegen Müller-Gotha (JW. **03** 368) angenommen werden kann, daß diese „aus der Geschäftsführung erlangt" sind. Dagegen brauchen nicht herausgegeben zu werden das Auftragsschreiben der Partei, der gesamte Briefwechsel mit der eigenen Partei und Empfangsbekenntnisse, insbes. Zahlungsquittungen der Partei. Zug um Zug gegen Herausgabe der Akten kann der Anwalt eine Bescheinigung seiner Partei über gebührenordnungsmäßige Verrechnung verlangen. **b)** Fiduziarisch abgetretene Forderungen. **RG.** R. **08** II Ziff. 3592. Der Treuhänder, dem ein Grundstückseigentümer zur Befriedigung seiner Gläubiger die Mieten abgetreten hat, hat die ihm abgetretenen, noch nicht durch Zahlung getilgten Mietzinsforderungen zurückzuübertragen und, soweit er Zahlung erhalten, das Geld, das er noch nicht den Bestimmungen gemäß verwendet hatte, herauszugeben, wenn das Grundstück in der Zwangsversteigerung beschlagnahmt wird und für diesen Fall das Abkommen sofort außer Kraft treten sollte. **c)** Geschenke. α. SeuffA. **63** 230 (Dresden). Der Beauftragte braucht Geschenke, die er anläßlich der Geschäftsführung für seine Person erhalten hat, nicht herauszugeben. Die gegenteilige Auffassung bei Fischer-Henle findet nur in der bei Mugdan II 947 mitgeteilten Bemerkung der 2. Kommission, nicht im Wortlaute des Gesetzes ihre Unterstützung. β. SeuffA. **63** 275 (Hamburg). Der Angestellte hat nach §§ 675, 667 auch Geschenke und Extraprovisionen herauszugeben, die er wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte von dem Dritten erhalten hat, nicht dagegen freiwillig gegebene Geschenke, die der Gegenkontrahent dem Angestellten nach geschehenem Abschluß, ohne dafür eine dem Prinzipale zur Last fallende Gegenleistung zu erwarten, zugewendet hat.

§ 669. 1. Über das Verhältnis von § 669 zu § 670 vgl. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 495—498.

2. Darüber, inwieweit der mit Verbürgung Beauftragte im Gegensatze zu dem mit Schuldbeitritt Beauftragten den Grundsätzen des Auftragsrechts entgegen zu Aufwendungen aus eigenen Mitteln verpflichtet ist, vgl. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 494—502.

3. a) **RG.** JW. **08** 324, LeipzZ. **08** 448, R. **08** II Ziff. 1785. Die Übernahme der Verpflichtung, Lotterielose zwecks gemeinsamen Spielens zu bestellen, enthält nicht ohne weiteres auch die Verpflichtung, die Kosten der Lose vorzuschießen und damit die Gefahr des Verlustes dieser Auslage auf sich zu nehmen. Der Beauftragte kann vielmehr nach §§ 669, 713 Vorschuß verlangen. **b)** SächsOLG. **29** 381 (Dresden). Die Abtretung einer Forderung zu dem Zwecke, daß der Zessionar die Gläubiger des Zedenten aus dem Forderungsbetrage möglichst gleichmäßig befriedige, stellt sich als Vorschußleistung für einen dem Zessionar erteilten Auftrag dar. Die Ausführung des Auftrags wird nicht dadurch unmöglich, daß Gläubiger des Zedenten dessen angeblichen Rückzahlungsanspruch gegen den Zessionar gepfändet haben.

§ 670. 1. Haftung für zufälligen Schaden, s. JDR. **6** § 670 Ziff. 2 (Stuttgart), jetzt auch WürttZ. **20** 2.

2. Erstattungsanspruch des einlösenden Akzeptanten eines Gefälligkeitswechsels. **RG.** SeuffA. **63** 400, JW. **08** 410, R. **08** II Ziff. 2245, HoldheimsMSchr. **17** 214. Der Akzeptant, der einen Gefälligkeitswechsel eingelöst hat, kann Erstattung des Gezahlten verlangen, auch wenn der andere Teil gegen ihn höhere Forderungen hat. Diese können höchstens zur Aufrechnung gestellt werden.

§ 675. 1. Formvorschriften. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 660, SeuffBl. **08** 501 (s. a. o. zu § 313 Ziff. II 1 f). Die Erteilung und die Annahme eines Auftrags zur Geschäftsbesorgung unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB. auch dann nicht, wenn die Geschäftsbesorgung für einen anderen auf den Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist und der Beauftragte das Grundeigentum zunächst auf seinen Namen erwerben und demnächst auf den Auftraggeber übertragen soll; denn diese Übertragung ist nicht zur Erfüllung einer übernommenen Eigentumsübertragungspflicht, sondern zur Erfüllung der sich gemäß § 667 BGB. ergebenden Verpflichtung zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten zu bewirken, und die Übernahme einer Geschäftsbesorgung bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit überhaupt keiner Form (vgl. **RG. 54** 75, 78, **62** 336).

2. Einzelne Fälle. a) Anwaltsvertrag. Albrecht, JW. **08** 729. Der Vertrag zwischen Anwalt und Mandant fällt unter § 675. Für seine Erfüllungsgehilfen haftet der Anwalt nach § 278, nicht nach § 664, wie Staub (8), Exkurs zu § 58 HGB. Anm. 31 annimmt. — Über die Haftung des Anwalts vgl. § 276 Ziff. 7 d und § 611 Ziff. IV 1 g. **b)** Über die Haftung des Notars nach preußischem Rechte hat die Generalversammlung des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen folgende Leitsätze aufgestellt (DNotV. **08** 579, R. **08** 738): a) Der Notar haftet α. aus der Besorgung der Geschäfte, die ihm als Amtsgeschäfte überwiesen sind, nach § 839, β. aus weitergehenden Aufträgen nach §§ 662 ff., γ. aus freiwilliger Besorgung rechtlicher Angelegenheiten nach den Grundsätzen über die entgeltliche oder unentgeltliche Ratserteilung und Geschäftsführung (§§ 675, 676); b) allgemein verbindliche „Übungen“ (Verkehrssitten) werden nicht anerkannt (vgl. **RG.** R. **07** Ziff. 3089 und OLG. **13** 349 [KG.]). **c)** DNotV. **09** 106, RheinA. **3** (n. F.) 168 (Cöln). Speziell der rheinische Notar, der vom Publikum in weitgehendem Maße als Berater in Anspruch genommen wird, ist auch bei Beantwortung von Fragen, die die wirtschaftliche Seite der Angelegenheit betreffen, zur Sorgfalt verpflichtet, selbst wenn er eine besondere Vergütung hierfür nicht erhält. **d)** ElsLothNotZ. **08** 286 (LG. Straßburg). Der Notar, welcher einen an sich nicht verkehrssteuerpflichtigen Vertrag dem ihm vorgelegten Entwurfe entsprechend beurkundet, haftet den Parteien nicht für die auf diesen erhobene, nicht vorgesehene Verkehrssteuer, wenn die Parteien die Beurkundung verlangt haben, ohne sich über die Kosten vorher zu erkundigen. Das Vertragsverhältnis zwischen Notar und Parteien ist Werkvertrag, der unter § 675 fällt. Vgl. aber oben § 611 Ziff. IV 1 a

u. b. e) Patentanwaltsvertrag. **RG. 69** 26, LeipzZ. **08** 601, JW. **08** 497, R. **08** II Ziff. 2807. Der einem Patentanwalt erteilte Auftrag behufs Erlangung eines Patents ist frühestens erledigt, wenn der Patentanwalt die ihm vom Patentamte mitgeteilte Patenturkunde dem Mandanten übersendet. Mindestens bis dahin gehört es zur gewissenhaften Erfüllung des Auftrags, die Fälligkeit der Jahresgebühren für die Erhaltung des Patents zu überwachen und den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen. Fahrlässige Verletzung dieser Pflicht macht den Patentanwalt schadensersatzpflichtig. **f)** Vertrag mit Gerichtsvollzieher. **RG.** BadRpr. **08** 113, R. **08** II Ziff. 1175. Der Vertrag mit dem Gerichtsvollzieher fällt unter § 675. Der Gerichtsvollzieher steht dem Gläubiger aber auch als ein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Beamter gegenüber. Seine Zwangsvollstreckungen sind daher auch dem Gläubiger gegenüber Amtshandlungen, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt vorgenommen sind. **g)** Postanweisungsvertrag. *Mumm, Geldübermittelungspflicht. Auch der Postanweisungsvertrag (**RG. 41** 108) ist ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, wobei der von der Post herbeizuführende Erfolg nicht in der Auszahlung, sondern in der bloßen Übermittelung des Geldes an den Empfänger besteht. **h)** Gutsverwaltung. **RG.** SeuffA. **63** 13. Der Dienstvertrag, durch den dem Verpflichteten die Verwaltung eines Gutes übertragen wird, hat eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande. **i)** Bank als Zeichnungsstelle für Aktien, vgl. § 652 Ziff. 12d.

§ 676. 1. Rat und Empfehlung im allgemeinen (s. JDR. **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 2, **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 1, **6** Ziff. 1). **a)** **RG. 67** 394, LeipzZ. **08** 302, BankA. **7** 316, ZAktGes. **15** 201, R. **08** II Ziff. 1176. Rat oder Empfehlung verpflichtet nur dann zum Schadensersatze, wenn sich dies aus einem Vertragsverhältnis oder einer unerlaubten Handlung ergibt. Dabei ist die unerlaubte Handlung nur als Verstoß gegen § 826, mithin nur als wissentlich falsche Auskunft denkbar. Als Grundlage der Vertragshaftung genügt eine dauernde Geschäftsverbindung (vgl. auch zu § 347 HGB.). **b)** R. **09** II Ziff. 253 (Braunschweig). Der Erteiler eines Rates haftet nach Vertragsgrundsätzen auch dann, wenn ein Vertragsverhältnis nicht schon bei der Ratserteilung bestand, wohl aber als Folge des Rates zustande kam. Auch in solchem Falle gilt der Rat als integrierender Bestandteil des Vertragsverhältnisses und wird aus diesem heraus beurteilt. **c)** Geltungsgebiet. R. **08** II Ziff. 54 (Hamburg). Die Vorschrift ist auch auf bloß neutrale Auskünfte anwendbar, die mit einem Rate oder einer Empfehlung nicht verbunden sind. **d)** **RG.** R. **09** II Ziff. 42. Eine Auskunft ist nicht deshalb allein wissentlich unwahr, weil bestimmte Tatsachen nicht ausführlich mitgeteilt, sondern nur angedeutet sind. **e)** Widerrufspflicht? BadRpr. **08** 269 (Karlsruhe). Wer guten Glaubens eine falsche Auskunft erteilt hat, ist in der Regel nicht schadensersatzpflichtig, wenn er ihre Unrichtigkeit erfährt und unterläßt, sie zu widerrufen. Er haftet für die Unterlassung nur unter den Voraussetzungen des § 826, d. h. wenn er wenigstens das Bewußtsein von der Schädigung seines Unterlassens gehabt, den möglichen Erfolg im voraus gebilligt und gegen die guten Sitten gehandelt hat. **e)** Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen Ratserteilung vgl. § 477 Ziff. 3 (**RG.** R. **08** II Ziff. 2919).

2. Die Haftung des Bankiers insbesondere (s. JDR. **5** Ziff. 2 und Verweisungen). **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 604, BankA. **7** 331. Der Bankier haftet für die Empfehlung von ihm als Eigenhändler verkaufter Wertpapiere nicht schlechthin, sondern nur, wenn er sich erkennbar als Berater des Kunden geriert hat und von diesem als solcher angesehen worden ist. Ist der Geschäftsabschluß durch einen Agenten des Bankiers erfolgt, der beim Zustandekommen des Geschäfts Provision bezieht, so können dessen Anpreisungen gemeinhin nicht als vom Bankier zu vertretende Ratschläge angesehen werden. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 539, 604, ElsLothJZ. **08** 494,

R. 08 II Ziff. 2154. Der Bankier, der einem Kunden den Ankauf eines Wertpapiers empfiehlt, ist verpflichtet, ihn auf die Bedenken, die bezüglich der Sicherheit des Papiers und des mit dem Kaufe verbundenen Wagnisses bestehen, aufmerksam zu machen, soweit ihm selbst die Unsicherheit bekannt ist oder bei sorgfältiger Prüfung bekannt sein muß, und soweit er ihre Kenntnis auf seiten des Kunden nicht voraussetzen darf. Andererseits ist der Käufer, der sich auf die Anschaffung eines unsicheren Papiers einläßt, obwohl er die Unsicherheit kennt oder bei Anwendung gehöriger Sorgfalt kennen muß, von Leichtsinn oder Fahrlässigkeit nicht freizusprechen. In solchem Falle greift § 254 Platz, und es kommt bei der Würdigung des eigenen Verschuldens des Verletzten namentlich seine Lebenserfahrung und Geschäftskenntnis sowie weiter in Betracht, ob der Ankauf zu Anlage- oder Spekulationszwecken diente und ob der Bankier etwa unaufgefordert seines Vorteils wegen zum Ankauf animiert hat (Entsch. II. Instanz hierzu [Cöln] ZAktGes. **15** 82). S. a. o. zu § 254 Ziff. 10 d β. c) **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 146. Der Bankier darf ohne Fahrlässigkeit bei einem ihn um Rat angehenden, im gewerblichen Leben stehenden Kunden als bekannt voraussetzen, daß die Sicherheit von Industrieaktien als Anlagepapiere immer nur eine verhältnismäßige ist.

3. Einzelne Fälle. a) Unterkonsortialvertrag. **RG. 67** 394, R. **08** II Ziff. 1176. Wenn ein Mitglied eines Emissionskonsortiums einem Dritten, mit dem bisher keine dauernde Geschäftsverbindung bestand, eine Unterbeteiligung gewährt und dabei das abzuschließende Geschäft empfiehlt, so ist eine Schadensersatzhaftung aus einem Vertragsverhältnisse nicht begründet; die Empfehlung kann nicht als Nebenleistung zu dem Unterkonsortialvertrage aufgefaßt werden. b) BadRpr. **08** 165 (Karlsruhe). Wer auf Anfrage eines Kaufmanns nach der Kreditwürdigkeit eines anderen „ohne Obligo" eine Auskunft erteilt, die erkennbar zu großer Vorsicht mahnt, haftet nicht, wenn der Anfragende daraufhin einen erheblich höheren Kredit gewährt, als die Auskunft empfohlen hatte. c) **RG.** R. **09** II Ziff. 41. Der Erteiler einer Kreditauskunft kann ein zwischen ihm und dem Schuldner bestehendes Kommissionsverhältnis für den Anfragenden als unerheblich erachten, wenn das Kommissionsverhältnis tatsächlich wie ein offener Kredit behandelt wurde. d) ElsLothJZ. **07** 401 (Colmar). Haftung eines Kreditreformvereins für eine unrichtige, einem Vereinsmitglied erteilte Auskunft wegen fehlenden Verschuldens des Geschäftsführers verneint. e) **RG.** SächsRpflA. **08** 426. Wissentlich unrichtige Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns. f) Über Ratserteilung innerhalb eines Dienst- oder Werkvertrags vgl. oben zu § 611 Ziff. IV 1 und § 635 Ziff. 1.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Die viel erörterte Frage über das Verhältnis von Gast zu Kellner wird von Fürst (§ 683 Ziff. 4 a) unter den Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung gebracht. In der Rechtsprechung sind mehrfach die Grenzfragen zwischen eigener und fremder Geschäftsbesorgung behandelt; die zu § 683 gebrachte Entscheidung des RG. über die Erstattung der Kosten einer Wahlagitation bietet in dieser Beziehung nicht nur juristisches, sondern auch stoffliches Interesse.

Literatur: Fürst, Kellner und Gast, R. **08** 483. — Samter, Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Falle auftragloser Geschäftsführung KGBl. **08** 15 (betrifft nur Bereicherungsfragen; vgl. zu § 812 Ziff. 4 a). — Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Leipzig 1908. (Vgl. zu § 611 Ziff. II 1 g.)

§ 677. 1. Eigenes oder fremdes Geschäft. a) **RG.** Gruchots Beitr. 52 997. In den zwecks Löschung eines Brandes gemachten Aufwendungen liegt keine Besorgung eines Geschäfts für den durch den Brand Geschädigten, wenn der Aufwendende der Meinung war, zu seiner Tätigkeit (Wasserlieferung) einem Dritten (dem Staate Bremen) gegenüber verpflichtet zu sein, somit nur die eigene

Vertragspflicht diesem gegenüber erfüllen wollte. Der Geschäftsführer besorgt vielmehr nur sein eigenes Geschäft. Ein Irrtum über den Umfang seiner Vertragspflicht ändert hieran nichts; denn der Irrtum würde sich nur auf die Verpflichtung zu der betreffenden Aufopferung, nicht auf die Verpflichtung zur Besorgung der fremden Angelegenheiten bezogen haben (vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse 720 Vorbem. zu Tit. 11 Nr. 5; Windscheid-Kipp, Pandekten II § 430 Note 5). Aber selbst wenn der Leistende die Wasserlieferung bewirkt hätte, obwohl er annahm, daß er zu einer Leistung in solcher Art oder solchem Umfange dem Staate gegenüber nicht verpflichtet sei, und wenn er dabei mit der Absicht gehandelt hätte, für seine Aufwendung Vergütung zu verlangen, so könnte doch weder diese subjektive Willensrichtung noch der Umstand, daß die Leistung auch dem Interesse des durch den Brand Geschädigten diente, einen Geschäftsführungsanspruch gegen diesen begründen. Denn der wirkliche Geschäftsherr (§ 686) wäre in diesem Falle, auch wenn der Leistende zu der Leistung aus dem Vertrage nicht verpflichtet war, immer der Staat, dessen Aufgabe es (nach Bremer VerwR.) ist, das für die Löscharbeiten der Feuerwehr erforderliche Wasser zu beschaffen. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 606, R. **08** II Ziff. 1177. Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Geschäftsführer zur Vornahme des fremden Geschäfts durch ein eigenes Interesse bestimmt ist. **c)** SächsRpflA. **08** 115 (Dresden). Der Miterbe, der sich im alleinigen unmittelbaren Besitze des Nachlasses befindet, verwaltet den Nachlaß, obwohl er damit auch eigene Geschäfte besorgt, als Geschäftsführer ohne Auftrag und ist den anderen Miterben nach §§ 681 S. 2, 666 zur Rechenschaftsablegung verpflichtet. **d)** Wahlagitation als GoA.? vgl. § 683 Ziff. 2. **e)** S. § 687 Ziff. 1.

2. Einzelheiten. **a)** HessRspr. **9** 63 (LG. Mainz). Auftraglose Geschäftsführung seitens des Ehemanns, der für einen Bau auf dem Grundstücke seiner mit ihm in Gütertrennung lebenden Frau Materialien bestellt. **b)** IDR. **6** § 677 Ziff. 3 c (Stuttgart), jetzt auch R. **08** II Ziff. 55.

§ 679. 1. **RG.** PosMSchr. **08** 11, BayRpflZ. **08** 86, R. **07** Ziff. 3821. Ein Vater, der seiner von ihrem Ehemanne gegen dessen Willen getrennt lebenden Tochter Unterhalt gewährt, erwirbt keinen Erstattungsanspruch gegen den Ehemann, solange dieser nur verpflichtet ist, seiner Ehefrau den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren; für die Anwendung der §§ 679, 683 ist hier kein Raum.

2. Ersatzanspruch gegenüber dem Ortsarmenverbande. PosMSchr. **08** 98 (LG. Posen). Der Arzt, der einem Hilfsbedürftigen ärztliche Behandlung gewährt, kann das Honorar vom unterstützungspflichtigen Ortsarmenverband aus der GoA. beanspruchen, und zwar ohne Rücksicht auf den etwa entgegenstehenden Willen des Ortsarmenverbandes, da es sich um eine Pflicht desselben handelt, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt.

§ 681. **RG.** LeipzZ. **08** 606, R. **08** II Ziff. 1178. Hat ein Gläubiger, dem der Anspruch des Schuldners aus einem Lebensversicherungsvertrage verpfändet worden ist, bei Vermögensverfall des Schuldners für diesen die weiteren Prämien bezahlt, so ist sein Erstattungsanspruch von einer jedesmaligen Anzeige der Geschäftsführung nicht abhängig, sofern die Prämienzahlung mit Wissen des Schuldners ständig vom Gläubiger besorgt wurde.

§ 683. 1. Allgemeines. **RG.** R. **08** II Ziff. 2155. Damit der Geschäftsführer im vollen Umfange für seine Aufwendungen Ersatz verlangen kann, ist erforderlich, daß die Geschäftsführung dem Interesse und daß sie dem wirklichen oder vermeintlichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen hat. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob das Vermögen des Geschäftsherrn um den vollen Betrag der Aufwendungen vermehrt ist.

2. Ersatz der Kosten einer Wahlagitation. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 994, JW. **08** 37, R. **08** II Ziff. 53, DJZ. **08** 195. Zur Erstattung der Kosten einer Wahlagitation, die der Kandidat einer Partei aufwendet, ist der seine Kandidatur empfehlende Wahlverein nicht verpflichtet. Wenn jemand die Wahl eines Kandidaten zu fördern sucht, der von einer Partei oder von einem deren Interesse fördernden Verein aufgestellt ist, so tut er dies regelmäßig, weil er die von der Partei vertretenen Anschauungen teilt, bringt also die von ihm aufgewendeten Opfer an Zeit, Arbeit und Geld nicht in fremdem Interesse, sondern für die Erreichung eines Erfolges, den er selbst anstrebt. Das gilt um so mehr, wenn der Kandidat selbst diese Opfer aufwendet. Eine Ersatzpflicht des Vereins läßt sich nur bei einer aus den Umständen des Falles (etwa einer allgemeinen Übung der Parteiorganisation) abzuleitenden Willenseinigung annehmen, nach welcher der Wahlverein die Kosten der Agitation zu ersetzen hat.

3. Ärztliche Geschäftsführung. a) *Zitelmann aaO. Ärztliche Geschäftsführung 16 ff. — Vorschläge de lege ferenda 19 ff. (vgl. auch JDR. **5** § 679 Ziff. 1). b) HansGZ. Beibl. **08** 190 (LG. Hamburg) äußert sich ohne selbständige Stellungnahme mit einigen Zitaten zur Frage der ärztlichen Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. JDR. **2** § 683 Ziff. II 1, **4** § 683 Ziff. 3, §§ 1357, 1360, 1361 Ziff. I 1, **5** § 683 Ziff. 1 und § 1357). c) Haftung des Arztes wegen Vornahme einer Operation an einem Kinde ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. **RG. 68** 431, BadRpr. **08** 182 vgl. § 823 Ziff. I 2b (s. auch JDR. **6** § 683 Ziff. 2).

4. Ersatz der Verwendungen bei der Wandelung. PosMSchr. **08** 73 (Königsberg).

5. Kellner und Gast. a) Fürst, R. **08** 483 f. Bezahlt der Kellner die von dem Gaste bestellten Speisen am Büfett, so besorgt er ein Geschäft für den Gast, und da die Übernahme dieser Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, d. h. des Gastes, entspricht, so kann nach § 683 der Geschäftsführer, d. h. der Kellner, Ersatz seiner Auslagen wie ein Beauftragter verlangen. Daß der Kellner, obwohl er Angestellter des Wirtes ist, auch als Geschäftsführer oder gar als Beauftragter des Gastes in einzelnen Beziehungen tätig wird, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es steht ihm mithin nicht eine von dem Wirte übertragene Forderung zu, sondern eine Forderung aus dem eigenen Rechte als Geschäftsführer. — Da der Kellner nur für den Gast die zu dessen Lasten künftig entstehende Kaufpreisschuld zahlen wollte, ist er, falls eine solche nicht entsteht, z. B. weil die Speisen schlecht waren, berechtigt, den dem Wirte vorgezahlten Betrag von diesem zurückzuverlangen, und der Gast kann die Zahlung deshalb verweigern, weil durch Vorlage für eine nicht zur Entstehung gelangende Kaufschuld die Voraussetzungen des § 683 nicht erfüllt werden. b) Vgl. ferner Fraenkel, R. **08** 417.

§ 684. SächsRpflA. **08** 477 (Dresden). Ein Bereicherungsanspruch aus § 684 setzt voraus, daß mindestens der Wille vorhanden war, fremde Geschäfte zu führen.

§ 685. 1. BadRpr. **08** 303 (Karlsruhe). Gewährt der Vater dem minderjährigen Abkömmling aus eigenen Mitteln Unterhalt, so folgt aus der Absicht, Ersatz zu verlangen, noch nicht das Recht auf Ersatz. Denn er erfüllt damit nur seine eigene, ihm nach §§ 1602 Abs. 2, 1603 obliegende Verpflichtung.

2. R. **08** II Ziff. 56 (Stuttgart). a) Die von dem Kinde für die Eltern gezahlten Steuern und Darlehnszinsen gehören nicht zum Unterhalte. b) Durch § 685 Abs. 2 und § 1618 wird die Annahme einer Geschäftsführung des Kindes für die Geschwister nicht ausgeschlossen.

§ 687. 1. Eigenes und fremdes Geschäft. Verletzung eines Konkurrenzverbots. R. **08** II Ziff. 2809 (Celle). Schließt jemand ein an sich in seine eigene Rechtssphäre fallendes Geschäft ab, so kann es dadurch, daß

er damit einem Konkurrenzverbote zuwiderhandelt und den persönlichen Anspruch eines anderen auf Unterlassung verletzt, nicht zu einem fremden werden. Denn das Bestehen der obligatorischen Verpflichtung, sich des Abschlusses von Geschäften bestimmter Art in einem bestimmten Bezirke zu enthalten, vermag den Charakter eines objektiv der eigenen Rechts- und Interessensphäre des Handelnden angehörigen Geschäfts nicht deshalb zu verändern, weil darin eine Vertragsverletzung gegenüber dem anderen Teile liegt. Wer daher von einem Fabrikanten das alleinige Verkaufsrecht von Erzeugnissen für einen Bezirk übertragen erhalten hat, kann auf Grund der Tatsache, daß dieser vertragswidrig selbst Verkäufe im Bezirke vorgenommen hat, keine Auskunft und Rechenschaftsablegung verlangen.

2. Erstattungsanspruch des Ortsarmenverbandes gegen den nachträglich zu Vermögen gekommenen Armen. SeuffA. **63** 446, PosMSchr. **08** 75 (Marienwerder). Ein Ersatzanspruch des Ortsarmenverbandes aus der GoA. ist nicht gegeben, weil der Ortsarmenverband nicht die Absicht gehabt hat, die Geschäfte des Armen zu führen. Er hat vielmehr eine öffentlich-rechtliche Unterstützungspflicht erfüllen müssen und wollen. Auch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung begründen keine Rückzahlungspflicht; denn wenn der Ortsarmenverband auf Grund öffentlich-rechtlicher Verpflichtung geleistet hat, so leistete er nicht ohne rechtlichen Grund. (Die Ersatzpflicht ist ferner auf Grund von Landesrecht verneint vom OLG. Königsberg, PosMSchr. **08** 27, bejaht vom OLG. Posen, das. 74.)

Zwölfter Titel. Verwahrung.

Vorbemerkung: Die Frage nach der Rechtsnatur des Schrankfachvertrags ist im Berichtsjahre — hingewiesen sei namentlich auf Gumbels Abhandlung — nicht zum Stillstande gelangt und hat in der Untersuchung von Müller über den Postschließfachvertrag ein gewisses, bei der Zweckverschiedenheit beider Institute mehr äußerliches Analogon gefunden. Die Rechtsprechung bringt wenig Erhebliches.

Literatur: Gumbel, Der Stahlkammerfachvertrag der deutschen Banken. Berlin 1908 (Marburger Diss.). — Mayer, Die Wertpapiere-Depots bei Banken, JurBl. **08** 185 f., 195 f. — H. Müller, Die Verträge der Post, ihre Erfüllung und die Rechtslage des Empfängers unter der Wirkung eines zwischen Empfänger und Post abgeschlossenen Abkommens auf Überlassung eines Postschließfachs. Leipzig 1908 (Diss.). — Wolff, Pflichten und Befugnisse des Bankiers als Depositar, insbes. in bezug auf Wertpapiere nach geltendem Rechte. Berlin 1908 (Diss.).

§ 688. 1. Schrankfachvertrag (s. JDR. **5** Ziff. 1, **6** Ziff. 1, auch oben zu § 535 Ziff. 3). **a)** Gumbel. Der Stahlkammerfachvertrag ist nicht Miete, weil die Hauptverpflichtung der Bank dahin geht, diejenigen Gegenstände, die der Kunde in sein Fach legt, zu bewachen und zu sichern, und weil sich die weitere (aus der Natur des Vertrags unabweisbar folgende) Verpflichtung der Bank, bei etwaiger Zerstörung der Stahlkammer mit allen Mitteln die Rettung und Sicherung der im Fache befindlichen Sachen zu versuchen und die geretteten demnächst aufzubewahren, aus dem Wesen eines Mietvertrags nicht ableiten läßt (3—7). Vielmehr haben auf den Vertrag die Grundsätze der Verwahrung prinzipielle Anwendung zu finden, soweit nicht die Natur des Vertrags dem widerspricht. Zwar werden die in das Fach eingelegten Sachen der Bank nicht im Sinne des § 688 „übergeben“, sondern es wird der Bank nur der Mitbesitz an ihnen eingeräumt. Daraus folgt aber nicht, daß dem Kunden der Bank ein Anspruch auf Rückgabe im Sinne der §§ 695, 697 versagt ist; dieser Anspruch wird in der Form verwirklicht, daß die Bank dem Kunden den Alleinbesitz einräumt und ihren Mitbesitz aufgibt. Ebensowenig läßt sich aus der Einräumung bloßen Mitbesitzes folgern, daß die Bank im Sinne des § 688 nicht „aufbewahre“. Die Annahme einer Aufbewahrung ohne „Übergabe“ im technischen Sinne ist möglich und entspricht der

Verkehrsanschauung, wenn wie hier die eingelegten Sachen sich im Gebäude der Bank verschlossen befinden, mit technischen Vorrichtungen gegen Eingriffe Dritter geschützt und sorgfältig bewacht werden (8—15). — Der Vertrag ist ein gegenseitiger. § 326 findet Anwendung, wenn die Bank dem Kunden den Zutritt zu seinem Fache grundlos verweigert (18 ff.). Die §§ 693, 694, 696 Satz 1 (Satz 2 in der Regel durch Parteidisposition ausgeschlossen), 273 Abs. 1 bestimmen die Rechte der Bank; ein Zurückbehaltungsrecht aus § 369 HGB. hat sie nicht. **b)** Mayer, JurBl. **08** 185 ff. und 195 ff., bespricht für österr. Recht die verschiedenen Arten der Wertpapiere-Depots bei Banken und unterscheidet: a) das „reine" (geschlossene) Depot, b) das Depot in Verwahrung und Verwaltung, c) das Lombarddepot, d) das Safedepot, e) die Verwahrung von Effekten mit Pfandnexus. Er hält den Safevertrag für eine Kombination aus Miete und Verwahrung, da bei der Annahme eines reinen Mietvertrags die Obhutspflicht nicht genügend rechtlich begründet ist, bei der Annahme eines reinen Aufbewahrungsvertrags dagegen sich die Gebrauchsüberlassung des Safefaches nicht juristisch rechtfertigen läßt. **c)** Wolff aaO. 42 ff. Der Schrankfachvertrag ist in erster Linie Verwahrung, zeigt aber auch Elemente der Miete. Der Kunde mietet die im Tresorfache stehende Blechkassette, legt in diese seine Sachen und übergibt sie dann dem Bankier gewissermaßen als verschlossenes Depot zur Verwahrung. Nimmt daher der Deponent die Papiere aus der Kassette, so läuft doch der Mietvertrag weiter, und das Entgelt kann nicht zurückgefordert werden. Kunde und Bankier haben Mitbesitz an den eingelegten Sachen. **d)** Zur Frage, ob der Schrankfachvertrag Miete oder Verwahrung ist, weist Schlotter, BankA. **7** 125, auf die Konsequenz hin, daß bei der Annahme einer Verwahrung der Vormund des Kunden nach § 1812 der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts zur Entgegennahme der vom Bankier zurückgegebenen Wertpapiere bedürfe, während diese Genehmigung bei der Annahme eines Mietvertrags nach § 1813 Ziff. 1 nicht erforderlich sei. Er hält den Schrankfachvertrag für Miete. **e)** Über die Zwangsvollstreckung in die in eine Stahlkammer eingelegten Wertpapiere vgl. zu § 809 ZPO.

2. Postschließfachvertrag. H. Müller, Verträge der Post. Das Postschließfachabkommen ist kein Verwahrungsvertrag, weil es an dem Erfordernisse des § 688 fehlt, daß die zu verwahrende Sache vom Hinterleger (d. h. hier dem Empfänger) dem Verwahrer übergeben wird. Das Schließfach dient vielmehr gerade der Aushändigung der Sachen an den Empfänger (82 ff.). Das Abkommen ist reiner Mietvertrag, dem auch als Nebenvertrag kein Verwahrungsvertrag immanent ist (91 f.). Ein Verwahrungsvertrag läßt sich auch daraus nicht ableiten, daß die Post die eingelegten Sachen von der Einlegung an nicht mehr zufolge ihres Vertrags mit dem Absender, sondern zufolge ihrer räumlichen Beziehungen zum Schließfache besitzt. Denn es liegt keine Rückübergabe der Sachen seitens des Empfängers an die Post vor.

3. Quarantäne. Verwahrungsvertrag mit dem Staate. **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 305. Läßt die Polizeibehörde auf Grund des § 8 G. vom 30. Juni 1900 zur Verhütung gemeingefährlicher Krankheiten einen Kahn nach einem Quarantänehafen in behördliche Obhut schaffen, so kommt kraft Gesetzes zwischen dem Staate und dem Eigentümer ein privatrechtlicher Verwahrungsvertrag zustande. Wie **RG. 51** 219 ausgeführt, ist zu unterscheiden zwischen der Anordnung der Staatsgewalt, für die der Staat der davon betroffenen Partei nicht verantwortlich ist, und ihrer Ausführung, die, wenn sie auch zunächst gleichfalls auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegt, doch auch eine privatrechtliche Seite zeigt. Daran ändert nichts, daß die Anordnung der Staatsgewalt von einer Polizeibehörde ausgeht und nach § 1 G. vom 14. Mai 1842 über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung nur die vorgesetzte Dienstbehörde zu

entscheiden hat. Denn wird durch die polizeiliche Verfügung zugleich ein dem bürgerlichen Rechte angehöriges Verwahrungsverhältnis begründet, so ist dieses auch nur nach Privatrecht zu beurteilen.

4. Einzelne Fälle. a) SchlHolstAnz. **08** 198 (Kiel). Kein Verwahrungsvertrag kommt allein dadurch zustande, daß ein Mitbewohner beim Verlassen der gemeinschaftlichen Wohnung seine Sachen bei den anderen Mitbewohnern zurückläßt. b) ÖstZBl. **08** 901 (ObGH.). Viehverstellung ist Verwahrung, nicht Dienstvertrag (österr. Recht). c) EisenbE. 24 229 (östObGH.). Für das vom Reisenden im Wagen vergessene, über sein Verlangen von den Bahnorganen gesuchte und gefundene Handgepäck haftet die Eisenbahn nach Verwahrungsgrundsätzen (österr. Recht). d) Wolff aaO. 23. Auch das sog. Verwaltungsdepot ist Verwahrung. Die Verwaltung ist nur Nebenverpflichtung.

§ 689. Josef, ABürgR. **32** 363. Der Fall des § 689 liegt stets vor, wenn das AG. im Verfahren der FG. nach § 165 FGG. einen Verwahrer bestellt; dieser hat eine Vergütung unter allen Umständen zu beanspruchen, das AG. setzt nach § 165 Abs. 2 FGG. lediglich ihre Höhe fest.

§ 690. **RG.** WarneyersJ. **08** Nr. 305. Eine unentgeltliche Aufbewahrung liegt nur vor, wenn die Aufbewahrung gerade im Interesse des Hinterlegenden erfolgt. Wird sie vom Staate, wie im Falle einer Quarantäne (vgl. § 688 Ziff. 3), im allgemeinen öffentlichen Interesse vorgenommen, so haftet der Staat nach § 276 für jede Fahrlässigkeit.

§ 700. Literatur: Constantin, l. 9 § 9 und l. 10 D. XII, 1 im Streite über depositum irregulare und Darlehen. Berlin 1908 (Diss.).

1. Constantin aaO. erörtert die oben angeführten Quellenstellen für sich (3—67) und in ihrem Verhältnisse zu § 700 Abs. 1 BGB. (68—81) mit dem Ergebnisse, daß der Tatbestand von l. 10 sich im Resultate mit dem des § 700 Abs. 1 Satz 2 deckt, der Tatbestand von l. 9 § 9 dagegen von § 700 Abs. 1 Satz 2 abweicht.

2. **RG. 67** 262, JW. **08** 70. Der Schuldner, der seiner Schwester rechtsgültig 6000 M. als Entgelt für Dienste versprochen hatte, stellte ihr später eine Urkunde aus, in der er ihr die 6000 M. „von seinem Vermögen verschreibt", das Kapital, das bei ihm deponiert sei, zu verzinsen und auf Verlangen im Falle eintretender Notwendigkeit sofort auszuzahlen verspricht. RG. erblickt in der Urkunde kein Schuldanerkenntnis (weil die Zinsverbindlichkeit neu begründet wird), kein Schuldversprechen (weil als Schuldgrund Verwahrung angegeben), sondern eine Beweisurkunde für eine nach § 700 Abs. 1 vorgenommene Hinterlegung, und zwar der Art, daß gemäß dem nach § 700 Abs. 1 ebenfalls anwendbaren § 607 Abs. 2 eine schon bestehende Schuld als in ein depositum irregulare umgewandelt bezeichnet ist, und zugleich ein schriftliches Versprechen, das Hinterlegte nach dem ebenfalls hier anwendbaren § 608 zu verzinsen. Auf einen solchen Verwahrungsvertrag findet § 364 keine Anwendung.

3. Depositum irregulare und Kaution vgl. zu § 607.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

Literatur: Fuld, Zur Haftung der Schlafwagengesellschaft, EisenbE. 24 324. — Reindl, Haftung der Schlafwagengesellschaft für die von den Reisenden in die Schlafwagen eingebrachten Sachen, EisenbE **24** 195 ff. und 319 ff. — Zimmermann, Wie haftet die Speise- und Schlafwagengesellschaft für das eingebrachte Gepäck der Reisenden? GesuR. **08** 230.

§ 701. 1. Haftung der Schlafwagengesellschaft. a) Reindl, EisenbE. **24** 195, 319 (unter Mitteilung einer zustimmenden Entsch. des OLG. Cöln). Der Reisende schließt nicht mit der Schlafwagengesellschaft einen Beherbergungsvertrag und unabhängig davon mit der Eisenbahnverwaltung einen Transportvertrag, sondern mit beiden nur einen Vertrag über die Beförderung seiner Person

unter Vereinbarung besonderer Bequemlichkeiten. **b)** Gegen Reindl hält Fuld, EisenbE. **24** 324 ff., an seiner bereits in DJZ. **00** 227 vertretenen Auffassung fest, daß die Schlafwagengesellschaften für die von den Reisenden eingebrachten Sachen nach § 701 BGB. haften. **c)** Wie Reindl auch Zimmermann, GesuR. **08** 230, weil kein Beherbergungs-, sondern ein Beförderungsvertrag vorliegt.

2. Begriff der Beherbergung. **a) RG.** JW. **08** 272, BayRpflZ. **08** 203, R. **08** II Ziff. 1368. Die Haftung des Gastwirts aus § 701 besteht nur im Falle eines Beherbergungsvertrags; der Gastwirt haftet daher nicht, wenn der Reisende lediglich seine Koffer im Hotel abgegeben, seine Entschließung aber, ob er beherbergt sein will, sich ausdrücklich vorbehalten hat. **b)** OLG. **18** 27 (München). Eine Beherbergung liegt nicht vor, wenn jemand in einem Gasthofe zur Teilnahme an einer Hochzeitsfeier Aufnahme gesucht, nur mit den übrigen Gästen Speise und Trank eingenommen und den bei einer Hochzeit üblichen Veranstaltungen beigewohnt hat.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Die Ergebnisse des Berichtsjahrs zur Lehre von der Gesellschaft und der Gemeinschaft sind sehr gering. Literatur fehlt diesmal vollständig. In der Praxis des Gesellschaftsrechts spielt neben der bereits im Vorjahre hervorgehobenen Abgrenzung des Gesellschaftsbegriffs gegenüber anderen Vertragstypen namentlich die Anwendbarkeit des § 313 auf Gesellschaftsverträge eine große Rolle. Die Tatbestände der bekannt gewordenen Entscheidungen betreffen wiederum hauptsächlich Kartelle, Anwaltsassoziationen, Grundstücksgesellschaften, Serienlosvereinigungen und den Gruppenakkord der gewerblichen Arbeiter. Von größerer Bedeutung ist namentlich der bei § 738 zitierte Beschluß des RG. vom 23. Mai 1908, der eine Übereinstimmung des V. mit dem I. Sen. konstatiert, während das KG. in mehrfachen Entscheidungen gegen das Urteil des I. Sen. mehr oder weniger scharf Stellung nahm.

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. Abgrenzung: 1. von einseitigen Verpflichtungen. **RG.** R. **08** II Ziff. 1539. Ein Gesellschaftsvertrag liegt vor, wenn ein Arzt einer Vereinigung von Ärzten gegenüber nicht die einseitige Verpflichtung übernommen hat, keine neuen Verträge mit Krankenkassen abzuschließen und einen Vermögenserwerb zum Vorteile der Bestrebungen der Vereinigung zu unterlassen, sondern wenn es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, geschlossen zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes, die Durchführung der freien Arztwahl in einem bestimmten Bezirk und die bessere Honorierung der ärztlichen Leistungen seitens der betr. Krankenkassen zu erzielen und dieses Ziel demnächst für ganz Deutschland zu erreichen.

2. vom Mäklervertrage. **RG.** R. **08** II. Ziff. 499. Ein Vertrag, inhalts dessen der eine Teil gegen Beteiligung am etwaigen Gewinn es übernimmt, dem anderen Teile Grundstücke zum Ankaufe nachzuweisen und den Ankauf zu vermitteln, ferner die Aufteilung der Grundstücke vorzubereiten, Käufer heranzuschaffen und den Verkauf zu vermitteln, ist, wenn der andere Teil hinsichtlich des Ankaufs und des Verkaufs der Grundstücke vollständig freie Hand behält, kein Gesellschafts-, sondern ein Mäklervertrag.

3. von der Handelsgesellschaft. **a)** R. **08** II Ziff. 2810 a (Colmar). Die Tatsache, daß mehrere ihr Gewerbe unter einer Gesellschaftsfirma betreiben, spricht für sich allein noch keineswegs gegen die Annahme einer bürgerlichen Gesellschaft, da auch Gesellschaften der letzteren Art, insbesondere Vereinigungen von Minderkaufleuten zum gemeinschaftlichen Gewerbebetrieb, unter einer Geschäftsfirma betrieben zu werden pflegen. **b)** ZBlFG. **08** 838 Nr. 15, R. **08** II Ziff. 2810 c (Colmar). Gesellschaften von Kleingewerbetreibenden, die sich mit Unrecht in das Handelsregister eintragen lassen, werden zwar nicht, aber gelten als offene Handelsgesellschaften, und zwar auch im Verhältnisse der Teilhaber zueinander, so zwar, daß

die Fragen der Auflösung der Gesellschaft, des Ausscheidens eines Teilhabers, der Kündigung und der Auseinandersetzung nicht nach dem BGB., sondern nach §§ 131 ff. HGB. zu entscheiden sind (§ 5 HGB.).

4. Von einer im Eigentume der Fabrik stehenden Wohlfahrtskasse. GewuKaufmG. **08** 162 (GG. Magdeburg). Die Arbeiter können bei Auflösung eines Unternehmens nicht Verteilung einer Kasse verlangen, die der Wohlfahrt der Arbeiter gewidmet war, ohne Eigentum eines Arbeitervereins zu sein. Die Kasse ist aus dem Überschusse des Verkaufspreises für Bier an die Arbeiter über den Selbstkostenpreis, Strafgeldern und Volontärgeldern (Zahlung für Ausbildung) gebildet, ohne daß die Arbeiter ein Verwaltungsrecht hätten. Deswegen liegt ein nicht rechtsfähiger Verein nicht vor; es handelt sich nur um einen im Eigentume der Fabrik verbliebenen Vermögensstock, jedoch ohne Recht der Arbeiter auf Verteilung. Nach Auflösung der Fabrik ist es Sache der Firma, etwa im Einverständnisse mit den Verwaltungsbehörden Maßregeln zu ergreifen, um die Kasse weiter dem Zwecke, der Not im Arbeiterstande zu steuern, dienstbar zu machen.

II. Ungültigkeit des Gesellschaftsvertrags. 1. Wegen mangelnder Bestimmtheit. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 305. Ein Kartellvertrag von Buchdruckern, die sich mit der Herstellung von Fahrscheinen für Straßenbahnen befassen, über Preisforderungen und Festsetzung von Kundenkreisen ist nicht wegen Fehlens einer wesentlichen Bestimmung, nämlich über die Verteilung der Vertragsstrafen, ungültig, wenn die Destinatäre im Wege der Auslegung zu ermitteln sind. Es kann sich bei Verletzung von Pflichten gegenüber allen Teilnehmern — nicht einem bestimmten einzelnen — nur darum handeln, ob die Gelder der Gesamtheit aller Kontrahenten, einschließlich des Verletzers, oder nur den übrigen ohne ihn zukommen soll (**RG. 53** 19). Es wird das wesentlich davon abhängen, ob durch den Kartellvertrag eine eigentliche Gesellschaft errichtet oder ob der Vertrag nur gesellschaftsähnlichen Charakter hat.

2. Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. **RG.** EisenbE. **25** 54, JW. **08** 296. Vereinigungen von Unternehmern, um gemeinschaftlich eine angemessene Erhöhung der bei Submissionen üblich gewordenen niedrigen Preise anzustreben, verstoßen an sich nicht gegen die guten Sitten. Aber nicht um dieses Zieles willen ist jede beliebige Abmachung vor einer Beanstandung aus § 138 geschützt. Unanstößig: Festsetzung von Mindestgeboten und Überbietungspflicht der Teilnehmer, Geheimhaltungspflicht. S. auch o. zu § 138 Ziff. B 9b.

3. Wegen Verstoßes gegen ein Strafgesetz. **a)** Vgl. JDR. **5** Note 3 d, e und § 718 Note 2. **b)** HessRspr. **9** 2 ff. u. 10 ff. (Darmstadt [Straff.]) Gesellschaft zur Umgehung eines landesgesetzlichen Verbots des Vertriebs von Losanteilen und -Abschnitten (hess. G. vom 11. April 1906, betr. den Handel mit Anteilen und Abschnitten von Losen zu Lotterien und Ausspielungen): Momente dafür, daß lediglich eine solche Umgehung beabsichtigt sei; dispositive Natur der meisten Vorschriften des Gesellschaftsrechts; Zulässigkeit von Statutenvorschriften über Beitritt eines Gesellschafters durch Zahlung eines Beitrags, Anmeldung bei dem und Aufnahme durch den Geschäftsführer, Verlust der Rechte am Gesellschaftsvermögen beim Ausscheiden usw. **c)** Urt. vom 31. Oktober 1907, aaO. 8 162. Desgleichen: Übernahme der Anteile der bis zu 50 fehlenden Mitglieder durch den Geschäftsführer als Verstoß gegen § 717 BGB. Im übrigen Nichternstlichkeit der Gesellschaft, Absicht der Mitglieder, Losanteile zu kaufen, also kein gemeinschaftlicher Zweck (§ 705).

4. Wegen mangelnder Form (§ 313). **a)** JDR. **4** Note 3 d, **6** Note I 1 i. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 102 (s. auch o. § 313 Ziff. II 1 h α.). Ein Gesellschaftsvertrag, inhalts dessen von einzelnen Gesellschaftern Grundstücke in die Gesellschaft einzubringen sind, unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB., auch wenn der zur

Einbringung verpflichtete Gesellschafter das Grundstück erst erwerben soll. § 313 greift nicht Platz, wenn der Gesellschaftsvertrag auf gemeinschaftlichen Erwerb von Grundstücken für die Gesellschaft gerichtet ist. **c)** **RG. 68** 260, JW. **08** 331, LeipzZ. **08** 447 Nr. 15, DJZ. **08** 707. Die bloß mündliche Vereinbarung, gemeinschaftlich ein bestimmtes Grundstück zwecks Parzellierung und Gewinnteilung zu erwerben, ist gültig; der Fall liegt anders als **RG.** 30. 10. 07, § 313 ist seinem Zwecke nach hier nicht anwendbar, auch verpflichtet sich der eine Teil nicht, die Grundstücke zu übertragen, selbst wenn erst der Erwerb für die Gesellschaft vorausgehen muß. **d)** OLG. **17** 377, ZBlFG. **9** 34 Ziff. 11 a c, SchlHolstAnz. **08** 226, R. **08** II Ziff. 3236, (Kiel). Ein Gesellschaftsvertrag, durch den der eine Gesellschafter sich verpflichtet, Grundbesitz von einem Dritten zu erwerben, ihn parzellenweise weiterzuveräußern und den Überschuß unter die Gesellschafter zu verteilen, unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313 BGB. **e)** S. auch § 713.

5. Anfechtung wegen Irrtums und Täuschung. **a)** **RG.** R. **08** II Ziff. 455. Die Anfechtung eines Gesellschaftsvertrags kann in der Erklärung des Gesellschafters gefunden werden, daß er infolge des Ausbleibens eines gewissen Ereignisses von jeglichem Gewinn absehe und seine Einlage zurückverlange. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 545. Zwei Gesellschafter, die eine Einlage gemacht haben, haften für den Bereicherungsanspruch des dritten Teilnehmers hinsichtlich seiner Einlage, der den Vertrag wegen arglistiger Täuschung des einen der beiden angefochten hat, nicht als Gesamtschuldner; sie stehen dem Dritten nicht als eine Vertragspartei gegenüber, auch wenn beide über den Empfang seiner Einlage gemeinsam quittiert haben.

III. Einzelfall. Gesellschaft unter Rechtsanwälten. Thür. Bl. **55** 202 (Jena). Assoziation von Anwälten, und zwar des Vertreters des Klägers mit dem des Beklagten; Grund zur Mandatkündigung? Verlust der Gebühren gemäß §§ 325, 323 BGB? (JW. **98** 390 Ziff. 19). Verschulden? Nur bei Verschweigen der Vereinigungsabsicht schon bei Mandatübernahme (**RG. 33** 369 ff.). Die entstehenden doppelten Anwaltskosten notwendig und erstattungsfähig nach § 91 ZPO.

§ 707. **RG. 68** 96. Keine Pflicht zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage: Grundsatz allen Gesellschaftsrechts, angewandt auf das Genossenschaftsrecht.

§ 708. a) JDR. **6** Note 2 a zu § 705 und bei § 676. **b)** **RG.** 12. 2. 08, **67** 394, R. **08** II Ziff. 1176, BankA. **7** 316. Unterkonsortialvertrag: Aufforderung zur Teilnahme an der Spekulation durch ein Mitglied des Emissionskonsortiums in dieser Form begründet keine Haftung des Empfehlenden. Der Unterkonsortialvertrag ist eine Gelegenheitsgesellschaft und begründet nur die Haftung aus § 708 (**RG. 21** 68, **26** 52, BolzePr. **18** 179), der Bankier stellt sich dabei nicht in den Dienst des Kunden und erhält keine Gegenleistung im Kaufpreis oder in der Provision.

§ 709. 1. Abs. 1. **a)** Fähigkeit zur Geschäftsführung. Veit Simon, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von Aktiengesellschaften, LeipzZ. **08** 13. Juristische Personen können Mitglieder einer Gesellschaft sein und sind demgemäß zur Führung der Geschäfte (§ 709) und zur Vertretung Dritten gegenüber befugt (§ 714). **b)** Begriff der Geschäftsführung. α. SeuffBl. **08** 710, BayRpflZ. **08** 440, R. **08** 299 Ziff. 1784 (BayObLG.). § 709 ist auf einen Beschluß des zuständigen Organs eines nicht rechtsfähigen Vereins über Ausschluß eines Mitglieds nicht anwendbar, weil die Ausschließung kein Geschäft im Sinne dieser Vorschrift ist. Es kann daher aus § 709 nicht die Ungültigkeit des Beschlusses wegen nicht einstimmiger Fassung gefolgert werden. Der Beschluß ist ungültig, wenn in ihm der Ausschließungsgrund nicht angegeben ist (s. im übrigenzu § 54 Ziff. 2b). β. Entgegennahme der Kündigung eines Gesellschafters kein Akt der Geschäftsführung (s. § 723 Ziff. 1 b).

2. Abs. 2. Fälle von Mehrheitsbeschlüssen nach Vertrag. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 855 Ziff. 17. Begriff der „Kampfmaßregel" im Sinne der Bestim-

mung eines Konventionsstatuts, wonach zu deren Beschlußfassung 2/3 Majorität erforderlich ist: Maßnahmen, die durch die Konkurrenz veranlaßt sind und weiteren Schädigungen durch sie vorbeugen sollen. Ihre Zweckmäßigkeit hat zwar das Gericht nicht zu prüfen; sind sie aber ihrer Natur nach nicht geeignet, der Konkurrenzfirma Abbruch zu tun, so können sie nicht unter der Bezeichnung „Kampfmaßregeln“ einer widerstreitenden Minorität aufgezwungen werden. b) **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 86. Mehrheitsbeschlüsse bei Zuwendungen von Sondervorteilen an mitstimmende Gesellschafter.

§ 710. **RG.** R. **08** II Ziff. 3385. Beschlüsse einer der Satzung zuwider nicht vom Vorstande, sondern von anderen Personen einberufenen außerordentlichen Generalversammlung sind rechtlich wirkungslos, selbst wenn sie von der in der Satzung vorgeschriebenen Majorität gefaßt sind und der darum angegangene Vorstand die Einberufung der außerordentlichen Generalversammlung pflichtwidrig unterlassen hatte.

§ 713. Verpflichtungen des Geschäftsführers. a) Herausgabepflicht. α. Vgl. JDR. **6** Note 1 a. β. S. oben § 705 Note II 4. γ. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 102, LeipzZ. **08** 62 Ziff. 24, DNotV. **08** 405. Läßt der geschäftsführende Gesellschafter einer auf gemeinschaftlichen Grundstückserwerb gerichteten Gesellschaft nach Vertragsschluß die für das gemeinschaftliche Unternehmen gekauften Grundstücke auf seinen Namen ins Grundbuch eintragen, so kann er die Herausgabepflicht, die nach §§ 713, 667 BGB. begründet ist, nicht unter Berufung auf § 313 BGB. verweigern, da diese Pflicht unmittelbar aus der Geschäftsbesorgung erwachsen ist und von § 313 daher nicht berührt wird (**RG. 54** 76). S. auch § 705 Ziff. 4. b) Vorschußpflicht. **RG.** R. **08** II Ziff. 1785. Spielgesellschaft, Übernahme des Auftrags zur Losbestellung durch einen Gesellschafter: Damit ist noch nicht ohne weiteres auch die weitere Verpflichtung übernommen, den auf die übrigen entfallenden Anteil an den Kosten der Lose vorzuschießen (§§ 713, 669 Vorschußpflicht der Auftraggeber). Da die Zahlung der Beiträge am Tage der Abrede nach der Löhnung erfolgen sollte und nur wegen unterbliebener Löhnung nicht erfolgt ist, so war es eine Bedingung des Gesellschaftsvertrags, daß die Auftraggeber ihrerseits Vorschuß leisten sollten. Es kommt darauf an, ob der Beauftragte nachträglich die Vorschußpflicht übernommen hat (Beweislast: Auftraggeber). Im Falle der Nichtübernahme haben die Auftraggeber ihre Vorschußpflicht, die Bedingung weiterer Vertragsausführung durch den Beauftragten nicht erfüllt: sie haben keinen Schadensersatzanspruch (Gewinnanteil) gegen den Beauftragten wegen Einganges einer anderen Spielgesellschaft hinsichtlich der bezogenen Lose; anderenfalls wäre die Einlösung der Lose für die zweite Gesellschaft vertragswidrig und ein Schadensersatzgrund. Von Bedeutung für die Frage der Vorschußpflicht ist die Behauptung, daß nach der Verkehrssitte derjenige, der nicht spätestens am Tage vor der Ziehung zahle, als verzichtend gelte. Auslegung des Vertrags gemäß §§ 133, 157, 242. c) Besondere Treupflicht s. **RG.** 3. 4. 08 bzgl. § 109 HGB.

§ 714. a) Gruppenakkord. GewuKaufmG. **08** 182 (GG. Charlottenburg u. LG. III Berlin). Der Führer einer Maurerkolonne ist als geschäftsführender Gesellschafter und Vertreter der übrigen berechtigt, den der Gesamtkolonne zustehenden sog. Nachschußlohn, d. h. den nach den Akkordsätzen sich ergebenden Mehrbetrag über die erhaltenen Abschlagszahlungen, wie ein Inkassomandatar in eigenem Namen für Rechnung der Kolonnenmitglieder („Zahlung an sich und die Kolonne“) zu verlangen. b) Zeitliche Beschränkung der Vertretungsmacht, Widerruf. **RG.** BadRpr. **08** 101 (teilweise R. **08** II Ziff. 57). Gesellschaft von Theaterdirektoren, die ein Variété für ein Jahr gepachtet haben, diese Zeiteinschränkung jedoch in einer Annonce in einer Artistenzeitung, in der sie zur Abgabe von Offerten an einen bestimmten von ihnen, den artistischen Direktor, auffordern, nicht erwähnen: Haftung sämtlicher Gesellschafter aus den vom artistischen Direktor auch für die Zeit nach Ablauf

der Pacht geschlossenen Engagementsverträgen. Die Annonce enthält eine Kundgebung im Sinne § 171 ohne Beschränkung auf innerhalb der Pachtzeit zu erfüllende Verträge; Widerruf in gleicher Form oder Bösgläubigkeit (§ 173) liegt nicht vor. Da grundsätzlich gemäß § 714 Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht sich decken, so ist es rechtsirrtümlich, zwar eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter durch den artistischen Direktor gegenüber dem Künstler, jedoch eine zum Regresse verpflichtende Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnisse anzunehmen. c) Prozeß. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 643. Die Befugnis zur Geschäftsführung enthält auch die Vollmacht zur Führung der Gesellschaftsprozesse im Namen der anderen Gesellschafter.

§ 716. **RG.** LeipzZ. **08** 541 Ziff. 34. Die Pfändung der dem Gesellschafter aus dem Vertrage zustehenden Rechte gegen den anderen Gesellschafter ergreift nicht auch den Anspruch auf Rechnungslegung.

§ 717. 1. **RG. 67** 13, JW. **08** 30, R. **08** II Ziff. 58. Unveräußerlichkeit von Ansprüchen eines Kommanditisten auf Entnahmen aus der Gesellschaftskasse ohne Deckung aus dem Gewinne; die im § 717 vorgesehenen Ausnahmen von dem Veräußerungsverbote sind nicht ausdehnbar. Feste Einlagezinsen des Kommanditisten sind daher nur abtretbar, soweit sie durch Gewinn gedeckt sind (§§ 121, 168 HGB. — anders altes Recht).

2. **RG. 67** 331, BankA. 7 316, JW. **08** 197, R. **08** II Ziff. 1991. Vorrang des Pfandrechts am Gesellschaftsanteile vor dem später begründeten Pfandrecht eines anderen Gläubigers des Gesellschafters an dessen Anspruch auf Herausgabe (Abtretung) der ihm nach einem Auseinandersetzungsbeschlusse der Gesellschaft hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens zustehenden Sachen oder Rechte (s. auch § 718 Ziff. 2c).

3. Übergang der Kartellpflichten auf Singularsukzessoren. a) Grundsatz. α. **RG.** LeipzZ. **08** 62, HoldheimsMSchr. **08** 86). Es läßt sich keine allgemeine Regel dahin aufstellen, daß bei Kartellverträgen die beteiligten Industriellen nicht nur für ihre Person an die Kartellverpflichtung gebunden, sondern verpflichtet sind, bei etwaiger Veräußerung ihrer Betriebsstätten dafür zu sorgen, daß die Kartellabreden auch von dem neuen Erwerber eingehalten werden. β. **RG.** LeipzZ. **08** 537. Gleiches gilt für Kaufleute, die vereinbart haben, sich innerhalb gewisser Bezirke keine Konkurrenz zu machen. b) Ausnahme. **RG.** R. **08** II Ziff. 3012. Ein Kaufmann, der sich in einem Kartellvertrage bezüglich seiner Geschäftsführung bestimmten Beschränkungen unterworfen, sich insbesondere verpflichtet hat, seinen Kartellgenossen in bestimmtem Umfange keine Konkurrenz zu machen, hat nach Übertragung seines Geschäfts an seinen Sohn für die Innehaltung der Kartellabreden durch ihn einzustehen, wenn nachgewiesen werden kann, daß die Geschäftsübertragung vom Vater auf den Sohn lediglich zu dem Zwecke vorgenommen worden ist, den Kartellvertrag zu umgehen. Grundsätzlich andere Judikatur.

§ 718. Literatur: Wölz, Das Gesellschaftsvermögen nach Bürgerlichem Recht und bei der offenen Handelsgesellschaft (1908). (Diss.).

Gesellschaftsvermögen. 1. Abgrenzung von dem Vermögen eines Gesellschafters. HessRspr. 8 179 (Darmstadt). Klage eines Gesellschafters auf Freigabe einer der Gesellschaft zustehenden angeblich gepfändeten Forderung, da Tilgung der Forderung des Pfandgläubigers gegen den eigentlichen Schuldner, einen Mitgesellschafter, erfolgt sei: Abweisung der Klage, weil nicht die Gesellschaftsforderung — deren Eigentümer die gesamte Hand sei — gepfändet ist, sondern nur eine andere des Mitgesellschafters gegen den Drittschuldner; dessen Hinterlegung beruht nicht auf § 853 ZPO., sondern hätte auf § 372 BGB. gestützt werden müssen. Eine Pfändung der Gesellschaftsforderung wäre nach § 859 ZPO. unzulässig gewesen.

2. Entstehung des Gesellschaftsvermögens. a) Vgl. JDR. 4 Note 2. b) Interne Willenseinigung der Gesellschafter genügt. BayRpflZ. 08 317, R. 08 II Ziff. 1369 (BayObLG.). Schweigen die Ersteher eines Grundstücks darüber, ob sie das Eigentum zu Bruchteilen oder als Gesellschafter zur gesamten Hand erwerben wollen und werden sie hierüber auch vor Erteilung des Zuschlags nicht von Amts wegen befragt, so kommt es lediglich auf deren erweisbare Willenseinigung beim Zuschlag an, ob Bruchteilsgemeinschaft oder Gesellschaftsvermögen entsteht (s. auch § 738 bei Ziff. c γ). c) Abs. 2. Surrogation. **RG. 67** 331, BankA. **7** 316, JW. **08** 197, R. **08** II Ziff. 1991 und JW. **08** 686. Wenn eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes einen Teil oder ihr ganzes Vermögen veräußert, so braucht keineswegs ihre Auflösung einzutreten; erhält sie als Gegenwert Aktien oder Kuxe einer anderen Gesellschaft, so werden diese Gesellschaftsvermögen. Wird die Verteilung dieses Vermögens beschlossen und werden die Kuxe in Natur unter die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Anteile verteilt, so erlangt der einzelne durch den Beschluß gegen seine Mitgesellschafter den Anspruch auf Herausgabe oder Übertragung der ihr treffenden Zahl von Kuxen. Dieser Anspruch ist kein von dem bisherigen Gesellschaftsanteile verschiedenes Vermögensrecht; durch die Übereignung erhält der Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen.

§ 719. 1. KGJ. **35** A 24 (KG.). Ist der Mündel als Erbe oder Miterbe eines Gesellschafters an einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes beteiligt, so hat der Vormund in das dem Vormundschaftsgericht einzureichende Vermögensverzeichnis (§ 1802) die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens aufzunehmen. Die Verzeichnung des dem Mündel zustehenden Gesellschaftsanteils und dessen Wertes genügt nicht.

2. Klagerecht des Gesellschafters. a) Vgl. JDR. **6**. b) **RG.** JW. **09** 49. Jeder Gesellschafter kann Leistung an alle Gesellschafter fordern. c) R. **08** II Ziff. 482 (Frankfurt). Die Bestimmung des § 432 kann auf die Gesellschaft mit Rücksicht auf die nach dem Prinzipe der gesamten Hand aufgebauten Sondervorschriften der §§ 705 ff. nicht Anwendung finden.

§ 721. 1. Passivlegitimation für den Anspruch auf Gewinnverteilung. **RG.** R. **08** II Ziff. 498. Der vertraglich begründete Anspruch auf sofortige Teilung jeder Gesellschaftseinnahme kann nur gegen die Gesellschaft, d. h. die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter von dem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden; gegen einen anderen Gesellschafter, der eine Geldsumme für Rechnung der Gesellschaft vereinnahmt hat, kann der einzelne nur auf Abführung des Geldes an die Gesamtheit (die Gesellschaftskasse) beklagt werden.

2. Abs. 2. Gewinnverteilung am Schlusse jedes Geschäftsjahrs. PosMSchr. **08** 6, R. **08** II Ziff. 1179 (Königsberg). Bei einer Gelegenheitsgesellschaft kann die Gewinnverteilung erst nach Auflösung der Gesellschaft und nur, wenn diese von längerer Dauer ist und aus dem Gesellschaftsvertrage nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist, am Schlusse jedes Geschäftsjahrs verlangt werden. Bei der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften kann jedoch in der Regel von einem Geschäftsjahre nicht gesprochen werden.

§ 723. 1. Kündigungsempfänger. a) Vgl. JDR. **1** Note 1. b) R. **08** II Ziff. 3781 (Colmar). In der Regel ist der Austritt aus einer Gesellschaft des bürgerlichen oder Handelsrechts gegenüber allen Gesellschaftern zu erklären; denn die Entgegennahme der Austrittserklärung stellt keinen zur Geschäftsführung gehörenden Akt dar; anders bei besonderer Vertragsbestimmung.

2. Konversion der Kündigung. **RG.** LeipzZ. **08** 699. Ob eine für einen bestimmten Termin ausgesprochene, für diesen aber verspätete Kündigung ihre Wirksamkeit für den nächsten Kündigungstermin äußert, muß unter Berücksichti-

gung der besonderen Umstände entschieden werden. Sind nach einem konkreten Vertrag aber die Folgen der Kündigung aus gesetzlichem Grunde wesentlich andere, als nach Maßgabe der vereinbarten Kündigungsfristen, so kann in concreto nicht angenommen werden, daß die auf einen wichtigen Grund im Sinne des § 723 gestützte Kündigung gleichzeitig und eventuell als eine vertragsmäßige gelten sollte.

3. BayNotZ. **9** 16 (München). Ist auf Antrag eines Gesellschafters, der unter Berufung auf einen wichtigen Grund fristlos gekündigt hat, die Zwangsversteigerung eines Gesellschaftsgrundstücks zwecks Gemeinschaftsaufhebung eingeleitet, so muß der andere, das Vorliegen eines derartigen Grundes bestreitende Gesellschafter dies nach § 771 ZPO. geltend machen.

4. Abs. 3. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3. **b)** SeuffA. **63** 130 (Marienwerder) wie RG. **61** 328.

§ 728. Labes, GoldschmidtsZ. **62** 115. Ein selbständiges Konkursverfahren über das Vermögen einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ist nicht möglich (gegen Seuffert, Dtsch. KonkProzR. 70). § 733 gibt nicht den Gläubigern der Gesellschaft, sondern nur den Gesellschaftern gegeneinander ein Recht. Keine Analogie mit nicht rechtsfähigem Verein und oHG. § 105 Abs. 2 HGB. ist nicht maßgebend.

§ 730. Literatur: Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. Fischers Abhdlgn. (München. Beck 1908.)

1. *Wimpfheimer. Die „Auseinandersetzung" der Gesellschaft ist eine Liquidation; beide Ausdrücke sind synonym (73—74). a) Zur Liquidation im allgemeinen: Die Vorschriften über die Fortdauer der Gesellschaft des BGB. (§ 730 Abs. 2 BGB.), der oHG. (§ 156 HGB.), der KG. (§§ 161, 156 BGB.), der AG. (§ 294 Abs. 2), der AKG. (§ 362 Abs. 2), der e. Gen. (§ 87 GenG.), der GmbH. (§ 69 Abs. 1 GmbHG.), des Vereins (§ 49 Abs. 2 BGB.), des Versicherungsvereins (§ 46 Abs. 2 PrivVersUntG.) stimmen trotz einiger Abweichungen im Ausdruck inhaltlich überein (33—80, 80—81). Hieraus und aus anderen Gründen folgt, daß es einen „Urtypus", einen abstrakten Begriff der Liquidation, gibt, aus dem sich dann die speziellen Liquidationsformen der einzelnen Gesellschaftsarten erst herausgebildet haben und je nach der Eigenart der Gesellschaften abgewandelt wurden. Daher lassen sich die bei einigen Verbandsformen, wie z. B. Reederei und Gewerkschaft, fehlenden Bestimmungen über die Liquidation ergänzend konstruieren (1—22). Als Begriff der Liquidation wird nach Betrachtung anderer Definitionen festgestellt: Die Liquidation ist „der Abbau einer Gesellschaft, vorgenommen von ihr selbst, oder ihren Mitgliedern zugunsten dieser und unter bestimmten gesetzlichen Schutzmaßregeln für die Gläubiger" (26—29). Die Verteilung des Vermögens ist ein Teil der Liquidation (aM. Franken und Renaud) (29—31). b) Das Wesen der Gesellschaften und juristischen Personen (Gesellschaft im weiteren Sinne) in Liquidation im Gegensatze zu ihrem Vollstadium. Unrichtig ist es, die Gesellschaft (im weiteren Sinne) in Liquidation als eine anders organisierte, durch die Änderung ihres Zweckes (früher Existenz, Selbstzweck, jetziges Ziel: Selbstvernichtung) umgewandelte Gemeinheit anzusehen. So die Identitätstheorie (Gesellschaft vor und nach der Auflösung zwar verändert, aber dasselbe Rechtssubjekt) (81—85). Ebenso ist die „Sukzessionstheorie" zu verwerfen. Ihr zufolge wird die werbende Gesellschaft infolge der Auflösung abgelöst von einer ganz anders gearteten und eingerichteten Personenmehrheit eigenen Charakters, verschieden je nach der Gesellschaftsart, deren Fortsetzung sie bildet (in der Regel eine „bloße Gemeinschaft") (86—94). Die „Fiktionstheorie" endlich sieht in der Auflösung auch die „Vollbeendigung" der Gesellschaft und betrachtet demnach ihre Fortdauer während der Liquidation lediglich als eine scheinbare, als eine Fiktion. Die Erklärung der Liquidation als das „Nachleben" der Gesellschaft ist lediglich ein Bild (90, 94,

95). In Wirklichkeit ist die Auflösung (= Beendigung einer Gesellschaft im weiteren Sinne) so lange nicht möglich, als irgendwelches der Gesellschaft irgendwie zugrunde liegendes sachliches Substrakt vorhanden ist, das die Gesellschaft tatsächlich und meist auch rechtlich irgendwie zusammenhält. Wenn also in bestimmten Fällen das Gesetz, in anderen Fällen die Gesellschaftsorgane selbst „die Auflösung“ dekretieren, solange, und das ist fast immer der Fall, ein solches Substrat noch vorhanden ist, so kann die „Auflösung“ nur als auf die „Zukunft“ wirkender Beschluß, als Entschluß, die Gesellschaft von nun an aufzulösen, gemeint sein. „Auflösung“ ist sonach nicht als Ausdruck eines in der Vergangenheit oder Gegenwart abgeschlossenen Faktums anzusehen, mit dem „Auflösungsbeschluß“ ist dies nicht selbst schon und mit ihr die Gesellschaft beendet, sondern nur eine neue Periode im Leben der Gesellschaft inauguriert. Die „Auflösung“ selbst ist ein künftiger Prozeß, ein Zustand. Tatsächlich ist auch das Gesetz, wo es von „Auflösung“, „auflösen“, „aufgelöst“ ꝛc. spricht, wie des einzelnen nachgewiesen wird, in diesem Sinne auszulegen. Sonach ist die Liquidation, die mit der die „Auflösung“ („dem aufgelöst werden“) begründenden Tatsache beginnt, noch ein Stadium der Gesellschaft. Diese lebt genau ebenso wie vor der Auflösung auch nach derselben und kann sogar neue Organe bilden (197), sie hört erst auf mit der Beendigung des Auflösungsprozesses. Infolgedessen läßt sich die Liquidation einfach dahin definieren, daß sie ein und zwar das letzte Stadium der Gesellschaft darstellt. Der Unterschied von der Identitätstheorie liegt vor allem darin, daß sich die Gesellschaft organisch in keiner Weise durch die „Auflösung“ ändert, vor wie nach derselben die gleiche ist (95—119).

2. Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung eines Auseinandersetzungsvertrags bei Beteiligung eines Minderjährigen. a) ZBlFG. **9** 331 Ziff. 319, R. **08** II Ziff. 3140 (Colmar). Im Sinne des § 1821 BGB. Ziff. 1 liegt ein Übertragungs- und zugleich ein Erwerbsakt vor, wenn die an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand Beteiligten diese hinsichtlich eines Grundstücks aufheben und dafür Miteigentum nach Bruchteilen begründen. Was für den Fall der Umwandlung des Gesamteigentums in Bruchteilseigentum gilt, hat in erhöhtem Maße für den Fall zu gelten, daß das bisherige Gesamt- in Alleineigentum eines der Beteiligten umgewandelt wird. b) Vgl. JDR. **4** § 1821 Note II 2 a (Hypothekbestellung durch Liquidator einer oHG.), **6** § 1821 Note II 2. c) BreslauAK. **08** 7 (Breslau). Wenn ein Mündel, das Teilhaber einer Handelsgesellschaft ist, freiwillig durch Vertrag mit den übrigen, die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern ausscheidet, so bedarf der obligatorische Vertrag, nicht aber seine Ausführung gemäß § 738 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Ziff. 3 BGB. Scheidet ein Gesellschafter statutarisch mit seinem Tode aus, so darf die Eintragung dieser Tatsache nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Nachlaßverwalter die Genehmigung des Nachlaßgerichts zur Anmeldung des Ausscheidens oder einen vom Nachlaßgericht genehmigten Auseinandersetzungsvertrag beibringt. — Anders AG. Breslau ebenda.

3. **RG.** SächsRpflA. **08** 294. Ist in einem Auseinandersetzungsvertrage zwischen zwei Gesellschaftern vereinbart, daß der eine die Gesellschaftsaktiven zu übernehmen und dem anderen eine Abfindungssumme zu zahlen habe, so kann dieser andere nicht Befreiung von den Gesellschaftsschulden verlangen, wenn der Zweck dieser Abrede — daß der Übernehmende das Gesellschaftsvermögen zu versilbern und die Gesellschaftsschulden abzustoßen hat — nicht durch Umstände vereitelt ist, die allein der Übernehmende zu vertreten hat.

§ 731. **RG.** R. **08** II Ziff. 3105. Wird eine Gesellschaft, die zum Zwecke der Verwertung einer Erfindung gegründet wurde und in verschiedenen Ländern Patent- und Gebrauchsmusterschutz erteilt erhalten hatte, durch Vereinbarung der

Gesellschafter aufgelöst, wobei jedoch die Erfinderrechte gemeinschaftlich bleiben und Patent- und Lizenzverkäufe von jedem Vertragsteile nur mit Einwilligung des anderen abgeschlossen werden sollen, so steht keinem der Vertragsteile das Recht zu (§§ 133, 157 BGB.), zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft die Versteigerung der gemeinsamen Rechte zu verlangen, es sei denn, daß ein gewichtiger Grund zur vorzeitigen Aufhebung der Gemeinschaft vorliegt (§ 749 Abs. 2 BGB.).

§ 733. Ersatzanspruch eines Gesellschafters für Mehraufwendungen: **RG.** II. 20. 3. 08, s. bei § 155 HGB.

§ 738. Anwendungsgebiet des Anwachsungsprinzips. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) Ausdehnung des im § 738 enthaltenen Akkreszenzprinzips (Wegfall der beschränkenden Mitberechtigung unter Zerstörung des gesamthänderischen Verbandes) auf Fälle einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesamthand (oHG.) und den Fall vereinbarten Ausscheidens des einen oder seiner Erben: daher keine Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke an den das Gesamthandvermögen allein übernehmenden Teilhaber; im Anschluß an **RG. 65** 227 jetzt auch **RG. 68** 410, RJA. **9** 193, JW. **08** 450, LeipzZ. **08** 698, FrankfRundsch. **42** 54, ZBlFG. **9** 277, RheinNotZ. **53** 244, R. **08** II Ziff. 2496, 3516 unter Verwerfung der Ansicht des KG. — Wie **RG.** auch PrOVG., PrVBl. **30** 443 (Umsatzsteuerpflicht verneint). Gegen **RG. 65** 227 das KG., RJA. **9** 122, R. **08** II Ziff. 2442, und schärfer RJA. **9** 220, ZBlFG. **9** 297, hier insbesondere für den dem KG. damals nicht vorliegenden Fall nur zweier Gesellschafter; wie RG. nur der Feriensenat des KG., RJA. **9** 71 (Frankf. Rundsch. **41** 152). S. § 142 HGB. c) Ausdehnung auf den Fall des Eintritts eines neuen Gesellschafters. α. Vgl. JDR. **6** Note 1. β. R. **08** II Ziff. 2810 b (Colmar). Mit Einverständnis der bisherigen Gesellschafter in Änderung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrags kann ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ohne deren vorherige Auflösung und ohne Auseinandersetzung des bisherigen Gesellschaftsvermögens formlos in der Weise eintreten, daß an diesem den bisherigen Teilhabern ein entsprechender Anteil ab- und dem Eintretenden ohne weiteres zuwächst. γ. BayRpflZ. **08** 317, R. **08** II Ziff. 1369 (BayObLG.). Bilden die Baulieferanten eines Subhastaten zwecks Erwerbes des Grundstücks und dessen Weiterveräußerung eine Gesellschaft in der Absicht, den Gewinn zunächst zur verhältnismäßigen Deckung ihrer Forderungen zu verwenden und den Überschuß zu verteilen, so wird das erworbene Grundstück durch Zuschlag auch dann Gesellschaftseigentum, wenn die Gesellschafter im Versteigerungstermin über das unter ihnen bestehende Rechtsverhältnis geschwiegen haben. Scheidet sodann der eine Gesellschafter aus, während die Gesellschaft unter den übrigen Teilnehmern und einem inzwischen neu beigetretenen fortgesetzt werden soll, so ist zur Löschung des Ausscheidenden im Grundbuche die vorherige Eintragung des neu beigetretenen erforderlich, auch wenn er notariell auf seine Eintragung im Grundbuch als Miteigentümer verzichtet hat (§§ 40, 22 Abs. 2 GBO.). S. § 718 Note 2.

Anhang.

1. **RG. 68** 378. Versteuerung eines Vertrags, durch den Gesellschaftseigentum (Grundstücke) in Bruchteilsmiteigentum der Gesellschafter umgewandelt wird (Abs. 3 TarifNr. 25 d PrStempStG.).

2. BayObLG. **9** 378 (BayObLG.). Die Notariatsurkunde, in der sich der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, sein Anwesen innerhalb dreier Monate an den anderen Vertragschließenden oder an eine von ihm zu bestimmende Gesellschaft oder Genossenschaft zu verkaufen, und der andere Vertragschließende sich verpflichtet, binnen dieser Zeit das Grundstück um den bestimmten Preis zu erwerben, falls

nicht bis dahin die Erwerbung durch eine von ihm bezeichnete Gesellschaft erfolgt sein sollte, enthält für die Gebührenbewertung zwei, je unter einer Bedingung geschlossene und je mit besonderer Gebühr zu belegende Verträge.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

Vorbemerkung: s. beim 14. Titel.

§ 741. 1. R. **08** II Ziff. 2156 (Hamburg). Hat gemäß Konnossement das Schiff ein Pfandrecht an der Ladung für Überliegegeld, so bilden die Ladungsempfänger eine Interessengemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. Jeder Empfänger haftet dem Schiffe gegenüber solidarisch; untereinander haften sie gemäß § 748 nach Verhältnis ihrer Anteile.

2. BraunschwZ. **08** 168 (Braunschweig). Anwendbarkeit der §§ 741 ff. auf eine Miterbengemeinschaft eines Landgutes, das nicht Schriftsassengut iS. des G. v. 20 5. 58 ist, bei Erbfällen vor dem 1. 1. 1900.

3. Über die Konstruktion der Bruchteilsgemeinschaft s. unten §§ 1008 ff.

§§ 743, 744. KGBl. **08** 7 (KG.). § 743 gilt nur für das Verhältnis der Teilnehmer untereinander, nach außen § 420. Aus § 744 folgt, daß jeder Teilhaber nur Leistung an alle oder Hinterlegung beanspruchen kann.

§§ 744 745. OLG. Königsberg — s. IDR. **6** — s. auch SeuffA. **63** 146. (Giltige Verpachtung eines Sees nur durch sämtliche Miteigentümer — §§ 581, 566 — trotz Mehrheitsbeschlusses nach § 745).

§ 745. 1. KGJ. **35** A 152, RJA. **9** 159, ZBlFG. **9** 252 (KG.) Erbengemeinschaft als Inhaberin einer Einzelfirma oder offene Handelsgesellschaft? Eine durch Vereinbarung geordnete Repräsentation der Miterbengemeinschaft (§ 745, vgl. § 2038 BGB.) ist ins Handelsregister nicht eintragbar. Die Ausschließung einzelner Gemeinschafter von der Vertretung ist nur im Falle des § 125 Abs. 4 HGB. eintragungsfähig.

2. Abs. 3. R. **08** II Ziff. 466 (BayObLG.). Unverhältnismäßig kostspielige Anlagen stehen einer wesentlichen Änderung gleich und können durch Stimmenmehrheit nicht beschlossen werden.

§ 748. Ersatzansprüche eines Teilnehmers für nicht zur Erhaltung notwendige Maßnahmen s. OLG. Braunschweig bei § 741 Ziff. 2.

§ 749. 1. **RG. 67** 396, JW. **08** 199, R. **08** II Ziff. 1540. Der Ehemann ist nach §§ 749, 753 befugt, ohne Zustimmung der Ehefrau ein während der Ehe gemeinschaftlich erworbenes Grundstück zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zur Teilung durch Zwangsversteigerung zu bringen; § 1375 steht nicht entgegen, da der auf §§ 749, 753 beruhende Antrag des Mannes keine Verfügung über den Anteil der Frau enthält.

2. S. **RG.**, R. **08** II Ziff. 3105 (oben zu § 731).

§ 752. *Wimpfheimer aaO.: Der Paragraph findet auch Anwendung auf die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft, wie im Allgemeinen auf die Liquidation aller Associationen (22—26).

§ 753. Vgl. Drescher, Die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem Grundstücke (Stuttgart). S. darüber unten zu §§ 180 ff. ZVG.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

Vorbemerkung: Der Leibrentenbegriff war unter dem Einflusse mehrerer Entscheidungen des RG. (IDR. **5** § 759 Ziff. 1, **6** § 761 Ziff. 2) in der Rechtsprechung der letzten Jahre derart farblos geworden, daß er sich mit dem Begriff eines auf längere Zeit gegebenen Rentenversprechens beinahe zu identifizieren drohte. Um so erfreulicher ist, daß das RG. (§ 759 Ziff. 1) jetzt einer Verallgemeinerung des Begriffs selbst entgegen-

getreten ist und die dem Institute durch seine historische Entwickelung aufgeprägten charakteristischen Eigentümlichkeiten wieder hat zur Geltung kommen lassen.

Literatur: Baer, Der Leibgedingsvertrag nach badischem Recht. Berlin 1908.

§ 759. 1. Rechtsnatur der Leibrente. a) **RG. 67** 207, JW. **08** 103, R. **08** II Ziff. 500. Durch die **RG. 63** 323 (JDR. **5** § 759 Ziff. 1) hervorgehobenen beiden Begriffserfordernisse — Gleichmäßigkeit des Inhalts und des Zeitabstandes der Einzelleistungen und Ausdehnung der Verpflichtung auf eine Gesamtdauer von nicht geringer Länge — wird der Leibrentenbegriff nicht erschöpft. Festzuhalten ist zwar an dem ersten Erfordernisse; dagegen bildet die Erstreckung der Verpflichtung auf einen längeren Zeitraum kein juristisch brauchbares Unterscheidungsmerkmal. Als weitere Begriffserfordernisse treten vielmehr hinzu: einmal, daß die Rente auf die Lebenszeit eines Menschen (im Zweifel des Gläubigers) abgestellt ist — was nicht ausschließt, daß durch Nebenbestimmungen das Leibrentenrecht auflösend oder aufschiebend bedingt werden kann — und weiter, daß die Leibrente nicht aus einer Mehrzahl einzelner, selbständiger Ansprüche mit fortschreitend aufeinander folgenden Fälligkeitsterminen besteht, sondern sich als ein einheitliches, in sich geschlossenes Recht darstellt, dem die Eigenschaft der Nutzbarkeit im Sinne der §§ 99 Abs. 2 und 100 beiwohnt (wird historisch begründet). Unter einer Leibrente ist hiernach ein einheitliches nutzbares Recht zu verstehen, das dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen eingeräumt ist, und dessen Erträge aus fortlaufend wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen (zustimmend besprochen von Rohde, PrVerwBl. **30** 233). b) Ebenso **RG. 68** 340, JW. **08** 461.

2. Natur der Einzelleistungen. HansGZ. Beibl. **08** 13 (Hamburg). Die Leibrentenforderung ist eine betagte Forderung, insofern als aus dem einheitlichen durch Gewährung der Rente begründeten Schuldverhältnisse für den Gläubiger eine Summe von selbständigen Einzelansprüchen entspringt, deren jeder als befristet angesehen werden muß. Denn da jeder Rentenbetrag zwar an einem bestimmten Tage fällig wird, aber seine Fälligkeit davon abhängt, daß der Rentenempfänger an diesem Tage noch lebt, so liegt ein betagter Anspruch bez. jedes einzelnen vor.

3. Erfüllung des Versprechens auf Gewährung einer Leibrente. **RG. 67** 204, JW. **08** 103. Der Vertrag, durch den sich jemand zur Rentengewährung verpflichtet, wird nicht erst durch die Einzelleistungen, sondern schon durch die Bestellung des Leibrentenrechts erfüllt.

§ 760. Verhältnis zu § 843. Ist der Richter befugt, andere Zahlungsarten im Urteil anzuordnen? **RG. 69** 297, JW. **08** 550. Die Vorschriften des § 760 Abs. 1 u. 2 sind für den Leibrentenvertrag nachgiebigen Rechtes; durch Vereinbarung der Vertragsparteien kann eine andere Zahlungsweise ausgemacht werden. Daraus folgt aber nicht, daß auch der Richter befugt ist, bei Anwendung des § 760 auf die Rentenansprüche des § 843 BGB. und § 7 HaftpflG. anstatt der vierteljährlichen Vorauszahlung eine andere Zahlungsart festzusetzen. Dieses im Gesetze nicht ausgesprochene Recht kann dem Richter um so weniger zugestanden werden, als der Abs. 3 des § 760 der Periodisierung der Rente die Wirkung beilegt, daß dem Gläubiger der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag gebührt, wenn er auch nur den Beginn des Zeitabschnitts erlebt hat (aM. Crome, System II 1077).

§ 761. 1. **RG.** (Strafs.) GoltdA. **54** 475. Falls ein Schwiegervater seinem Schwiegersohne bei der Verheiratung eine jährliche Rente nur mündlich verspricht, so ist das Versprechen nichtig, da es sich im Zweifel um das Versprechen einer Leibrente handelt. Die Rente ist daher vom Schwiegersohne nicht zu versteuern (Die Entsch. nimmt zu der Frage, ob die Leibrente begrifflich an die Lebensdauer des

Berechtigten oder Verpflichteten geknüpft sein muß, nicht Stellung, da dieses Erfordernis im gegebenen Falle vorlag.). Vgl. oben § 759 Ziff. 1.

2. Altenteilsvertrag. SchlHolstAnz. **08** 99 (Kiel). Ein Altenteilsvertrag, der ein Leibrentenvertrag im Sinne des § 759 ist, bedarf zur Rechtsgültigkeit, da Art. 96 EGBGB. sich nur auf den Inhalt des Schuldverhältnisses und nicht auf die Form des Vertrags bezieht, der Schriftform, ebenso der Vertrag, durch welchen ein Altenteilsvertrag eine nachträgliche Änderung erfährt.

3. Leibrentenversprechen als Bestandteil eines anderen Vertrags. a) **RG. 67** 204, JW. **08** 103. Ist das Leibrentenversprechen in dem die Verpflichtung zur Leibrentenbestellung begründenden kausalen Vertrage noch nicht enthalten, so bezieht sich das Formerfordernis des § 761 immer auch auf den kausalen Vertrag (vgl. Eccius, GruchotsBeitr. **45** 28 u. 12 ff.). b) R. **08** II Ziff. 2811 (Frankfurt). Das im Rahmen eines Dienstverhältnisses abgegebene Versprechen einer lebenslänglichen Gehaltszahlung bedarf der Schriftform (vgl. Planck § 761 Anm. 5, Eccius, GruchotsBeitr. **45** 15; dagegen Dernburg II 2 § 201 Ziff. V, Oertmann zu § 761, Brütt, Abstrakte Forderung 115).

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

Vorbemerkung: Hinzuweisen ist namentlich auf die in einer Strafsache ergangene, bei § 762 Ziff. 1 kurz wiedergegebene Entscheidung des RG., in der mit einem erstaunlichen Aufwande rechtshistorischer Gelehrsamkeit die Frage, ob auch reine Geschicklichkeitsspiele unter den Begriff Spielfallen, in bejahendem Sinne beantwortet ist. Literatur findet sich lediglich zu § 764; diese Materie selbst ist ihres inneren Zusammenhanges wegen bei dem diesjährig zum ersten Male erscheinenden Börsenrecht behandelt worden.

§ 762. 1. Begriff des Spieles. Fallen darunter auch reine Geschicklichkeitsspiele? **RG.** (Strafs.) **40** 21 ff. Spiel im allgemeinsten Sinne bezeichnet eine Tätigkeit, die man nicht um eines Ergebnisses oder eines praktischen Zweckes willen, sondern zum Zeitvertreibe, zur Unterhaltung, zum Vergnügen ausübt, eine Tätigkeit, die weder ethische noch wirtschaftliche Zwecke verfolgt. Darunter fallen z. B. Kinderspiele und Unterhaltungsspiele. Für das Recht gewinnt das Spiel erst Bedeutung, wenn um Vermögenswerte gespielt wird. Diese Gewinn- oder Geldspiele, bei denen der Reiz des Gewinns die Freude an der Spieltätigkeit erhöht und schließlich überwiegt, scheiden sich in Unterarten: in die Geschicklichkeitsspiele, bei denen dieser Charakter, selbst wenn dabei Gewinne zu erzielen sind, mehr zurücktritt und die Entscheidung vorwiegend auf der größeren Tüchtigkeit oder Übung des Spielers beruht, und in die Glücksspiele, wo die Entscheidung ganz oder zum größten Teile vom Zufall abhängig ist. Beide Unterarten fallen unter den Begriff Spiel. — Daß dieser Auffassung des allgemeinen Sprachgebrauchs im Gegensatze zum römischen Rechte auch die Entwickelung der rechtlichen Behandlung der Gewinn- und Geldspiele in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des § 762 entspricht, wird eingehend historisch begründet (33—41). — § 762 versagt deshalb auch reinen Geschicklichkeitsspielen (z. B. Preiskegeln, Billard, unter Umständen selbst Schach) die Klagbarkeit.

2. Weiteres zum Begrifflichen (s. JDR. **6** Ziff. 1 und Verweisungen). a) **RG.** LeipzZ. **08** 70, BankA. **7** 122. Das aus den Umständen ersichtliche Vorliegen eines Spiel- oder Differenzgeschäfts wird durch die vor Eingehung der Geschäftsverbindung von einem Kontrahenten dem anderen gegenüber abgegebene Erklärung, er mache nur Effektivgeschäfte, nicht ausgeschlossen. b) Spekulationsgeschäft oder Spiel? **RG.** R. **08** II Ziff. 501. Ein Spekulations-, kein Spielgeschäft liegt bei folgendem Tatbestande vor: A. verkauft an B. 10 Kuxe zu je 1700 M., lieferbar nach 2 Monaten; vorher hat er sich in Gegenwart des B. von C. versprechen lassen, daß er die gleiche Anzahl Kuxe zu 1500 M. geliefert er-

halten könne. Beim Verkauf an B. hat er sich den Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes von 2000 M. vorbehalten. Beide Geschäfte sind im Zusammenhang abgeschlossen. A. kann bei dieser Sachlage nichts verlieren. **c)** **RG.** (Straff.) **40** 21 ff. (29). Die Leistung aus Spielverträgen, die klaglos, aber erfüllbar sind, ist keine im Rechtssinn unmögliche Leistung; die Forderung aus einem solchen Vertrage kann, selbst wenn sie im Rechtswege nicht durchführbar ist, dennoch einen Vermögenswert haben.

3. Geschäfte zum Zwecke des Spielens und mit Spielinhalt (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 3 und Verweisungen). a) Auftrag. **RG.** R. **08** II Ziff. 3593. A. hatte als Angestellter und Börsenvertreter des B. mit dessen Einverständnis für sich an der Börse reine Differenzgeschäfte abgeschlossen, und zwar in der Weise, daß er bei jeder Spekulation erstens ein Geschäft zwischen sich und B. und zweitens ein entsprechendes Gegengeschäft zwischen B. und einem anderen Börsenbesucher zustande brachte. Hieraus kann B., wenn A. die Nichtigkeit der von B. aus jenen Geschäften gegen ihn erhobenen Ansprüche geltend macht, nicht herleiten, was er fordere, seien nicht Spielgewinne, sondern Auslagen, die er durch Erfüllung der von A. mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte im Auftrage des A. für diesen geleistet habe. **b)** Darlehen. α. **RG.** JW. **08** 677, R. **08** II Ziff. 3250. Durch § 762 wird der Anspruch eines Darlehnsgebers, der durch betrügliche Täuschungen zu einer Darlehnsgewährung zu Spielzwecken bestimmt ist, aus unerlaubter Handlung nicht ausgeschlossen. Die gegenteilige Auffassung (der Vorinstanz OLG. Dresden) würde darauf hinauslaufen, daß für das Gebiet des Spieles im Verhältnisse der Spieler untereinander auch die Haftung für Betrug ausgeschlossen sei. β. Vgl. zu § 607 Ziff. I 3.

4. Freiwillige Zahlung der Spielschuld. HansGZ. Beibl. **08** 184, BankA. **7** 365, R. **08** II Ziff. 1541 (Hamburg). Während von Düringer-Hachenburg, HGB. III 201, Planck II § 762 eine freiwillige Zahlung schon dann angenommen wird, wenn der Gläubiger den ihm übergebenen Wechsel mit Willen des Spielschuldners weiter begibt und durch die Diskontierung seine Befriedigung erhält, liegt nach **RG. 51** 359 in diesem Falle eine freiwillige Zahlung noch nicht vor, weil durch die Wechselbegebung im Verhältnisse des Spielschuldners zu dem Gläubiger nichts geändert worden, dessen Forderung vielmehr unklagbar geblieben ist, die eingegangene Wechselschuld des rechtlichen Grundes entbehrt und deshalb der Gläubiger auf Verlangen des Spielschuldners zur Rückgabe des Wechsels verpflichtet ist. Nur wenn diese Rückforderung des Wechsels unterblieben ist und der Spielschuldner, wenn auch vom Giratar gezwungen, die Wechselschuld seinerseits bezahlt hat, ist nach **RG.** DJZ. **03** 526 die Zahlung als freiwillige anzusehen, während anderenfalls, wenn die Rückgabe des Wechsels zuvor gefordert ist, der Spielschuldner das durch die Wechselbegebung Erlangte vom Gläubiger kondizieren kann. Das OLG. nimmt zu der Frage nicht Stellung.

5. Verbindlichkeiten zum Zwecke der Erfüllung der Spielschuld. a) Wechselhingabe. **RG.** BankA. **7** 332. Werden mehrere Wechsel zur Deckung von Schulden hingegeben, die teils klagbar, teils unklagbar sind, ohne daß hierbei zwischen beiden Schuldarten unterschieden wird, so ist der Schuldner so lange zur Wechseleinlösung verpflichtet, als der Betrag der klagbaren Schulden nicht getilgt ist. **b)** Anerkenntnis. **RG.** R. **08** II Ziff. 3594. Hat jemand eine Schuld anerkannt mit dem Hinzufügen, daß die Schuld aus Börsengeschäften herrühre, so entfällt die rechtliche Gültigkeit des Anerkenntnisses mit dem Nachweise, daß die Börsengeschäfte Spielnatur besaßen. Wenn dann der andere Teil behauptet, tatsächlich beruhe die Schuld nicht bloß auf Börsengeschäften, sondern zum Teile auch auf anderen völlig gültigen Rechtsgeschäften, so ist er hierfür beweispflichtig.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: Die Lehren des Bürgschaftsrechts haben durch Westerkamps Arbeit über „Bürgschaft und Schuldbeitritt" eine Bereicherung erfahren. Eine Reihe von Selbstberichten des Verf. zeigt, daß die Arbeit nicht nur dogmatische Grundlagen zu schaffen bemüht ist, sondern auch zu sämtlichen einschlägigen Sonderfragen selbständig Stellung nimmt. Die Abhandlung von Tacken untersucht den Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen (§ 774 Ziff. 1 u. 6) und bringt Beiträge zur Regreßlehre und zum Gesamtschuldnerausgleiche. Hallbauers im BankA. veröffentlichte Darstellung des gesamten Bürgschaftsrechts behandelt die bisherigen Ergebnisse der Rechtslehre und Rechtsprechung in mehr populärer Form. Eine Reihe zum Teil recht interessanter Erörterungen hat die Frage hervorgerufen, ob und wie weit der Bürge gewisse Einreden, wie die Wandelungs- und Minderungseinrede (§ 768 Ziff. 6), das beneficium competentiae des Schenkers (§ 768 Ziff. 7), und andere Rechte des Hauptschuldners, wie das Wahlrecht bei Alternativobligationen (§ 767 Ziff. 2) und das Bestimmungsrecht aus § 366 Abs. 1, auszuüben befugt ist. Die letztere Frage ist vom OLG. Stuttgart verneint, von Pringsheim bejaht worden. Ihre Entscheidung dürfte, soweit das Bestimmungsrecht aus eigner Person des Bürgen (§ 768 Ziff. 3b) in Betracht kommt, von der Beantwortung der bisher auf keiner Seite berücksichtigten Vorfrage abhängen, ob durch eine Bürgschaftsübernahme für mehrere Verbindlichkeiten überhaupt eine Mehrheit von Schuldverhältnissen zwischen dem Bürgen und Gläubiger zustande kommt. — Die Rechtsprechung hat wie im Vorjahre eine Reihe von Entscheidungen über das Verhältnis der Bürgschaft zur kumulativen Schuldübernahme, über die Formerfordernisse und über die Diligenzpflicht des Bürgen gebracht, ohne wesentlich neue Ergebnisse zu zeitigen.

Literatur: Friedenthal, Wandelung und Minderung seitens des Bürgen, JW. 08 132. — Hallbauer, Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Rechtsverkehre, BankA. 7 308 ff., 321 ff., 337 ff. — Pringsheim, Das Recht des Bürgen zu Bestimmung und Wahl, GruchotsBeitr. 53 13. — Radicke, Das beneficium competentiae des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme, ABürgR. 32 398. — Reichel, Zuständigkeit der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte für Klagen gegen Bürgen und Schuldübernehmer, SächsRpflA. 08 73. — Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, GruchotsBeitr. 52 545. — Tacken, Der Ausgleichungsanspruch des Mitbürgen nach dem Rechte des BGB. Berlin 1907 (Breslauer Diss.). — Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Berlin 1908.).

§ 765. 1. Begriffliches. Inhalt der Verpflichtung (s. JDR. 6 Ziff. 1 und Verweisungen). a) *Westerkamp aaO. Der Sicherungszweck als oberstes Prinzip der Bürgschaft findet in dem Grundsatze der Akzessorietät Ausdruck (131—139); beides ist Grundlage der Gesetzesbestimmungen, nicht nur Folgerung aus ihnen (133, 78—81). — Akzessorietät heißt: Bürgenhaftung ist Haftung nur nach Maßgabe des jeweiligen Bestandes und Umfanges der Hauptverbindlichkeit, nur eine Sicherheit gewährende Haftung für das, worauf auch ein anderer haftet, nie für mehr oder etwas anderes, als dieser andere schuldet, kein Schutz also gegen juristische Hindernisse, die die Haftung des anderen betreffen, niemals auch Sicherung gegen faktische Ereignisse, die den Bestand der Haftung des anderen beeinflussen, immer nur Sicherung für das Leistenkönnen und Leistenwollen des anderen, nie für sein Leistenmüssen (132). Keine Ausnahme (82—131) hiervon außer § 193 KO. Keine Ausnahmen insbs. die §§ 768 Satz 2 BGB. und 356 HGB. (vgl. dort). — „Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners" heißt: Einstehen für den Schuldner, für dessen pflichtgemäßes Tun, heißt aber nicht, Schuldner der bestehenden Verbindlichkeit sein wollen (Schuldbeitritt) (157—160, 313). Durch das Einstehen für den Schuldner ist gesagt, daß der Bürge nicht selbst den Inhalt seiner Schuld bestimmt und gestaltet, daß vielmehr ein anderer, der Hauptschuldner, durch die auf seinem Tun und Lassen beruhende Gestaltung seiner Ver-

bindlichkeit auch den Inhalt der akzessorischen Verpflichtung in stetem Gleichlaufe mit der Hauptschuld hält (81 f.). — Des Bürgen Verpflichtung geht nicht auf Leistung von Schadensersatz für Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit (173—178), sondern nur dahin, zu haften für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, diese zu sichern. Zwischen der Verpflichtung, „die Verbindlichkeit eines anderen zu erfüllen", und der Verpflichtung: „für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines anderen zu haften", besteht ein Unterschied (150—160). Erst wenn das Leistungsverlangen des Gläubigers sich gegen den Bürgen richten kann und sich gegen ihn gerichtet hat, erhält die Sicherung einen praktisch verwertbaren Inhalt und ist der Bürge verpflichtet, seinem Sicherungsversprechen dadurch nachzukommen, daß er die Hauptverbindlichkeit erfüllt (169—173). — Die Verbürgung hat stets eine vertretbare Leistung zum Gegenstande, wenngleich Verbürgung ausnahmslos für jede Art von Obligationen zulässig ist (151, 154). Einstehen heißt: einstehen mit dem Vermögen (Beweis aus den Fällen der Verbürgung für höchstpersönliche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners und aus der Art der Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der dem Bürgen obliegenden Leistung) (160—169). **b)** Bürgschaft für Naturalverbindlichkeiten. α. *Tacken aaO. 5. Die Bürgschaft kann für eine verjährte Forderung bestellt werden. β. *Westerkamp aaO. Soweit das BGB. die Naturalobligationen als Verbindlichkeiten bezeichnet, ist auch eine gültige Bürgschaft für sie zulässig (so in den Fällen der §§ 1000, 1001, 2022, 222, 223 BGB.), nur teilt dann die Bürgschaft wie jede Schwäche auch die Klaglosigkeit mit der Hauptschuld. Dagegen ist Verbürgung für die Naturalverbindlichkeiten aus §§ 762—764, 656, 814 BGB. schlechthin nichtig und begründet nicht etwa auch eine Naturalobligation (82—86). **c)** Erweiterung und Einschränkung der Rechte des Gläubigers. α. Hallbauer, BankA. **7** 324. Die dem Gläubiger zustehenden Befugnisse können durch Vereinbarung mit dem Bürgen, die in die Bürgschaftsurkunde aufzunehmen sind, erweitert werden. So sind Vereinbarungen zulässig, daß der Bürge Einredeverzichte des Schuldners oder ein gegen diesen ergangenes rechtskräftiges Urteil gegen sich gelten lassen muß und daß er sich auf dem Schuldner bewilligte Stundungen nicht berufen darf. Handelt es sich um die Bürgschaft für ein Kontokorrentverhältnis, so wird die Vereinbarung nicht selten sein, daß der Bürge ein vom Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend abgelegtes Saldoanerkenntnis gegen sich gelten lassen muß; diese Vereinbarung kann sich sogar stillschweigend aus der Sachlage ergeben (vgl. **RG.** IDR. **6** § 765 Ziff. 8 b). β. **RG.** ElsLothIZ. **08** 105. Die Übernahme einer Bürgschaft bloß mit Beschränkung auf einen bestimmten Gläubiger unter Ausschluß ihrer Abtretbarkeit ist zulässig, muß sich aber aus dem Bürgschaftsvertrage mit Sicherheit ergeben. **d)** *Westerkamp aaO. Die Bürgschaft steht im Gegensatze zu den Gesamtschuldverhältnissen (244—253).

2. Bürgschaftsübernahme als Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags (s. IDR. **6** § 765 Ziff. 3). Hallbauer, BankA. **7** 308. Die Bürgschaft ist in der Regel ein einseitiger Vertrag, kann aber auch in der Form eines gegenseitigen Vertrags in Erscheinung treten, z. B. wenn der Bürgschaftsempfänger als Gegenleistung die Verbindlichkeit übernimmt, dem Hauptschuldner gegen Empfangnahme der Bürgschaft einen bestimmt abgegrenzten Warenkredit zu gewähren. Hier braucht der Bürge die Bürgschaftsschuld nicht zu tilgen, wenn der Gläubiger den Warenkredit nicht in dem zugesagten Umfang angeboten hat.

3. Bürgschaft und Garantievertrag (s. IDR. **6** Ziff. 5 und Verweisungen). **a)** Hallbauer, BankA. **7** 338. Der Garantievertrag, durch den ein Dritter dafür einsteht, daß eine bestimmte Forderung eingeht, ist von der Bürgschaft grundsätzlich verschieden, da bei ihm von einer Haupt- und Nebenschuld nicht die Rede ist. Der Garant kann den Einwand erheben, daß der Gläubiger bei Ein-

ziehung der Forderung nicht die nötige Vorsicht betätigt habe. Zu prüfen ist namentlich, ob sich die Garantie im Einzelfalle nur auf die finanzielle Seite beziehen soll oder ob der Versprechende auch für den rechtlichen Bestand der Forderung garantiert hat. Handelt es sich um eine finanzielle und rechtliche Garantie, so hat der Versprechende dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Nichtrealisierbarkeit der Forderung entsteht. **b) RG.** R. **08** II Ziff. 3595. In der Erklärung der Beklagten, sie übernehme dem Kläger gegenüber die Garantie für den richtigen Eingang eines ihm von J. geschuldeten Restkaufpreises, liegt eine Bürgschaft, kein Garantieversprechen. **c) RG.** SächsRpflA. **08** 536. Die Garantie für die Bonität einer Hypothek ist von der Bürgschaft begrifflich verschieden. § 774 findet keine Anwendung. Eine Benachrichtigungspflicht des Gläubigers betr. die Einleitung der Zwangsversteigerung läßt sich, von besonderen Abreden abgesehen, aus der Natur des Garantievertrages nicht herleiten. **d)** RheinA. **105** 37 (Cöln). In der schriftlichen Erklärung, „für die Ehrlichkeit eines Angestellten zu bürgen", liegt ein Garantieversprechen, d. h. selbständige Haftübernahme für den durch die Unredlichkeit im Anstellungsverhältnisse entstehenden Schaden.

4. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme (s. auch oben zu § 414 Ziff. 1). a) *Westerkamp aaO. Zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt und zwischen dem Tatbestande beider läßt sich nicht auf der Grundlage der größeren oder geringeren Lästigkeit des einen oder anderen Geschäfts scheiden (270 bis 277). ➸ Es wird also nicht, wie man aus v. Tuhr, DJZ. **08** 1177, herauslesen könnte, der Satz aufgestellt: Im Zweifel sei zuungunsten von Bürgschaft als der „lästigeren" Verpflichtung zu entscheiden. ➸ Soll Bürgschaft vorliegen, so muß der Erklärungstatbestand dem § 765 entsprechend die Absicht des Verpflichteten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners — nicht der eigenen Verbindlichkeit des Interzedenten — einstehen zu wollen, zum Ausdrucke bringen; es muß Garantie für Leistung des anderen übernommen sein (282—288, 36—44). Ergibt aber der Erklärungstatbestand nur die Absicht des Interzedenten, mitzuhaften für die fremde Verbindlichkeit, diese zu zahlen, zu begleichen oder dgl., so liegt ein eigenes unmittelbares Leistungsversprechen vor, und weder das Gesetz (288) noch die Verkehrssitte und der Verkehrsgebrauch (289—292) ergänzen den Tatbestand zu dem der Bürgschaft. So scheidet beide schon der Cod. Max. Bavar. von 1756 und das österr. BGB. (284 ff., 295—300). Daraus folgt: Im Zweifel, d. h. wenn die Parteiabrede über die Verpflichtung für die bereits bestehende fremde Schuld nicht den angegebenen Tatbestand der Bürgschaft erfüllt, gilt das Vorliegen einer einfachen Mehrheit von Schuldnern, liegt Schuldbeitritt, nicht Bürgschaft vor. **b) RG.** SeuffA. **63** 389 (s. o. § 414 Ziff. 3a α) wiederholt die **RG. 64** 318 (JDR. **6** § 414 Ziff. 4b α) hervorgehobenen Unterscheidungsmerkmale der Bürgschaft von der kumulativen Schuldübernahme; ebenso JW. **08** 31 u. R. **08** II Ziff. 2320. **c) RG.** JW. **08** 137, SächsRpflA. **08** 140 (s. o. § 414 Ziff. 3a β). Für die Annahme einer Bürgschaft ist nicht ausschlaggebend, daß der sich Verpflichtende die Zahlungspflicht unter der Bedingung übernimmt, daß der ursprüngliche Schuldner nicht zahle. Auch hier kann kumulative Schuldübernahme vorliegen, die durch die Nichtzahlung des ursprünglichen Schuldners bedingt ist. Der begriffliche Unterschied zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme wird durch eine solche Bedingung nicht beseitigt. d) Einzelfälle. α. PosMSchr. **08** 73 (Marienwerder). Wäre als Mittel zu der bezweckten Sicherung die gewöhnliche Bürgschaft beabsichtigt worden, so würden die Vertragsteile in der Schuldurkunde die jedem Laien verständliche Form, in der solche Bürgschaften tatsächlich erklärt zu werden pflegen, und nicht die ganz seitab liegende Erklärung gewählt haben, daß dem Schuldner ein Darlehen gegeben sei, das tatsächlich nicht er, sondern ein Dritter erhalten hat. Gerade daraus, daß der „Bürge" zur besseren Sicherung des Darlehnsgebers sich zum Empfang eines nicht an ihn,

sondern an einen Dritten gezahlten Darlehens bekannte, ist zu schließen, daß er neben dem eigentlichen Darlehnsnehmer persönlich als Darlehnsschuldner hat gelten und nicht nur für eine fremde Schuld hat bürgen wollen. β. **RG.** JW. **08** 676, R. **08** II Ziff. 3768 (s. o. § 414 Ziff. 3 a γ). Der Hypothekengläubiger eines Baugrundstücks, der beim Stocken der Bauarbeiten wegen Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn dem Unternehmer erklärt: er könne ruhig fortarbeiten, wenn er Geld gebrauche, solle er zu ihm, dem Hypothekengläubiger, kommen, er werde ihn bezahlen, will sich wegen des eigenen wirtschaftlichen Interesses, das er am Fortgange der Arbeiten hat, in der Regel nicht als Bürge, sondern kumulativ verpflichten.

5. Bürgschaft für eine Alternativverbindlichkeit s. § 767 Ziff. 2.

6. Leistungsort (s. JDR. **6** Ziff. 7 und Verweisungen). a) *Westerkamp aaO. Der Leistungsort des Hauptschuldverhältnisses ist für den Bürgen maßgeblich. Am Leistungsorte des Hauptschuldverhältnisses ist ein Gerichtsstand gegen den Bürgen aus § 29 ZPO. begründet (394—402). b) PosMSchr. **08** 96 (Königsberg). Die Natur der Bürgschaft bringt es nicht mit sich, daß von dem Bürgen da zu erfüllen ist, wo der Hauptschuldner zu erfüllen hat.

7. Zuständigkeit der Sondergerichte für Klagen gegen den Bürgen. Reichel, SächsRpflA. **08** 73 f. Wer als Bürge für eine Schuld einsteht, deren Ausklagung vor ein Gewerbe- oder Kaufmannsgericht gehören würde, kann nicht schon um deswillen vor dem Sondergerichte belangt werden; dies selbst dann nicht, wenn er selbst dem Kreise der dem Spezialforum möglicherweise unterworfenen Personen angehört. Denn das forum speciale ist nicht allein forum personae, sondern überdies forum causae. Die causa ist aber in Ansehung des Bürgen eine andere als in Ansehung des Hauptschuldners.

8. Rechtskraftwirkung. *Westerkamp aaO. Das Urteil gegen den Bürgen ist materieller Rechtskraft nur insoweit fähig, als es die Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrage festsetzt, soweit es dagegen den Haftungsinhalt auf der Grundlage der Hauptverbindlichkeit bestimmt, ist es nur formeller Rechtskraft fähig und schließt die auf denselben Tatbestand gestützte Bereicherungsklage des Bürgen gegen den Gläubiger nicht aus (461—474).

9. Verjährung (s. JDR. **5** Ziff. 5). *Westerkamp aaO. Der Anspruch aus der Bürgschaft verjährt unabhängig von der für den Hauptanspruch maßgebenden Verjährungsfrist in 30 Jahren. Der häufig aufgestellte Satz: Unterbrechung der Verjährung gegenüber dem Hauptschuldner wirkt nicht gegen den Bürgen und umgekehrt, ist irreführend, weil er den Anschein erweckt, als solle gesagt werden, daß es sich bei Hauptschuldner und Bürgen um einen gleichen Anspruch, um die gleiche Verjährungsfrist und um die gleichen Verjährungsbedingungen handle (485—488).

10. Einzelne Fälle. a) Bürgschaft für zwei Gesamtschuldner. Die Entsch. des OLG. Stuttgart, JDR. **6** Ziff. 8 a, jetzt auch WürttZ. **20** 13 (s. a. o. § 414 Ziff. 3 c). b) Bürgschaft für eine „bestehende" Schuld. **RG. 68** 302, JW. **08** 403. Die Wirksamkeit einer Bürgschaft, die für eine als schon bestehend vorausgesetzte Schuld übernommen ist, wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß dem Hauptschuldner zur Zeit der Übernahme einstweilen noch eine dilatorische — später weggefallene — Einrede zur Seite stand. c) Keine Auskunftspflicht des Gläubigers. R. **09** II Ziff. 257 (Cassel). Der Gläubiger ist gegenüber dem Bürgen, der sich für künftig entstehende Forderungen bis zu einem gewissen Betrage verbürgt hat, vertragsmäßig nicht verpflichtet, auf Anfrage des Bürgen über die jeweilige Höhe seiner Forderungen Auskunft zu erteilen. Tut er es, so handelt es sich, da durch den Bürgschaftsvertrag für den Gläubiger nur Rechte, keine Verpflichtungen begründet werden, nicht um eine „Leistung", die nach Treu und Glauben gemäß § 242 zu erfüllen wäre, sondern nur

um einen Gefälligkeitsakt. d) Diligenzpflicht bei Ausfallbürgschaft. RG. R. 08 II Ziff. 3782. Hat bei einer Ausfallbürgschaft der Bürge sich lediglich verpflichtet, den Betrag zu zahlen, der nach Abzug einer etwaigen Konkursdividende von der Bürgschaftssumme übrig bleiben werde, so ist unabhängig von den im Konkursverfahren erfolgten Feststellungen zu prüfen, welche Konkursdividende bei einem sachgemäßen Vorgehen des Gläubigers sich ergeben haben würde. Die Diligenzpflicht ergibt sich hier aus der getroffenen Abrede. e) Haftung des Vermögensübernehmers aus einer Ausfallbürgschaft des Veräußerers. RG. 69 416. Aus einer Ausfallbürgschaft des Veräußerers haftet der Vermögensübernehmer (§ 419) auch dann, wenn zur Zeit der Übertragung noch ungewiß war, ob der Gläubiger an seiner Forderung bei dem Hauptschuldner einen Ausfall erleide. f) Bürgschaft durch Wechselschrift. SeuffBl. 08 714 (München). Gemeinschaftliche Unterschrift eines Wechsels zum Zwecke der Beschaffung eines Darlehens für einen Dritten begründet noch kein Bürgschaftsverhältnis (vgl. RG. 40 57, 48 152). g) Zu Abs. 2. Über den Begriff künftiger und bedingter Forderungen RG. 69 421. h) Über weitere Einzelfragen vgl. die Selbstberichte von Westerkamp.

§ 766. 1. Erfordernisse (s. JDR. 6 Ziff. 1, 5 Ziff. 1 und Verweisungen). a) Bezeichnung des Gläubigers und der Schuld (s. insbes. JDR. 6 Ziff. 1 a). Hallbauer, BankA. 7 309. In der Bürgschaftsurkunde muß die Forderung, auf die sich die Bürgschaft beziehen soll, tunlichst genau und klar bezeichnet werden. Soll die Bürgschaft nur unter bestimmten Bedingungen, soll sie zeitlich oder sachlich begrenzt, soll sie gegen eine Gegenleistung erklärt werden, so muß dies in der Urkunde zum Ausdrucke kommen. Die Urkunde muß alle wesentlichen Bestandteile der Bürgschaftserklärung in sich schließen, und die Bürgschaft ist ungültig, wenn dies nicht der Fall ist. b) Bezeichnung des Einstehenwollens für fremde Schuld. α. *Westerkamp aaO. Eine schriftliche Haftungserklärung entspricht nur dann den Anforderungen des § 766, wenn sie aus sich heraus den Willen, nach Bürgschaftsrecht zu haften, zum Ausdrucke bringt (300—311). β. RG. DJZ. 08 873, R. 08 II Ziff. 2321. Die Form des § 766 ist nicht gewahrt, wenn in der Urkunde lediglich der Empfang eines Darlehens vom Bürgen bekannt wird. Für die Bürgschaft ist wesentlich das Einstehen für eine fremde Schuld; dies muß in der Urkunde seinen Ausdruck finden. Wenn zunächst eine gültige Bürgschaftsurkunde vorläge, die nachher in eine Darlehnsschuld umgewandelt wäre, so würde die Gültigkeit der letzteren nach § 607 Abs. 2 nicht zu beanstanden sein. Es kann aber nicht die Bürgschaftsübernahme in der Form eines Darlehnsschuldscheins von vornherein erfolgen. c) Nebenabreden (s. JDR. 6 Ziff. 1 d und Verweisungen). α. RG. WarneyersJ. 08 Nr. 149. Das Erfordernis der Schriftform für die Bürgschaft schließt die Geltung einschränkender mündlicher Nebenabreden, auch durch Aufstellung von Bedingungen, nicht aus, sofern nur die Kontrahenten deutlich ihren Willen zu erkennen geben, daß die Nebenabrede auch neben der schriftlichen Verbürgung gelten solle (ebenso RG. JW. 08 304, R. 08 II Ziff. 1786). β. Bendix, SeuffB. 08 449, tritt der Entsch. RG. 65 46 (JDR. 6 § 766 Ziff. 1 d α) bei. γ. R. 08 II Ziff. 3596 (Frankfurt). Der Einwand einer zeitlichen Beschränkung der Bürgschaftsübernahme ist gegenüber einer schriftlichen Bürgschaftserklärung nur zulässig, wenn zugleich geltend gemacht wird, nach der Willensmeinung der Vertragsparteien habe die zeitliche Beschränkung durch eine in der Urkunde enthaltene Erklärung zum Ausdrucke gebracht werden sollen und sei aus dieser durch Auslegung zu ermitteln.

2. Geltungsgebiet. Anwendungsfälle. a) Titze, JLBl. 08 212 (bei Besprechung der Arbeit von Westerkamp). Aus der Begriffsverschiedenheit von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme lassen sich Folge-

rungen für die Form der letzteren nicht ziehen. Die Formfrage ist reine Zweckmäßigkeitsfrage, deren Beantwortung sich nicht nach begrifflichen Merkmalen, sondern danach richtet, ob die Gefahren, gegen die der Bürge durch die Formvorschrift geschützt wird, auch beim Schuldbeitritt zutreffen. Das ist der Fall, wenn der Schuldbeitritt reinen Sicherungszwecken dient. **b)** R. **08** II Ziff. 2812 (Frankfurt). Wenn eine Ehefrau einen anderen zur Übernahme einer Bürgschaft für ihren Ehemann durch das Versprechen veranlaßt, bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaft das Geld zu erstatten, so bedarf das Versprechen der Schriftform. **c)** Hallbauer, BankA. **7** 338. Der Garantievertrag bedarf keiner Schriftform. — Ebenso **RG.** SeuffBl. **08** 408 bezüglich des Garantievertrags des § 438. **d)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1960. Die Bürgschaft, die jemand im Zwangsversteigerungsverfahren für einen Bietenden übernimmt, bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der schriftlichen Ausstellung. **e)** Hallbauer, BankA. **7** 338. Der Vertrag, durch den jemand zugunsten eines Dritten einen Wechsel als Aussteller, Girant, Akzeptant oder Wechselbürge zu zeichnen verspricht, bedarf nicht der Schriftform (vgl. JDR. **6** § 766 Ziff. 4). **f)** BadRpr. **08** 90 (Karlsruhe). Keine Bürgschaftsübernahme liegt in der bloßen Mitteilung einer Bank: „Wir bestätigen, daß X. bei uns ein offenes Konto hat und wir binnen einem Monate nach Eingang der Nota dessen entstehendes Konto begleichen werden" **g)** Kautionsbestellung. **RG.** R. **09** II Ziff. 258. Das Versprechen, dem Gläubiger zur Sicherung künftiger Ansprüche gegen den Schuldner eine Barkaution von bestimmter Höhe zu stellen, bedarf nicht der Schriftform. **h)** HessRspr. **9** 51 (Darmstadt). Die Genehmigung einer durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht schriftlich mit dem Namen des Vertretenen erfolgten Bürgschaftserklärung bedarf nicht der Schriftform.

§ 767. 1. Allgemeines. **a)** *Westerkamp aaO. **α.** Die §§ 765 Abs. 1, 768 Satz 1 sind schlechthin, § 767 ist insoweit zwingenden Rechtes, als er die oberste Grenze der Haftung des Bürgen bestimmt; Verbürgung auf ein Plus gegenüber der Haftung des Hauptschuldners, Verbürgung unter härteren Bedingungen, Verzicht auf die Befugnis, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen, ist, soweit es sich um die Haftung aus dem Bürgschaftsvertrage handelt, unverbindlich (125—131, 139, 434). **β.** Die Streitfrage, ob der Bürge bei durch ihn verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit aus der Bürgschaft verhaftet bleibt, ist entgegen der herrschenden Meinung zu verneinen (94—112). **γ.** Beim Zusammentreffen der Verbindlichkeit des Hauptschuldners und der des Bürgen in einer Person tritt kein Erlöschen der Bürgschaftsverbindlichkeit ein mit Ausnahme des Falles rechtsgeschäftlicher Übernahme der Bürgschaftsverbindlichkeit durch den Hauptschuldner oder der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen (112—116). **b)** Hallbauer, BankA. **7** 310. Soll der Bürge auch für eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Verpflichtung des Hauptschuldners haften, so bedarf es dazu seiner schriftlichen Zustimmungserklärung gegenüber dem Gläubiger. Was von der Bürgschaftsübernahme gilt, hat auch von einer Verstärkung oder Erweiterung der Haftung des Bürgen zu gelten.

2. Wahlschuld. Hat der Bürge das Wahlrecht des Schuldners? Pringsheim, GruchotsBeitr. **53** 13 (20 ff.). Hat sich der Bürge für die Verbindlichkeit aus einer Alternativobligation verbürgt, d. h. sich verpflichtet, dafür einzustehen, daß der Hauptschuldner mit der einen oder der anderen Leistung erfülle, so steht dem Bürgen das Recht aus § 263, durch Erklärung gegenüber dem Gläubiger zu wählen und damit die Konzentration des Schuldverhältnisses herbeizuführen, nicht zu. Denn dieses eigentliche Wahlrecht ist ein besonderes Recht des Schuldners, entspringt nicht dem Schuldverhältnis aus inneren Gründen; seine Ausübung enthält eine Verfügung über das Schuldverhältnis, zu der der Bürge so wenig wie zur Aufrechnung, Anfechtung, Wandelung befugt ist. Dagegen steht

die Befugnis, realiter durch die eine oder andere Leistung zu erfüllen (über den Unterschied: Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse 169, JDR. **4** § 262 Ziff. 1), auch dem Bürgen zu. Er hat die Einrede der Vorausklage so lange, als der Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung wegen beider alternativ geschuldeten Leistungen gegen den Hauptschuldner versucht hat; er kann aber, da das Wahlrecht auf den Gläubiger noch nicht übergegangen ist, auch nachher noch durch die eine oder die andere Leistung erfüllen. Aus dem vom Hauptschuldner gemäß § 263 ausgeübten Wahlrechte steht dem Bürgen eine Einrede zu.

3. Berechnung des Ausfalls. WürttJ. **19** 283, R. **08** II Ziff. 59 (Stuttgart). Hat der Gläubiger in der Zwangsversteigerung, die er wegen seiner Forderung in das Grundstück des Schuldners eingeleitet hat, das Grundstück erworben und dann mit Gewinn weiterveräußert, so berechnet sich sein Ausfall, für den der Bürge haftet, nicht nach dem wirklichen Werte des Grundstücks, sondern allein nach dem bei der Zwangsversteigerung erzielten Erlöse.

4. Einzelfälle, insbesondere über Kosten der Rechtsverfolgung. **a)** BadRpr. **08** 91 (Karlsruhe). Der Bürge „für einen Pächter" haftet für den aus der Kündigung des Konkursverwalters (§ 19 KO.) dem Verpächter erwachsenen Schadensersatzanspruch. **b)** HansGZ. Beibl. **08** 279 (LG. Hamburg). Der Bürge haftet nicht für die Kosten eines Interventionsprozesses, den der Gläubiger zur Wiedererlangung eines für seine Forderung mithaftenden Pfandes gegen einen Dritten geführt hat. Der Kostenersatzanspruch läßt sich auch nicht auf Geschäftsführung ohne Auftrag stützen, weil der Bürge, falls der Gläubiger nicht intervenierte, nach § 776 gerade insoweit frei geworden wäre, als er aus den Pfandstücken hätte Ersatz erlangen können. ➠ Letztere Begründung, wie auch die Red. der HansGZ. hervorhebt, ist bedenklich. Unter „Aufgeben" im Sinne des § 776 sind nur positive Handlungen, nicht ein bloß passives Verhalten zu verstehen (vgl. JDR. **6** § 776 Ziff. 3). Red. ⟵ **c)** OLG. **18** 42 (Hamburg). Unter den Kosten der Rechtsverfolgung sind nur die Kosten der Rechtsverfolgung der Hauptschuld und gegen den Hauptschuldner zu verstehen, nicht aber die Kosten aller Klagen, die der Gläubiger aus Veranlassung der Nichterfüllung seiner Rechte aus dem verbürgten Rechtsgeschäft anstellt. **d)** BadRpr. **08** 2 (Karlsruhe). Der Bürge haftet nicht für die Kosten des abgewiesenen Anfechtungsprozesses.

§ 768. 1. Allgemeines. *Westerkamp aaO. a) Es kann keine Einrede für den Hauptschuldner derart persönlich gestaltet werden, daß sie dem Bürgen nicht zukäme (442). b) Der Bürge kann dem Gläubiger die rechtsverfolgenden Einreden aus der Person des Hauptschuldners entgegensetzen. Vorschützen dieser Einreden durch den Bürgen führt aber nicht zur Verurteilung des Bürgen zur Leistung Zug um Zug, sondern zur Abweisung der Klage, und zwar selbst dann, wenn der Hauptschuldner in Annahmeverzug bezüglich der Gegenleistung ist (444—450).

2. Verjährungseinrede. **a)** *Tacken aaO. 6. Der Bürge kann die Einrede, die Hauptschuld sei verjährt, nicht mehr geltend machen, wenn er (der Bürge) darauf verzichtet hat. Ein solcher Verzicht ist — ausnahmsweise (vgl. § 225) — schon vor Verjährung der Hauptschuld zulässig. **b)** Hallbauer, BankA. **7** 338. Dem Bürgen steht die Verjährungseinrede auch für seine Person zu. Der Gläubiger muß die Verjährung auch ihm gegenüber unterbrechen und die Klage, wenn es sich z. B. um die kurze zweijährige Verjährung handelt, auch gegen den Bürgen erheben.

3. Bestimmungsrecht aus § 366 Abs. 1 bei einer Mehrzahl von Verbindlichkeiten. **a)** OLG. **16** 373 (Stuttgart) (s. oben § 366 Ziff. 2). Dem Bürgen, der sich dem Gläubiger für alle Ansprüche gegen den Schuldner verbürgt hat, steht nicht das Recht zu, bei Leistung einer Zahlung gemäß § 366 Abs. 1 zu bestimmen, auf welche Schuld diese erfolge. Denn das erst im Zeitpunkte der Erfüllung

eingreifende Bestimmungsrecht des § 366 Abs. 1 ist keine Einrede, die sich gegen das Zurechtbestehen des Anspruchs richtet. Der analogen Anwendung dieser Vorschrift steht die Gefahr einer Kollision zwischen Bürge und Schuldner sowie das Bedenken entgegen, daß die Bürgschaft ihrem Wesen nach in erster Linie dem Vorteile des Gläubigers dient. Bei einem Widerstreite der Interessen des Bürgen und des Gläubigers muß daher, soweit nicht ein anderweiter Gesetzeswille erkennbar ist, das Gläubigerinteresse den Ausschlag geben. b) Dagegen Pringsheim, GruchotsBeitr. **53** 13. Dem Bürgen steht das Bestimmungsrecht aus § 366 zu. Er selbst ist Schuldner im Sinne dieser Vorschrift. Die Zahlung des Bürgen ist Tilgung seiner Bürgschaftsschuld, die Bestimmung der Schuld, welche getilgt sein soll, Ausübung seines eigenen Rechtes, nicht eines aus der Person des Hauptschuldners abgeleiteten Rechtes. Der Sicherungszweck der Bürgschaft wird dadurch nicht beeinträchtigt. Eine Kollision zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner kann durch abweichende Bestimmungen beider bezüglich derselben Zahlung nicht eintreten, da das Bestimmungsrecht immer nur demjenigen von beiden zusteht, welcher die Zahlung leistet.

4. Erlaß der Hauptschuld. **RG.** JW. **08** 87 (zu Artt. 1287, 1285, 2011, 2026, 2028 C. c.). Erlaß der Hauptschuld seitens des Gläubigers bewirkt Erlöschen der Bürgschaft trotz eines dem Bürgen gegenüber gemachten Vorbehalts. Dieser Grundsatz gilt auch für die Solidarbürgschaft.

5. Novation. Hallbauer, BankA. **7** 338. Der Bürge wird frei, wenn die ursprüngliche Verbindlichkeit durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner durch eine neue ersetzt wird.

6. Wandelungs- und Minderungseinrede. a) **RG. 66** 332, JDR. **6** § 768 Ziff. a, jetzt auch SeuffA. **63** 317. b) Gegen diese Entscheidung Friedenthal, JW. **08** 132 (s. a. oben zu § 478 Ziff 1). Der Bürge kann weder wandeln noch mindern. Denn Wandelung und Minderung sind nach der ihnen im BGB. gegebenen Gestalt überhaupt keine Gegenrechte, weder Einreden noch Anspruchsvernichtungsrechte, sondern selbst Ansprüche (vgl. des Verf. „Einwendung und Einrede" 62). Dagegen kann der Bürge die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als der Hauptschuldner auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu berechtigt sein würde. Ein solches eigentliches Leistungsverweigerungsrecht wird dem Käufer durch § 478 gegeben, auch schon vor der Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs und dann natürlich unabhängig von den besonderen Voraussetzungen dieser Bestimmung (Anzeige des Mangels oder Absendung der Anzeige vor der Verjährung). Diese Einrede steht auch dem Bürgen zu. c) *Westerkamp aaO. Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Wahlrecht zwischen dem Wandelungs- und Minderungsanspruch oder das Wahlrecht zwischen den nach § 478 gegebenen Einreden zusteht (450—452).

7. Einrede des Notbedarfes. a) Radicke, ABürgR. **32** 398 (s. a. oben zu § 519). Wer sich für die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verbürgt hat, kann die Einrede aus § 519, daß er zur Erfüllung ohne Gefährdung seines Unterhalts außerstande sei, nicht erheben, weil die Einrede nur ganz bestimmten Personen, hauptsächlich dem Schenker gegeben ist und der Bürge dadurch, daß er sich für die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verbürgt, nicht zum Schenker wird. Ebensowenig kann er mit der ihm nach dem Gesetzeswortlaute zwar zustehenden Einrede aus der Person des Hauptschuldners durchdringen, daß dieser zur Erfüllung des Schenkungsversprechens außerstande sei; denn anderenfalls würde der Zweck des Bürgschaftsvertrags, dem Gläubiger bei Unfähigkeit des Hauptschuldners zur Leistung Sicherheit zu gewähren, vereitelt und gegen die Norm des § 242 verstoßen werden. b) *Westerkamp aaO. Die Einrede aus § 519 steht auch dem Bürgen aus der Person des Schenkers zu (86, 435 f.).

8. Beschränkte Haftung des Erben. *Westerkamp aaO. § 768 Satz 2 ist nur scheinbar eine Ausnahme von dem Prinzipe der Akzessorietät der Bürgenhaftung; denn es handelt sich in ihm nicht um eine Einrede des Hauptschuldners, um eine Einrede, die der Erbe als Inhaber der Vermögens des Hauptschuldners, als dessen Repräsentant hat, sondern um eine Einrede, die der Erbe als gleichzeitiger Inhaber einer zweiten Vermögensmasse (seines eigenen, vom Nachlasse getrennten Vermögens) hat (87—90).

9. Wirkung des gegen den Hauptschuldner ergehenden Urteils (s. IDR. 5 Ziff. 1). *Westerkamp aaO. Dem sich nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils gegen den Hauptschuldner Verbürgenden sind alle Einwendungen abgeschnitten, die infolge der Rechtskraft des Urteils dem Hauptschuldner zu versagen sind (anders bei Verbürgung vor oder während der Rechtshängigkeit) (456 f.). Das den Hauptschuldner verurteilende Erkenntnis übt keine Einwirkung auf die Verpflichtung des Bürgen (458—461).

§ 769. 1. *Tacken aaO. 12. Von der Mitbürgschaft verschieden ist die Teilbürgschaft. Bei dieser verbürgen sich mehrere für dieselbe Forderung, aber nur zu Teilbeträgen und zwar ein jeder für einen anderen Teilbetrag. Dies ist Alleinbürgschaft, was Schneider (IDR. 5 zu § 774 Ziff. 6 a) verkennt, warum denn auch sein Ergebnis für seinen Fall III abwegig ist. Wann Teilbürgschaft vorliegt, ist Tatfrage. Sie wird im Zweifel stets anzunehmen sein, wenn die Summe der Bürgschaftsbeträge gerade die Höhe der Hauptschuld ausmacht.

2. Hallbauer, BankA. 7 323. Die Vereinbarung, daß jeder von mehreren Bürgen nur für einen bestimmten Teilbetrag hafte, muß ausdrücklich erfolgen und in der Bürgschaftsurkunde klar ausgesprochen werden. Das gleiche gilt für den Fall der Nachbürgschaft.

§ 770. 1. *Westerkamp aaO. Der Bürge kann mit einer ihm zustehenden Gegenforderung nicht schon sofort mit Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit aufrechnen (so **RG. 53** 403), sondern erst dann, wenn der Gläubiger ihn in Anspruch genommen hat. Vor diesem Zeitpunkt ist die Bürgschaftsschuld einer Geldforderung des Bürgen an den Gläubiger der Bürgschaftsverbindlichkeit nicht für gleichwertig zu erachten. Die §§ 268, 1142, 1224, 1249 sind eher als arg. e contrario, als zur Ausdehnung des ihnen zugrunde liegenden Gedankens auf das Bürgschaftsrecht zu verwerten (402—416, 419).

2. Hallbauer, BankA. 7 321. Hat der Hauptschuldner mit seiner Gegenforderung schon aufgerechnet, so kann der Bürge den gewöhnlichen Tilgungseinwand wie jeden anderen geltend machen.

§ 771. 1. Benachrichtigungspflicht. *Klein, ÖstZBl. **08** 119, 120. Der Bürge ist verpflichtet, vor Befriedigung des Gläubigers den Hauptschuldner zu benachrichtigen, wenn aber gegen den Bürgen die Klage angestrengt ist, den Hauptschuldner zur Teilnahme an dem Rechtsstreite zu veranlassen. Anderenfalls kann der Hauptschuldner dem Bürgen gegenüber alle Einreden gegen den Gläubiger geltend machen.

2. Hallbauer, BankA. 7 322. Die Einrede der Vorausklage erfordert nicht, daß die Zwangsvollstreckung gerade nach förmlicher Klagerhebung vorgenommen ist; sie kann auch durch Zahlungsbefehl oder vollstreckbare Urkunde ermöglicht sein.

§ 773. 1. Ziff. 1. *Westerkamp aaO. Es besteht ein Unterschied zwischen dem „sich als Selbstschuldner verpflichten" und dem „sich als Selbstschuldner verbürgen" (305 f., 482—484). Über die Unterschiede in den Wirkungen beider Verpflichtungsarten vgl. 360—536.

2. Ziff. 4. OLG. **18** 41 (KG.). Zwangsvollstreckung im Sinne der Ziff. 4 des § 773 ist diejenige Vollstreckung, welche die Voraussetzung für die Inanspruch-

nahme des Bürgen bildet, d. h. die Mobiliarvollstreckung; auf Gehaltspfändungen braucht sich der Gläubiger nicht einzulassen.

§ 774. 1. Allgemeines. *Tacken aaO. 8 ff. bespricht die bisherigen Versuche, den Widerspruch, der im § 774 Abs. 1 Satz 1 liegt, zu beseitigen, bekämpft insbes. Kremer (vgl. JDR. **1** § 774) und Strohal (vgl. JDR. **2** § 774), welche die Zahlung des Bürgen als eine solche von nur „relativer“, teilweiser Tilgungswirkung ansehen, und führt aus: Die Obligation des Bürgen ist verschieden von der des Hauptschuldners. Zahlt ersterer, so tilgt er an sich nur seine eigene Obligation, diese aber ganz. Seine Zahlung greift aber — über das Normale hinausgehend — auch in die Obligation des Hauptschuldners ein, indem sie die subjektive Seite dieser Obligation mitzerstört, so daß der Gläubiger zwar „befriedigt“, die Obligation aber trotzdem in ihrem Objektivbestand unberührt geblieben ist, so daß sie auf den Bürgen übergehen kann.

2. Wirkungen des Forderungsüberganges, insbes. Übergang anderweiter Sicherungen (s. auch oben zu § 401). **a)** HansGZ. Beibl. **08** 136 (Hamburg). Durch den Übergang der Forderung wird am Erfüllungsorte des Hauptschuldners nichts geändert. **b)** Hallbauer, BankA. **7** 324. Kraft der gesetzlichen Zession gehen auf den zahlenden Bürgen mit dem Hauptanspruch auch dessen Nebenrechte (Pfand, Hypothek, Mitbürgschaft) in dem gesetzlich geregelten Umfang über. **c)** BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). Der Übergang der für die Forderung des Gläubigers haftenden Sicherungshypothek auf den zahlenden Bürgen wird dadurch nicht gehindert, daß der Gläubiger sich dem Hauptschuldner verpflichtet hat, nach Zahlung der Schuld die Hypothek löschen zu lassen. **d)** WürttJ. **20** 14 (Stuttgart). Der Bürge, der den Hypothekengläubiger befriedigt, hat Anspruch auf entsprechende Berichtigung des Grundbuchs.

3. Einlösung durch Wechselbürgen. **a)** Die Entsch. des **RG.** in JDR. **6** § 398 Ziff. 10 a jetzt auch BankA. **7** 105. **b)** ThürBl. **54** 168 (Jena). Die Wirkungen der Einlösung eines eigenen Wechsels durch den Avalisten bestimmen sich lediglich nach Wechselrecht.

4. Einwendungen des Hauptschuldners. **a)** *Klein, ÖstZBl. **08** 119. Der Bürge verliert seinen Rückgriff, wenn infolge der von ihm unterlassenen Anzeige der Zahlung der Hauptschuldner die Schuld gleichfalls bezahlt. **b)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 527—532, über die Frage, wann die Kosten der Rechtsverfolgung gegen den Bürgen im Verhältnisse des Bürgen zum Hauptschuldner dem einen oder anderen zur Last fallen, sowie über die Verpflichtung des Bürgen zur Geltendmachung der dem Hauptschuldner zustehenden Einwendungen.

5. Übergangsbestimmung. WürttJ. **20** 14 (Stuttgart). § 774 Abs. 1 findet, weil eine Wirkung der Erfüllung betreffend, auf Bürgschaften alten Rechtes Anwendung.

6. Nebenforderungen. *Wurzer, Zum Begriff der Nebenforderung, GruchotsBeitr. **53** 48. Greift der Bürge, der auf Grund eines Auftrags die Bürgschaft übernommen und den Gläubiger befriedigt hat, auf den Auftrag zurück, so sind die sämtlichen Aufwendungen an Hauptgeld, Zinsen und Kosten Hauptforderung. Beruft sich aber der Bürge lediglich auf § 774, so sind die gezahlten Zinsen und Kosten neben dem Hauptgeld nur Nebenforderungen.

7. Ausgleichung zwischen Mitbürgen. **a)** *Tacken aaO. **α.** Die Forderung des Gläubigers geht in dem „Zustand“ auf den Bürgen über, in welchem sie sich zur Zeit der Zahlung befindet, und zwar mit allen etwa vorhandenen Akzessorien. Diese gehen jedoch nicht immer und nicht notwendig mit über. Der Übergang vollzieht sich vielmehr — weil § 401 ius dispositivum ist — nur im Zweifel, also dann nicht, wenn das Gesetz oder der Parteiwille ein anderes bestimmen. Dies ist der Grund, warum die von Breit (JDR. **3** § 774

Ziff. 3 b) getroffenen Entscheidungen richtig sind, während seine Begründung und Schlußfolgerungen fehlgehen. Ein Fall, wo das Gesetz die Anwendung des § 401 ausgeschlossen hat, ist § 774 Abs. 2, wonach Mitbürgen einander nur nach § 426 haften sollen. Das ist nicht bloß eine Modifikation, sondern ein Ausschluß der §§ 774 Abs. 1, 401, 412. Es besteht daher kein Widerspruch zwischen § 774 Abs. 1 und § 426 Abs. 2 (37), wie ihn Kremer annimmt, weil er § 401 als ius cogens anwendet (38). β. Die oben (§ 426) für die Gesamtschuld gefundenen Ergebnisse sind schlechthin auf die Mitbürgschaft zu übertragen. Konsequenzen (36). γ. Der Ausgleichungsanspruch des zahlenden Bürgen ist akzessorisch seinem Regreßrechte gegen den Hauptschuldner. Begründung (40). Konsequenzen (41). Insbes. können Ausgleichungsansprüche nicht ohne die entsprechenden Regreßansprüche übertragen werden. Daher sind erstere auch nicht selbständig pfändbar (50). Die Pfändung geschieht vielmehr in der Weise und eo ipso dadurch, daß der Regreßanspruch gepfändet wird (51). Die für die Bürgschaft gegebenen Normen gelten analog für den Ausgleichungsanspruch. Die Ausgleichungspflichtigen sind eine Art Bürgen für den Regreßanspruch ihres zahlenden Genossen, jedoch mit einer Art beneficium divisionis (41). δ. Die Berechnung des Kopfteils der Ausgleichungspflichtigen geschieht, wenn die Bürgschaftssumme für die Mitbürgen verschieden hoch ist, in der Weise, daß zuerst der Kopfteil des mit der geringsten Summe beteiligten Bürgen bestimmt und der Kopfteil der übrigen jeweils von der Summe berechnet wird, welche nach Abzug der bereits festgestellten Kopfteile verbleibt. Beispiele (44/45). b) *Sternberg, GruchotsBeitr. **52** 545 ff. Die Bedeutung der im § 774 Abs. 2 enthaltenen Verweisung auf § 426 besteht darin, daß angeordnet wird: der zahlende Mitbürge erwirbt die Rechte des Gläubigers gegen die Mitbürgen nicht schlechthin und in vollem Umfange, wie nach § 774 Abs. 1 angenommen werden müßte, sondern nur insoweit, als er (aus § 426 Abs. 1 oder einem anderen Grunde) einen Ausgleichungsanspruch gegen sie hat.

§ 775. 1. *Westerkamp aaO. a) Durch § 775 ist das Recht des Bürgen gegen seinen Auftraggeber auf Vorschußleistung nicht ausgeschlossen, steht ihm vielmehr wahlweise mit dem Rechte auf Befreiung von der Bürgschaft zu (494—527). b) Darüber, inwieweit § 775 die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Auftragsrechts, insbes. der §§ 669, 670 modifiziert, vgl. aaO. 498—527.

2. Hallbauer, BankA. **7** 324. Der Bürge kann den Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft, der sich in der Regel durch Tilgung der Hauptschuld vollziehen wird, durch Arrestbefehl sicherstellen.

§ 776. 1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers (s. a. oben § 765 Ziff. 10c—e). a) **RG.** JDR. **6** § 776 Ziff. 1 a jetzt auch SeuffA. **63** 189, ZAktGes. **16** 21. b) Hallbauer, BankA. **7** 324. Eine besondere Diligenzpflicht, rechtzeitig gegen den Hauptschuldner vorzugehen, liegt dem Gläubiger in der Regel nicht ob. c) HansGZ. Beibl. **08** 94 (Hamburg). Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Bürgen von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren zu benachrichtigen. In dem Ausfalle der Hypothek bei der Zwangsversteigerung liegt keine Aufgabe derselben. Der Bürge kann auch nicht einwenden, daß der Gläubiger durch den Ankauf des Grundstücks den Gegenwert der Forderung erhalten habe. Der Annahme, daß der Gläubiger durch Hineinbieten in seinen Posten befriedigt ist, steht der Ausfall der Hypothek, der Annahme, daß er durch billigen Erwerb eines die Hypothek deckenden Grundstückswerts bereichert ist, der Umstand entgegen, daß mangels einer Verpflichtung des Gläubigers, das Grundstück in seinem Posten anzukaufen, der Ankauf selbst außer allem Zusammenhange mit dem Bürgschaftsvertrage steht und den Bürgen nichts angeht, so daß keine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegt (vgl. auch JDR. **6** § 776 Ziff. 1)

d) BadRpr. **08** 91, R. **08** II Ziff. 1787 (Karlsruhe). Eine Verpflichtung des Gläubigers, beim Vorgehen gegen den Hauptschuldner auf die Interessen des Bürgen Rücksicht zu nehmen, besteht grundsätzlich nicht. **e)** **RG.** R. **08** II Ziff. 1788. Von § 776 und arglistigem Verhalten des Bürgen abgesehen, hat das BGB. eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht anerkannt. **f)** Diligenzpflicht beim Garantievertrage, s. § 765 Ziff. 3.

2. Folgen des Aufgebens. BadRpr. **08** 242 (LG. Mosbach). § 776 gibt dem Bürgen nicht einen besonderen Schadensersatzanspruch gegen den Gläubiger, dessen Entstehung und Höhe davon abhinge, wieweit der Bürge bei dem Rückgriffe gegen den Schuldner oder der Gläubiger bei der Vollstreckung in Ermangelung des aufgegebenen Vorzugsrechts oder Pfandrechts keine Befriedigung erhält, sondern er enthält die Vorschrift, daß der Bürge insoweit, als er aus dem aufgegebenen Rechte hätte Ersatz erlangen können, vermöge der Rechtsaufgebung ipso iure frei wird.

3. Verhältnis zu Art. 2037 C. c. (s. JDR. **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **6** Ziff. 4). **RG.** ElsLothJZ. **08** 98. Der Art. 2037 C. c. ist nicht auf den Fall anwendbar, daß der Gläubiger es nur unterläßt, gegen den Hauptschuldner vorzugehen. In solchem Falle bieten vielmehr die Artt. 2032 und 2039 C. c. dem Bürgen hinreichenden Schutz.

4. Über die Bedeutung des § 776 für die Verteilung der Haftungslast zwischen Bürgen und Drittverpfänder vgl. Sternberg, GruchotsBeitr. **52** 545 ff.

§ 777. 1. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 62. Der Gläubiger kann die Anzeige an den Zeitbürgen: „daß er ihn in Anspruch nehme", nicht einseitig zurücknehmen.

2. **RG. 68** 141, JW. **08** 328. § 777 findet keine unmittelbare Anwendung auf zeitlich begrenzte Verpfändungen eines Dritten. Es läßt sich aber unter Umständen aus ihm die Erwägung herleiten, daß bei zeitlich beschränkten Sicherungen des Gläubigers (z. B. auch eines Drittverpfänders) nicht zu strenge Anforderungen an die zur Aufrechterhaltung der Sicherung erforderliche Tätigkeit des Gläubigers gestellt werden dürfen.

§ 778. 1. Begriffliches. **a)** HansGZ. Beibl. **08** 27 (Hamburg). Das Wesentliche des Kreditauftrags ist, daß der Beauftragende in diesem Vertrage sein Interesse daran, daß der Auftrag ausgeführt werde, kundgibt; ein Kreditauftrag liegt nicht vor, wenn jemand den anderen, der in die Lage kommt, Kredit zu geben, nur beruhigt und überredet, weiterzuliefern. **b)** OLG. **17** 144 (Naumburg). Der Kreditauftrag ist vor der Kreditgewährung ein bloßer Auftrag, der der Formvorschrift des § 766 nicht unterliegt und für den die Vorschriften über die Erteilung und Annahme von rechtsgeschäftlichen Aufträgen maßgebend sind; der ausgeführte Kreditauftrag verwandelt sich aber in eine Bürgschaft, bei der der Beauftragte in die Stellung des Gläubigers, der Kreditnehmer in die des Hauptschuldners, der Auftraggeber in die des Bürgen tritt. **c)** BadRpr. **08** 304 (Karlsruhe) nimmt Kreditauftrag bei folgendem Sachverhalt an: Der Kläger, der seit Jahren Strohlieferant der Firma X. war, lieferte ihr auf Bestellung des Beklagten zwei Wagen Stroh, nachdem der Beklagte sich für einen Kredit der Firma X. bei einem Bankier verbürgt hatte. Der Beklagte erklärte dann dem Kläger: ich kann nicht immer in K. sein, liefern Sie eben der Firma X. nach Bedarf zu Tagespreisen.

2. Benachrichtigungspflicht. *Klein, ÖstZBl. **08** 119. Beim Kreditbriefe hat der Adressat, wenn kein Maximum angegeben ist, bei ungewöhnlichen, den Verhältnissen der beteiligten Personen offenbar nicht entsprechenden Anforderungen des Empfängers den Auftraggeber zu benachrichtigen und so lange, bis dessen Weisung eingegangen ist, die Zahlung zu verweigern.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

Literatur: Rietsch, Zur Lehre vom Vergleich, ÖstNotZ. **08** 307. — Traumann, Rücktritt vom Vergleiche, R. **09** 42.

§ 779. 1. Dogmatisches und Kritisches (s. JDR. **5** Ziff. 1 und Verweisungen). Rietsch, ÖstNotZ. **08** 307, bespricht unter Hervorhebung der Leitsätze seines JDR. 4 § 779 Ziff. 1 wiedergegebenen Werkes die Stellungnahme der Kritik hierzu (vgl. auch JDR. **5** Ziff. 1).

2. Begriffliches (s. JDR. **6** Ziff. 1, 5 Ziff. 2). a) Vergleich oder Schenkung? α. BadRpr. **08** 153, R. **08** II Ziff. 2663 (Karlsruhe). Der Begriff des Vergleichs wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß derjenige, der darin eine Zahlung verspricht, seine Zahlungspflicht bestreitet und die Gewährung ausdrücklich als einen Akt der Liberalität bezeichnet. Es genügt vielmehr ein tatsächliches Nachgeben. Zwar kann ein Vergleich auch dahin abgeschlossen werden, daß das Leistungsversprechen des einen Teiles als materielles Schenkungsversprechen gelten soll. Dazu ist aber erforderlich, daß beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. β. BadRpr. **08** 165 (Karlsruhe). Fehlt dem Versprechen, eine Geldsumme zu zahlen, jedes Entgelt auf der anderen Seite, so liegt nicht Vergleich, sondern Schenkung vor. b) Nachgeben. α. **RG.** R. **08** II Ziff. 1961. Der Begriff des „Nachgebens" ist nicht im juristisch-technischen Sinne, sondern im weitesten Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs zu verstehen. Ein Nachgeben auf seiten eines rechtskräftig verurteilten Schuldners ist anzunehmen, wenn er, obwohl durch Pfändungen von ihm nichts zu erreichen ist, sich verpflichtet, die zur Zahlung eines Teiles der Schuld erforderlichen Mittel zu bestimmten Terminen zu beschaffen und an den Gläubiger abzuführen. β. BadRpr. **08** 165 (Karlsruhe). Kein gegenseitiges Nachgeben liegt vor, wenn der streitige Anspruch von dem Berechtigten voll aufrechterhalten und vom Schuldner voll anerkannt wird.

3. Irrtum im Voraussetzungstatbestande. SeuffA. **63** 14 (Königsberg). Ein Vergleich, durch den eine Vergütung für ein nach Meinung beider Teile vorhandenes, nur dem Umfange nach streitiges Übermaß an Flächeninhalt eines verkauften Grundstücks festgesetzt wird, ist unwirksam, wenn ein Übermaß in Wirklichkeit überhaupt nicht vorhanden war.

4. Wirkungen. a) Eines Erbvergleichs auf die Berechnung der Erbschaftssteuer. **RG. 69** 321. Die Bestimmungen eines ernstgemeinten Vergleichs, den die Erbbeteiligten zur Beendigung eines Streites über die Rechtswirksamkeit einer letztwilligen Verfügung und die Teilung des Nachlasses untereinander geschlossen haben, sind auch für die Berechnung der Erbschaftssteuer maßgebend. b) Auf die örtliche Zuständigkeit. SeuffA. **63** 206 (Dresden). Die örtliche Zuständigkeit aus einem Vertrage wird durch Abschluß eines Vergleichs über den Vertragsgegenstand nicht geändert.

5. Anfechtung. Rücktritt. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 2921. Ein Vergleich kann nicht wegen Irrtums oder Betrugs mit der Begründung angefochten werden, daß der andere Teil wider Erwarten die übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt und schon beim Vergleichsabschlusse die Absicht der Nichterfüllung gehabt habe. b) Traumann, R. **09** 62. Der Vergleich ist ein Vertrag wie jeder andere; die allgemeinen Grundsätze über den gegenseitigen Vertrag, insbes. die §§ 320 ff., finden auf ihn Anwendung. Unter den dort bestimmten Voraussetzungen ist auch ein Rücktritt vom Vergleiche zulässig. Der berechtigte Rücktritt hat, mag man dem Vergleich auch dingliche Wirkung beimessen, jedenfalls die Wirkung, daß der Rücktrittsberechtigte den Gegner zur Herstellung des status quo ante zwingen kann (unter Besprechung einer Entsch. des OLG. Düsseldorf, nach welcher der Verkäufer, der seine eingeklagte Kaufforderung von 2000 M. im Vergleichsweg auf 1000 M. ermäßigt hat, dann aber, als der Käufer auch die Vergleichssumme nicht zahlte, ordnungs-

mäßig zurückgetreten ist, nicht mehr die ursprüngliche Kaufforderung, sondern nur noch die Vergleichssumme fordern kann).

6. Besonderes vom Prozeßvergleiche. a) Keine res judicata. JBl. 08 574 (östOGH.). Der Prozeßvergleich erzeugt nicht die prozessuale Einrede der res judicata, sondern die materiellrechtliche der res transacta (österr. Recht). b) Wirkung für den Zessionar. α. SchlHolstAnz. 08 27 (Kiel). Ein zwischen dem Zedenten und dem Schuldner abgeschlossener Prozeßvergleich ist auch für den Zessionar wirksam, dem die Forderung während der Rechtshängigkeit abgetreten ist. β. SchlHolstAnz. 08 224 (Kiel). Entspricht ein Prozeßvergleich, was nicht notwendig der Fall ist, zugleich den Voraussetzungen des § 779, so ist er für den Zessionar der schon im Rechtsstreite befangenen Forderung auch materiell-rechtlich wirksam. In solchem Falle ist eine Trennung der prozessualen und materiellen Wirksamkeit nicht angängig. c) Urteilstenor nach Vergleich. HansGZ. Beibl. 08 132 (Hamburg). Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines im Laufe des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleichs, so ist das die Wirksamkeit bejahende Urteil dahin zu formulieren, daß „die Parteien sich verglichen haben". d) Widerruf. SächsRpflA. 08 364 (LG. Bautzen). Behält eine Partei sich vor, den Vergleich „durch Einreichung eines Schriftsatzes" binnen einer bestimmten Frist zu widerrufen, so ist der Widerruf wirksam erfolgt, wenn die Partei innerhalb der Frist den den Widerruf enthaltenden Schriftsatz der Gegenpartei zustellt und eine einfache Abschrift bei Gericht einreicht. e) Anfechtung im Prozesse. α. OLG. 17 192 (München). Ein Prozeßvergleich kann wegen Irrtums usw. in der Weise angefochten werden, daß der Prozeß von der anfechtenden Partei durch einfache Ladung zum neuen Termine gemäß § 214 ZPO. wieder aufgenommen wird (ebenso SächsOLG. 29 273 [Dresden], vgl. JDR. 6 § 779 Ziff. 4). β. RheinA. 105 91 (Cöln). Dagegen läßt der Rücktritt nach § 326 BGB. von einem vor dem beauftragten Richter geschlossenen Prozeßvergleiche die erloschene Rechtshängigkeit nicht wieder aufleben.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Die gedankenreiche Arbeit des früh verstorbenen Brütt umfaßt das ganze Gebiet der abstrakten Forderung, von welchem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nur einen Bruchteil bilden. Sie erörtert als Grundlage für die Untersuchung zunächst in einem allgemeinen Teile den Begriff des Rechtsgrundes. Ausgehend von dem Begriffe Zuwendung, unter der jede auf dem Willen des Passivbeteiligten beruhende, zugunsten des Aktivbeteiligten erfolgende Verschiebung der Rechtszuständigkeit verstanden wird, die das Vermögen des letzteren zu Lasten des ersteren vergrößert, kommt dieser Teil im Anschluß an die Arbeit Jungs über die Bereicherungsansprüche und im weiteren Ausbau seiner Lehre zu dem Ergebnisse, daß eine Zuwendung nur dann einen Rechtsgrund hat, wenn die beabsichtigte Einwirkung auf die relativen Beziehungen zum Empfänger geglückt ist, und zu der sowohl für die Verfügungsgeschäfte wie für die abstrakten Forderungen gültigen Definition des „Rechtsgrundes" als der Verwirklichung der beabsichtigten Einwirkung auf relative Beziehungen, die in der Begründung, Erfüllung oder Sicherstellung einer Obligation oder eines Anspruchs bestehen kann. Die Zuwendung ist kausal, wenn sie in ihrer rechtlichen Existenz von der Realisierung des Leistungszwecks unmittelbar abhängig ist; sie ist abstrakt, wenn ihre Wirksamkeit durch das Fehlen des Rechtsgrundes nicht berührt wird und nur in der relativen Rechtslage ein Ausgleich mittels Kondiktionen eintritt. Dieser Art Zuwendungen steht die abstrakte Forderung gleich. Ihr Wesen, ihre Unterarten und insbes. die Zurückweisung der von Kindel (Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund), Neubecker (ABürgR. 22 34) und Wieland (Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen) gegen den Begriff der abstrakten

Forderung gerichteten Angriffe, die darin gipfeln, daß die abstrakte Obligation den psychologischen Gesetzen widerspreche, im geltenden Rechte nicht anerkannt und vom teleologischen Standpunkte verfehlt sei, bildet den Gegenstand des zweiten Teiles der Arbeit. Ihm folgt die Darstellung des reinen Schuldversprechens und Schuldanerkenntnissees, gesondert nach Voraussetzungen (88—117), Einwendungen (117—145), Abrechnung (145—157) und Beweislast (157—163) und abschließend mit einem Ausflug in das Gebiet des Prozeßanerkenntnisses (163—168). Die weiteren Erörterungen der Arbeit über die delegationsabstrakte (169—209) und die order-abstrakte Forderung (210—312) liegen auf anderem Gebiete.

Literatur: Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrechte (Berlin 1908).

§ 780. 1. Allgemeines (s. namentlich IDR. **5** zu §§ 780 ff.). **a)** Brütt, Abstrakte Forderung 117. Abgesehen von der regelmäßig notwendigen Schriftform ist zur Schaffung einer einfachen abstrakten Obligation nur der Abstrahierungswille erforderlich. Für diese Parteiabsicht spricht eine Vermutung, wenn ein Schuldschein entweder indiskret oder mit einer fingierten Kausa ausgestellt ist, oder wenn dem Versprechen oder dem Anerkenntnisse Streit oder Ungewißheit vorhergegangen ist. Fehlt der Abstrahierungswille, so hat das Versprechen oder das Anerkenntnis bezüglich der Existenz der Forderung nur beweisende Kraft, wenn es auch in anderer Hinsicht (z. B. § 208) Rechtswirkungen ausüben kann. Das deklaratorische Anerkenntnis kann daher vom Schuldner durch bloßen Gegenbeweis beseitigt werden, weil es eine selbständige Veränderung in der Rechtswelt nicht hervorruft. Aber auch die abstrakte Forderung ist gegen einen Mangel in der Grundobligation nicht unempfänglich; ein solcher Mangel kann aber, da das BGB. die abstrakte Forderung als Zuwendung auffaßt, nur im Rahmen der Konditionstatbestände Berücksichtigung finden. **b)** **RG.** DIZ. **08** 873, R. **08** II Ziff. 2322. Der Annahme eines abstrakten Schuldversprechens steht entgegen, wenn in der Schuldurkunde selbst ein Schuldgrund — bares Darlehen — angegeben ist (vgl. **RG. 67** 262, auch BadRpr. **08** 53 [Karlsruhe]). Wer in solchem Falle behauptet, daß gleichwohl ein abstraktes Schuldversprechen beabsichtigt gewesen sei, ist dafür beweispflichtig. **c)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Von dem abstrakten Schuldversprechen sind die als sog. dingliche Verträge abstrakten Rechtsgeschäfte scharf zu trennen (545). Die Loslösung der Verpflichtung vom Schuldgrunde beruht bei ersterem auf dem Willen der Vertragspartei, bei letzteren führt das Gesetz selbst die Abstraktion vom Schuldgrunde herbei (545—548). Ersteres hat stets eine mindestens nach Meinung der Vertragsparteien bestehende Grundobligation zur Voraussetzung, es kann kein Rechtsinstitut geben, das vom Anbeginne der Verpflichtung an unter § 780 fiele, bei letzteren dagegen kann eine Grundobligation von Anfang an fehlen (548 f.); das abstrakte Schuldversprechen begründet endlich eine Verpflichtung, niemals aber kann der dingliche Vertrag eine Verpflichtung begründen (551).

2. Rechtsgrund des Schuldversprechens. Brütt, 47—55. Auch die abstrakte Schuld muß einen Rechtsgrund besitzen, für den die Verkehrs-, die Gefälligkeitsgeschäfte und die Schenkung im weiteren Sinne in Frage kommen. Es ist daher verfehlt, darüber zu streiten, ob eine bestimmte Abrede eine Schenkung oder eine abstrakte Forderung enthalte; denn die Schenkung kann als obligatorische Grundbeziehung wohl dem Kaufe, der Miete, dem Mandat oder unbenannten Konsensualverträgen, niemals aber dem reinen Schuldversprechen gegenübergestellt werden. Auch wenn die Abrede als abstrakte Forderungsbegründung aufzufassen wäre, würde immer noch danach zu forschen sein, ob die obligatorische Beziehung, von der die abstrakte Forderung indirekt vermöge der Konditionen abhängt, sich als Schenkung, Mandat oder anderweiter Geschäftstypus charakterisiere (gegen **RG.** IW. **01** 382; vgl. dazu Neumann, GruchotsBeitr. **45** 503, Klingmüller, GoldschmidtsZ. **58** 171, und Rümelin, Schuldversprechen 38).

3. Gegenstand des Versprechens. a) Brütt, 88 ff. Zum Gegenstand eines reinen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses kann jede beliebige, auch eine ganz individuelle Leistung gemacht werden. Der Inhalt des reinen Schuldversprechens kann sogar durch Verweisung auf ein kausales Geschäft näher bestimmt werden, indem man abstrakt verspricht, eine bestimmte Sache wie ein Verkäufer oder bestimmte Dienste nach den Grundsätzen der Dienstmiete leisten zu wollen. Derartige Versprechen sind trotzdem abstrakt, sofern sie nur von dem zugrunde liegenden Kausalverhältnisse losgelöst sind. Unrichtig ist daher die Ansicht, welche die abstrakte Obligation dem individuell bestimmten Forderungsrechte gegenüberstellt. Denn sie vermengt zwei Einteilungsgründe miteinander, nämlich den Gegensatz im Inhalte zwischen dem Forderungsrechte mit genau fixiertem Inhalt und demjenigen, dessen Inhalt durch Verweisung auf einen bestimmten Typus bestimmt wird, und den Gegensatz in der Art der Beziehung zwischen dem Versprechen und dem ihm zugrunde liegenden Kausalverhältnisse. b) Insbes. Bedingung und Gegenleistung. α. Brütt, 92. Die abstrakt versprochene Leistung kann von einer Bedingung, insbes. von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden. β. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Das abstrakte Schuldversprechen aus § 780 läßt alle Bedingungen zu, nur nicht die durch die Kausa der Verpflichtung (553). γ. **RG. R. 08** II Ziff. 3783. Das Versprechen einer Gegenleistung steht der Annahme, nach dem Parteiwillen solle ein Verpflichtungsschein abstrakte Geltung haben, nicht entgegen.

4. Verhältnis zu § 607 Abs. 2 (s. JDR. **5** Ziff. 2, **6** Ziff. 2). Brütt, 109. Die Schuldumwandlung im § 607 Abs. 2 fällt unter den Begriff der kausalen Novation. Da in der Aufgabe des alten Anspruchs die Zuwendung der Darlehnsvaluta zu erblicken ist, so kommt der neue Anspruch auf Rückzahlung des Darlehnskapitals nur zustande, wenn die alte Forderung rechtsbeständig war. Vereinbaren die Parteieu dagegen, daß die Darlehnsforderung von der Existenz des früheren Anspruchs unabhängig sein solle, so wird eine abstrakte Forderung, auf welche nach der Parteiabsicht die dispositiven Bestimmungen des Darlehens Anwendung finden, ins Leben gerufen.

5. Einwendungen aus dem Kausalverhältnisse (s. JDR. **6** Ziff. 1 und Verweisungen). a) Brütt, 117 ff. Auf Grund des Kausalverhältnisses können gegen das reine Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nur insoweit Einwendungen hergeleitet werden, als die Kondiktionsregeln dies gestatten. Soweit ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung durch besondere Vorschrift ausgeschlossen ist, kann auch der abstrakten Forderung gegenüber keine Einrede aus dem Kausalverhältnis erhoben werden. Nach § 813 Abs. 2 ist daher die Einrede des Schuldners unzulässig, der aus Irrtum für eine betagte Forderung ein sofort fälliges Schuldversprechen abgegeben hat. Das Gleiche gilt für die Fälle, in denen der ursprünglichen Forderung eine Einrede wie die des Zurückbehaltungsrechts oder des nicht erfüllten Vertrags entgegenstand. Für die einzelnen Kondiktionstatbestände gelten die gleichen Regeln wie bei den übrigen Zuwendungen. Bei turpis oder injusta causa ist das abstrakte Schuldversprechen nach §§ 134, 138 nichtig, mag ein subjektiver Verstoß beide Parteien, nur den Geber, nur den Empfänger oder niemanden treffen (133 ff.); gleichwohl bleibt auch für § 817 ein Anwendungsgebiet: der Schuldner kann vom Gläubiger im Wege der Kondiktion die Herausgabe des Schuldscheins und ein konstitutives Anerkenntnis dahin verlangen, daß er aus der abstrakten Obligation nichts fordern könne. Ist auf Grund einer solchen nichtigen abstrakten Obligation eine effektive Zuwendung gemacht, so kann diese bei turpitudo utriusque et solius dantis nach dem Schlußsatze des § 817 nicht kondiziert werden. b) Insbes. Einwand der Schenkung. Brütt, 143. Jedes schriftliche Schuldversprechen .kann durch

den Einwand zu Fall gebracht werden, daß das Kausalgeschäft Schenkung sei. Doch darf die Ungültigkeit nicht, wie dies von Rümelin (JDR. 5 zu §§ 780 ff. Ziff. 1) und Neubecker geschehen ist, auch auf die sog. einseitige Schenkung ausgedehnt werden. Verspricht der Schuldner abstrakt die Erfüllung eines Darlehnsanspruchs, von dem er weiß, daß er nicht existiert, so kommt weder eine Kondiktion (§ 814) noch eine Nichtigkeit in Frage, weil durch die Parteierklärungen nur eine Darlehnskausa festgelegt ist, die Schenkungsabsicht des Gebers aber als geheimer Vorbehalt auf rechtliche Anerkennung keinen Anspruch hat.

6. Beweislast. a) Brütt, 157 ff. Der Kläger hat den Abstrahierungswillen und die eventuell notwendige Form zu beweisen; Sache des Beklagten ist es, den Mangel der Geschäftsfähigkeit oder etwaige Willensfehler darzutun. Nicht minder hat dieser zu zeigen, daß der abstrakte Anspruch deshalb ungültig ist, weil die Kausalbeziehung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten (Wucher) verstößt oder sich als eine verpönte Naturalobligation, wie Spiel, Wette, Ehemakel usw. charakterisiert. Will der Beklagte die abstrakte Obligation wegen Mangels des rechtlichen Grundes kondizieren, so hat er zu beweisen, welcher Leistungszweck mit der Zuwendung verfolgt, ob das Versprechen zur Tilgung oder zur Begründung einer relativen Beziehung abgegeben ist. Die Verwirklichung des Leistungszwecks hat dann der klagende Gläubiger zu beweisen. b) Vgl. oben Ziff. 1 b.

7. Verhältnis zur Bürgschaftsübernahme und Hypothekenbestellung. S. JDR. 6 § 780 Ziff. 4, jetzt auch WürttZ. 20 3.

8. Unechtes Gesamtschuldverhältnis. **RG. 67** 128, JW. **08** 33, LeipzZ. **08** 162, R. **08** II 40. Wenn ein Dritter mittels eines abstrakten Schuldversprechens dem Gläubiger einer Kaufpreisforderung die Zahlung einer dieser Forderung gleichkommenden Summe verspricht, so daß der Gläubiger die Schuldsumme sowohl von dem Kaufpreisschuldner als auch von demjenigen, der das abstrakte Schuldversprechen geleistet hat, jedoch nur einmal fordern kann, so entsteht zwischen diesen beiden Schuldnern wegen Verschiedenheit des materiellen Schuldgrundes kein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421, sondern ein sog. unechtes Gesamtschuldverhältnis, auf das § 426 keine Anwendung findet (s. § 421 Ziff. 1).

§ 781. 1. Zeiler, ACivPr. **103** 461. Neben dem abstrakten Anerkenntnisvertrage, der auf Schaffung eines neuen Verpflichtungsgrundes geht, gibt es einen konkreten Anerkenntnisvertrag ohne solche Willensrichtung der Beteiligten: z. B. die vertragsmäßige Beseitigung von Zweifeln über Bestand, Inhalt, Wirkungsweise, Tragweite, Modalitäten eines schon bestehenden Schuldverhältnisses. Ein solcher Vertrag, der das alte Schuldverhältnis nur als bestehend anerkennt, bedarf keiner Schriftform.

2. *Reichel, ACivPr. **104** 7. Wird eine formnichtig (§ 125) eingegangene Schuld schriftlich anerkannt, so ist das Anerkenntnis gültig, wenn für Eingehung der Urverpflichtung ebenfalls nur schlichte Schriftlichkeit vorgeschrieben ist; dagegen nichtig, wenn für Eingehung der Urverpflichtung mehr als Schriftlichkeit, insbes. gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist.

3. Spieß, ZBlFG. **9** 21. Aus einem formlos erklärten Schuldanerkenntnis entspringt ein rechtsgültiger selbständiger Anspruch auch dann nicht, wenn vor der Entstehung der Schuld schriftlich Formlosigkeit der Anerkennungserklärung vereinbart worden ist (unter Besprechung einer nach Meinung des Verf. im entgegengesetzten Sinne ergangenen Entsch. des OLG. Naumburg).

4. Aus der Rechtsprechung. a) Begriffliches. α. **RG. 68** 302 JW. **08** 403. Der Schuldschein: „Bekenne hierdurch, dem N. N. 3000 M. zu schulden, welche ich mich verpflichte, innerhalb 3 Jahren mit 5 v. H. Zinsen abzutragen" enthält kein Schuldversprechen (§ 780), sondern ein Schuldanerkenntnis (§ 781). β. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1003. Das einseitige Anerkenntnis des Schuldners

erzeugt keine rechtliche Verbindlichkeit, sondern kann nur als Beweismittel für das Bestehen des Schuldverhältnisses in Betracht kommen. Zur selbständigen, von dem Bestehen eines früheren Schuldverhältnisses unabhängigen Begründung der Verpflichtung des Schuldners bedarf es eines rechtswirksamen Vertrags mit dem Gläubiger. Ein solcher liegt nicht darin, wenn ein Miterbe seine Ausgleichungspflicht in einer gerichtlichen Nachlaßverhandlung kurz erwähnt und nicht bestreitet. γ. **RG.** **67** 262. Weder ein Schuldversprechen noch ein Schuldanerkenntnis liegt vor, wenn jemand einer anderen für den Fall, daß sie bis zu ihrer Verheiratung bei ihm bleibe und ihm die Wirtschaft führe, eine Geldsumme verspricht und ihr später eine Urkunde ausstellt, worin er ihr die Summe „von seinem Vermögen verschreibt" und zu verzinsen verspricht. **b**) Schuldanerkenntnis „nur der Form wegen". SeuffA. **63** 437 (Hamburg). Ein Schuldanerkenntnis, das „nur der Form wegen" verlangt und gegeben ist, ist nicht wegen Mangels der Ernstlichkeit nichtig. Der Vorbehalt ist dahin zu verstehen, daß das Schuldanerkenntnis an der materiellen Sachlage nichts ändere, weil die Schuld ohnehin bestehe. **c**) Kondiktion des negativen Schuldanerkenntnisses. SchlHolstAnz. **08** 298 (Kiel). Ein negatives Schuldanerkenntnis kann wegen Fehlens der angenommenen Voraussetzung kondiziert werden. Nicht erforderlich ist der Nachweis, daß der Anerkennende sich in einem positiven Irrtume befunden hat. Ein solcher Nachweis wäre nach § 813 nur nötig, wenn das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden sollte. Dieser Fall liegt aber nicht vor, wenn der Schuldner vor völliger Befriedigung des Gläubigers ein das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen bringendes negatives Schuldanerkenntnis erhält.

§ 782. 1. Abrechnung. **a**) Begriff im weiteren Sinne. α. Brütt, 101. Unter den Begriff der Abrechnung im weiteren Sinne fällt zur Not auch die bloße Addition der auf der einen Seite vorhandenen mehreren Forderungen. β. **RG.** JW. **08** 31, R. **08** II Ziff. 291. Unter Abrechnung ist nicht nur ein gegenseitiges Abrechnen von Forderungen und Gegenforderungen der Beteiligten zu verstehen, sondern auch eine Berechnung der lediglich auf einer Seite bestehenden Forderungen nebst Schlußfeststellung des schuldigen Gesamtbetrags durch Addition der einzelnen Forderungsbeträge; denn nach dem maßgebenden gewöhnlichen Sprachgebrauch ist eine solche Berechnung ebenfalls eine Abrechnung (Planck § 782 Anm. 2, Rümelin, ACivPr. **98** 192, Regelsberger, IheringsJ. **46** 5). **b**) Rechtsnatur der gegenseitigen Abrechnung. Brütt, 145 ff. Bei der Abrechnung im engeren Sinne werden die beiderseitigen Forderungen, soweit sie sich decken, durch einen Aufrechnungsvertrag getilgt, der hier abstrakter Natur ist. Ein novatorisches Anerkenntnis wird nur für den Überschuß abgegeben (gegen Regelsberger, IheringsJ. **46** 1 ff.). Stehen dem Saldogläubiger teils vollgültige, teils klaglose Posten zu, so ist die Anrechnung der Aktivposten des Saldoschuldners auf alle Posten verhältnismäßig vorzunehmen (so auch Regelsberger, IheringsJ. **49** 407, **RG.** **56** 24, **59** 195). **c**) Vermutung der Vollständigkeit? SeuffA. **63** 448 (Braunschweig). Die Vermutung, daß eine Abrechnung sich auf alle gegenseitigen Forderungen erstrecke, setzt voraus, daß eine „Abrechnung", d. h. eine Einigung über alle zur Sprache gebrachten Forderungen, erfolgt ist. Erfolgt nur eine Einigung über einen Teil der Forderungen, wenn auch unter gegenseitigem Nachgeben, so folgt schon aus dem Begriffe der teilweisen Einigung das Fortfallen der Vermutung. Dafür aber, daß eine vollständige Einigung erzielt sei, spricht keine Vermutung; Sache des Behauptenden ist es vielmehr, eine solche nachzuweisen. **d**) Kondiktion des Anerkenntnisses. **RG.** JW. **08** 31, R. **08** II Ziff. 292. Auch wenn die Beteiligten eine Nichtschuld als vermeintlich bestehende Schuld in die Abrechnung einbezogen haben, ist eine Ab-

rechnung im Sinne des § 782 erfolgt und ist das daraufhin erteilte Anerkenntnis an sich rechtsgültig; denn die tatsächlich nicht bestehende Schuld ist durch die Abrechnung und das Anerkenntnis als bestehend festgestellt. Das Nichtbestehen einer Schuld hat nur die Wirkung, daß der Schuldner das Anerkenntnis vom Gläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 zurückverlangen, also gegenüber dem Gläubiger die Unverbindlichkeit des Anerkenntnisses geltend machen kann, sofern nicht etwa der Fall des § 814 vorliegt. Der Anerkennende muß beweisen, daß die in die Abrechnung einbezogene Schuld tatsächlich nicht bestanden hat.

2. Vergleich. Brütt, 104 ff. Die Ausnahme des § 782 von der Formvorschrift bezieht sich nicht auf den Vergleichsanspruch; denn daß ein Vergleich formlos geschlossen werden kann, ergibt schon § 779. Sie bezieht sich vielmehr auf das abstrakte Schuldversprechen. Zu unterscheiden ist zwischen dem Vergleich und der einseitigen Feststellung. Der Unterschied liegt darin, daß beim Vergleiche die Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird, während der Schuldner bei der einseitigen Feststellung den Anspruch in vollem Betrag anerkennt, indem er zur Sicherung dieses Anspruchs ein reines Schuldversprechen abgibt. Im letzteren Falle kann der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen kondizieren, wenn der ursprüngliche Anspruch nicht zu Recht bestand; der Vergleich dagegen macht ein Zurückgehen auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis gemäß § 779, abgesehen von einem Irrtum im Voraussetzungstatbestand, unmöglich und läßt eine Kondiktion nur zu, wenn die Vergleichskausa nicht in Ordnung ist.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Anweisung hat im Berichtsjahr eine beachtenswerte Bearbeitung durch Riehl erfahren. Da das Scheckrecht eine besondere Bearbeitung im JDR. bisher noch nicht gefunden hat, ist der Selbstbericht von Pavliček bei der Lehre von der Anweisung abgedruckt worden.

Literatur: Riehl, Die Anweisung. (München 1908.)

§ 783. 1. Riehl. Zweck der Anweisung im Verhältnisse des Anweisenden zum Angewiesenen ist entweder Einziehung einer Forderung (Anweisung auf Schuld) oder Begründung eines Schuldverhältnisses (Anweisung auf Kredit); im Verhältnisse des Anweisenden zum Anweisungsempfänger: Erfüllung einer Verbindlichkeit des Anweisenden oder Schenkung oder Begründung einer Verbindlichkeit des Empfängers. Die Anweisung kann auch erfolgen in der Absicht, daß der Anweisungsempfänger das auf Grund der Anweisung Erhobene im Interesse des Anweisenden verwenden oder abliefern soll. Durch die Anweisung entstehen zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger keine Rechtsbeziehungen (4). Der wirtschaftliche Vorgang beim Anweisungsgeschäft ist vollzogen mit der Leistung des Angewiesenen und der Entgegennahme durch den Anweisungsempfänger. Der Ausgleich von Leistung und Empfang findet sodann auf Grund der der Anweisung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte statt (6). Trennung der Anweisung von den zugrunde liegenden Rechtsgeschäften. Kritik der Theorien (7—18). Eigene Ansicht des Verf.: Ermächtigungstheorie. Die Anweisung ist nach der Seite zum Anweisungsempfänger hin die Ermächtigung, eine Leistung für Rechnung des Anweisenden zu empfangen, in der Richtung zum Angewiesenen die Weisung, an einen anderen zu zahlen, für Rechnung des Anweisenden dem Anweisungsempfänger zu leisten (19—36). Begriff der Ermächtigung (19 ff.). a) Die Anweisung im Konkurse: α. Des Anweisungsempfängers. Das Recht des Anweisungsempfängers auf Grund der Ermächtigung fällt in seine Konkursmasse. Der Angewiesene hat an den Konkursverwalter zu leisten (49—53; s. das. weiteres). β. Des Angewiesenen. Der Konkurs des Angewiesenen hat auf den Fortbestand

der Gültigkeit der Anweisung keinen Einfluß (54). γ. Des Anweisenden. Auch hier tritt keine Änderung ein (54—57). b) Mündliche Anweisungen sind rechtlich wie tatsächlich nicht möglich. Zahlungsanweisung und Empfangsermächtigung zerfallen zusammenhanglos in zwei selbständige Rechtsgeschäfte auseinander (57—60). c) Anweisungen auf nicht vertretbare Sachen bleiben auch Anweisungen und müssen darum in analoger Weise nach den Vorschriften der §§ 783 ff. insoweit behandelt werden, als jene Bestimmungen unmittelbar aus dem Wesen der Anweisung abgeleitet sind und nicht bloße Zweckmäßigkeitsbestimmungen bedeuten. Keine Anwendung können darum die §§ 784, 785, 786, 792 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2 und 3 finden (60). — Über kaufmännische Anweisungen 60—64.

2. **RG.** R. **08** II 660. Eine Anweisung an eigene Order ist unzulässig; deshalb wird auch durch deren Annahme eine Verpflichtung nicht begründet (vgl. Düringer-Hachenburg, HGB. Vorbem. zu §§ 363 ff. Note VI 7).

3. LeipzZ. **08** 718 (LG. Leipzig). Der Adressat einer Postanweisung hat kein selbständiges Klagerecht gegen die Post, wenn ihm diese auf eine Postanweisung falsches Geld auszahlt. § 783 findet keine Anwendung. Sie ist nicht „Angewiesener" in dem Sinne, daß sie es übernähme, aus ihrem Vermögen an den Adressaten eine Leistung zu bewirken. Die Post hat die Stellung des Boten. Das Anweisungsverhältnis ist ein abstraktes, vom Deckungsverhältnis unabhängiges, nicht so das Rechtsverhältnis zwischen Post und Absender einer Postanweisung; die Anweisung ferner erzeugt zwischen Anweisendem und Angewiesenen nur ein Ermächtigungs-, nicht ein Verpflichtungsverhältnis (§§ 783, 784, 787 Abs. 2); anders die Postanweisung.

4. Oertmann, BuschsZ. **37** 301. Kritik von Lent, Anweisung (vgl. JDR. **6** § 783 Ziff. 1); vgl. Hedemann, ABürgR. **31** 387.

§ 784. Riehl. Anweisung und Annahme sind zwei voneinander zu trennende selbständige Rechtsgeschäfte. Eine Annahme der Anweisung gibt es überhaupt nicht. Die Erklärung des Angewiesenen ist eine selbständige Verpflichtungserklärung, mit der er dem Anweisungsempfänger die angewiesene Leistung in der Weise verspricht, daß in ihrem Verhältnisse zueinander dieses Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, ganz unabhängig von der Anweisung (4 ff.). Zweck des Akzepts ist es, den Angewiesenen dem Anweisungsempfänger gegenüber zu binden, während bisher beide in keiner rechtlichen Beziehung zueinander standen, und damit das Widerrufsrecht des Anweisenden auszuschließen. Das Akzept wandelt die Anwartschaften des Anweisungsempfängers in ein bestimmtes Recht um. Adressat des Akzepts ist darum immer der Anweisungsempfänger, auch wenn es vor Begebung der Anweisung ausgestellt ist. Es wird zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger ein Vertrag begründet. Einwendungen aus dem Akzept. Akzept und abstraktes Schuldversprechen. In dem Akzepte liegt keine Schuldübernahme. Der Angewiesene tritt durchaus nicht an die Stelle des Anweisenden als Schuldner. Das Akzept hat die Unwiderruflichkeit der Anweisung zur Folge (36—42).

§ 788. **RG.** LeipzZ. **08** 778. Eine Zahlung durch Umschreibung auf Girokonto ist erst mit der Buchung erfolgt; sie kann nicht schon dann als bewirkt gelten, wenn die Anweisung des Schuldners für den Betrag auf das Girokonto des Gläubigers bei der Reichsbankstelle des Wohnorts des Schuldners eingeht.

§ 791. Riehl 47—49 über Erlöschen der Anweisung.

§ 792. 1. Riehl. Als Gegenstand der Übertragung sind die künftigen Rechte des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen anzusehen. Bei der noch nicht akzeptierten Anweisung geht das Recht aus der Anweisung, bei der akzeptierten Anweisung das Recht aus dem Akzept über, also ersterenfalls ein Recht gegen den Anweisenden und letzterenfalls ein Recht gegen den Angewiesenen. — Durch die

Übertragung der Anweisung wird so wenig wie durch die Ausstellung der Anweisung bestimmt, wem das Recht an der angewiesenen Leistung zustehen soll. Gegenstand der Übertragung ist ein Forderungsrecht; §§ 398 ff. sind anwendbar (42—47).

2. a) Koch, DWirtschZ. **08** 145 ff., über den Scheckgesetzentwurf. b) Schär, DWirtschZ. **08** 150 ff., über den zertifizierten Scheck (zum Entwurfe des Gesetzes). c) Breit, HoldheimsMSchr. **08** 33, über den Entwurf des Scheckgesetzes in der dem Reichstage vorgelegten Fassung. Grenze der Guthabenklausel; passive Scheckfähigkeit; Begriff des Guthabens; Zahlungsort, Zahlungszeit. d) Müller, HoldheimsMSchr. **08** 40. Zur Scheckfrage (wirtschaftlich). e) Riesser, BankA. 7 135—140, bespricht den definitiven Entwurf des Scheckgesetzes. f) Breit, SeuffBl. **08** 81—88, 120—129, bespricht „die wichtigsten Grundsätze des künftigen deutschen Scheckrechts". g) Bernstein, BankA. 7 197, Zum Inkrafttreten des Scheckgesetzes.

3. *Pavliček, GoldschmidtsZ. **63** 19 ff. Durch das DScheckG. vom 11. März 1908 ist die gesetzliche Regelung des Scheckverkehrs im ganzen und großen zweckmäßig erfolgt. Die deutsche Regierung hat die gegen den vorläufigen Entwurf vom Jahre 1907 sowohl aus juristischen als auch aus kaufmännischen Kreisen vorgebrachten Bedenken wohl beachtet. Insbesondere ist die Anlehnung an das österreichische Gesetz und den damit wesentlich gleichlautenden ungarischen Entwurf vom Jahre 1907 in betreff zahlreicher wesentlicher Bestimmungen, namentlich bezüglich des Remittenten (§ 4), des Indossaments, des Bezogenen (§ 7), der Auflassung, des direkten Klagerechts des Inhabers gegen den Bezogenen (§ 11), der Bestimmung, daß die drei Nachweisarten über die rechtzeitige Präsentation und die Nichteinlösung imperativ sind (§ 16) u. a. m., sowie die Aufnahme mehrfacher für den Verkehr mit dem Ausland überhaupt und den überseeischen Verkehr insbesondere wichtiger Bestimmungen (§§ 1, 2, 25, 26, 9) unzweifelhaft im entscheidenden Interesse des Scheckverkehrs und dessen weiteren gedeihlichen Entwickelung. Zudem ist auch derart zu der, namentlich von dem mitteleuropäischen Wirtschaftsvereine Deutschlands und Österreichs und Ungarns angestrebten Unifizierung des Scheckrechts ein bedeutsamer Schritt getan.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. SeuffA. **63** 396 (Dresden). Um auf eine Urkunde die Vorschrift im § 793 anzuwenden, ist nicht erforderlich, daß die dort vorgesehene Inhaberklausel wörtlich in sie aufgenommen wird; vielmehr genügt es, wenn aus ihrer Fassung und Form der Wille des Ausstellers mit ausreichender Deutlichkeit hervorgeht, dem Inhaber der Urkunde und nur ihm zur Bewirkung der versprochenen Leistung verpflichtet zu sein. Diese Voraussetzung kann auch dann erfüllt sein, wenn sich der Aussteller in der Urkunde anheischig macht, an eine darin bezeichnete bestimmte Person oder an den Inhaber zu leisten. Daher ist die Benennung eines bestimmten Gläubigers neben der Inhaberklausel mit der rechtlichen Natur des Inhaberpapiers nicht unvereinbar. Vielmehr ist es in einem solchen Falle eine Frage der Auslegung, ob sich die Urkunde als Inhaberpapier im Sinne von § 793 darstellt oder nicht.

§ 808. 1. BankA. 7 365, HansGZ. **08** Hptbl. 193 (Hamburg). Ein Lagerschein, in welchem der Lagerhalter, unter gleichzeitiger Namhaftmachung des Einlagerers, die Herausgabe des Gutes an den Inhaber des Scheines verspricht, sich indessen das Recht zur Prüfung der Legitimation des Präsentanten vorbehält, ist keine Inhaberschuldverschreibung im Sinne des § 793, sondern ein Legitimationspapier im Sinne des § 808. Der Lagerhalter kann indessen dem gutgläubigen Erwerber eines solchen Scheines nicht den Einwand entgegensetzen, daß das Lagergut ohne Rückgabe des Scheines oder entsprechende Abschreibung auf dem Scheine einem Rechtsvorgänger des derzeitigen Inhabers ausgehändigt worden sei.

2. RheinA. **105** I 19 (Düsseldorf). Sparkassenbücher sind Urkunden im Sinne des § 808. Die Frage nach der Verschenkung von Sparkassenbüchern richtet sich nach den Regeln von der Schenkung einer Forderung (Abtretung).

3. SeuffA. **63** 396 (Dresden). Sparkassenbücher als Legitimationspapiere im Sinne des § 808.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 809. PosMSchr. **08** 74 (Stettin). Derjenige, dem ein Bauhandwerker seinen Anspruch auf Vergütung für Arbeiten an einem Gebäude abgetreten hat, hat einen Anspruch auf Besichtigung des Grundstücks. Aus den Worten „in Ansehung der Sache" folgt, daß jeder Anspruch für genügend zu erachten ist, der von dem Vorhandensein oder der besonderen Beschaffenheit der Sache abhängt. Über die Art und Weise, wie die Besichtigung zu erfolgen hat, entscheidet die Lage des einzelnen Falles. Als Besichtigung kann unter Umständen auch eine eingehendere Untersuchung verstanden werden. Dazu wird oft ein Betasten, auch ein Berühren zum Zwecke der Vermessung, geeignetenfalls unter Zuziehung Sachverständiger, nicht ausgeschlossen sein, falls damit nicht eine Beschädigung oder Änderung der Sache verbunden ist.

§ 810. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 448, BankA. **7** 367, BauersZ. **16** 2. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der wegen gesetzwidriger Geschäftsführung in Anspruch genommen wird, kann sich auf die Geschäftsbücher der Gesellschaft berufen, weil sie die urkundliche Unterlage für seine gesamte Geschäftsführung und für seine Verantwortung über die Wahrnehmung seiner aktienrechtlichen Verpflichtungen bilden. Insofern ist in ihnen das zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstande bestehende Rechtsverhältnis im Sinne des § 810 beurkundet.

2. R. **08** II 365 (Naumburg). Das gegenüber dem Hypothekengläubiger erhobene Verlangen des Grundstückseigentümers, ersterer solle den Hypothekenbrief dem Grundbuchamt einreichen, damit dort ein (eine Vorrangseinräumung betreffender) Vermerk darauf gesetzt werde, ist aus § 810 nicht zu begründen.

3. BadRpr. **08** 166 (Karlsruhe). Recht des Konkursverwalters auf Einsicht einer im Interesse des Gemeinschuldners errichteten Urkunde.

4. BadRpr. **08** 233 (Karlsruhe). Klage auf Gestattung der Einsicht einer Urkunde. Abhandenkommen der Urkunde schließt die Verurteilung nicht aus.

5. OLG. **16** 91 (Kiel). Der Witwe des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft steht das Recht auf Büchereinsicht, das dem Verstorbenen zustand, ebenfalls zu. Das Maß der Ausübung des Rechts regelt sich vor allem nach § 242 BGB.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen zu den §§ 812 ff. sind im Berichtsjahre besonders zahlreich; insbesondere deshalb, weil im SächsRpflA. eine Zusammenstellung von Urteilen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung erfolgt ist.

Literatur: Eichler, Kann der Wucherer nach dem BGB. das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? Leipzig 1908. — Samter, Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung im Falle auftragloser Geschäftsführung, KGBl. **08** 15.

§ 812. 1. a) SächsRpflA. **08** 467 Anm. (Dresden). Eine Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. liegt nur vor, wenn der Empfänger der Leistung seiner ganzen Vermögenslage nach bereichert ist. Hervorzuheben ist nicht ein beliebiger einzelner, aus dem Vermögen des einen in das des anderen hinübergeflossener Wert, sondern die Gesamtheit des Hinübergelangten unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dafür gegebenen Werte und der auf dem Empfangenen ruhenden Lasten.

b) OLG. **16** 379 (Braunschweig). Als Bereicherung stellt sich nur soviel heraus, wie nicht bloß nach Ausgleich des beiderseits in Erfüllung des Vertrags Gegebenen und Empfangenen, sondern auch unter Berücksichtigung dessen übrigbleibt, was durch spätere Umstände an den geleisteten Werten geändert ist.

2. SächsRpflA. **08** 585 (LG. Leipzig). In den Fällen, in denen der Leistende am Bestande der Nichtschuld zweifelt, ist nicht lediglich um dieses Zweifels willen die Rückforderung zu gestatten. Auch bei Zweifel über das Verpflichtetsein muß vielmehr die Rückforderung allemal dann versagt werden, wenn der Leistende sich bei der Leistung über die ihm beigehenden Zweifel bewußt hinwegsetzt, indem er auf jeden Fall so leisten will, als stünden ihm Einwände gegen die angebliche Forderung des Gegners nicht zu.

3. **RG. 68** 269 JW. **08** 403 s. u. § 818 Ziff. 3. Die Frage nach der Hilfsstellung (Subsidiarität) des Bereicherungsanspruchs kann nur aufgeworfen werden, wenn derselbe Anspruch auf mehrere Rechtsgründe gestützt werden kann, die nebeneinander aus demselben Tatbestand erwachsen sind, und von denen einer der Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung ist; so wenn der Rücktritt von einem Vertrag erklärt ist und der Zurücktretende nunmehr sowohl nach § 346 wie nach § 812 BGB. das seinerseits Geleistete zurückfordern kann oder wenn ein Anspruch zugleich aus nützlicher Geschäftsführung und aus ungerechtfertigter Bereicherung erhoben werden kann. Der Erfüllungsanspruch aus einem Vertrag und der Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr einer dem Vermögen des Gegners grundlos zugewandten Leistung bestehen nicht nebeneinander; sie schließen sich gegenseitig aus. Was der Beklagte auf Grund eines Darlehnsvertrags als Darlehnsempfänger erhalten hat, damit ist er keineswegs grundlos bereichert; die Rückforderung einer Darlehnssumme geht auf eine Vertragsleistung und läßt sich allein auf den Darlehnsvertrag stützen. Erst wenn der letztere aus irgendeinem Grunde wegfällt, sowie etwa bei sog. positiven Vertragsverletzungen, die dem einen Vertragsteil einen vertragswidrigen Vorteil verschafft haben, kann von einem Zusammentreffen der Vertragsklage mit der Bereicherungsklage die Rede sein.

4. Unmittelbare Vermögensverschiebung (s. JDR. **6** § 812 Ziff. 2 u. 3).

a) Samter, KGBl. **08** 15 f. Voraussetzung der Bereicherungsklage aus § 812 ist eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Kläger und dem ungerechtfertigt Bereicherten. Diese Voraussetzung ist aber bei einer auftraglosen Geschäftsführung erfüllt, wenn der Geschäftsführer ohne Auftrag sich als solcher seinem Partner offen bekennt und darauf jener Partner demjenigen etwas zugehen läßt, für welchen der auftraglose Geschäftsführer handeln wollte. Hat aber selbst der Partner des offen auftraglosen Geschäftsführers zunächst diesem ein Vermögensobjekt übergeben und letzteres ist sodann von jenem Geschäftsführer dem Dritten übergeben, für welchen er handeln wollte, so ist letzterer jedenfalls aus § 822 dem Partner jenes Geschäftsführers gegenüber ungerechtfertigt bereichert und damit die bezügliche Bereicherungsklage des Partners gegen den Dritten begründet.

b) RG. R. **08** II 329. Voraussetzung des Anspruchs aus § 812 ist eine unmittelbare Vermögensverschiebung. Diese liegt nicht vor, wenn gekaufte Waren aus dem Vermögen des Käufers in das Vermögen eines Dritten gelangt sind.

c) SächsRpflA. **08** 467 (Dresden). Ungerechtfertigte Bereicherung liegt nur bei unmittelbarer Vermögensverschiebung unter den Parteien vor.

d) RG. SeuffBl. **08** 92 u. SeuffA. **63** 15, s. schon JDR. **6** § 812 Ziff. 3 b.

5. Indirekte Bereicherung.

RG. JW. **08** 432. Der Bereicherungsanspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung ist nur dann gegeben, wenn die Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat. Unter Umständen kann auch eine indirekte Bereicherung, wofern dieser Begriff richtig verstanden wird, gegeben sein. Die Bereicherung kann indirekt geschehen sein, z. B. durch Vermittelung eines gesetzlichen oder auch sonst ermächtigten Stellvertreters; aber sie darf nicht mittelbar

erlangt sein, das heißt nicht auf dem Umweg über ein anderes Vermögen, durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten.

6. SächsRpflA. **08** 472 (Dresden). Der Beklagte hatte ein Grundstück verkauft, aber nicht aufgelassen. Später wurde der Kaufvertrag rückgängig gemacht und vom Beklagten das Grundstück wieder übernommen. Während der Zeit, in der der Käufer das Grundstück in Besitz hatte, bestellte er beim Kläger Arbeiten, die er aber nicht bezahlte. Die Klage gegen den Verkäufer und späteren Übernehmer des Grundstücks wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist abgewiesen. Nur der Käufer ist verpflichtet, von einer Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Klägers ist nicht die Rede. Kläger hat den Gegenwert für seine Arbeiten in der ihm gegen den Käufer zustehenden Forderung erlangt. An dieser Rechtslage wird auch durch die Vermögenslosigkeit des Käufers nichts geändert.

7. a) **RG.** SeuffBl. **08** 176. § 812 setzt voraus, daß der nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist (vgl. JDR. **6** § 812 Ziff. 4 a).

b) **RG.** JW. **08** 657. Wenn das Gesetz im § 812 Abs. 1 Satz 2 von dem nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolge der Leistung spricht, so hat es dabei, wie bei der römisch-rechtlichen condictio causa data causa non secuta, ein Rechtsgeschäft im Auge, das unmittelbar zwischen dem Leistenden und dem Empfänger der Leistung, dem angeblich Bereicherten, zustande gekommen ist. Nicht aber ist damit ein Bereicherungsanspruch des Leistenden gegen den am Rechtsgeschäfte selbst nicht beteiligten Dritten gegeben, dem ohne sein Dazutun der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts schließlich zugute kommt. Der Bereicherungsanspruch wird auch dadurch nicht begründet, daß der Dritte den Mangel des rechtlosen Grundes des zwischen dem Leistenden und dem Empfänger geschlossenen Geschäfts kennt und hierzu schweigt.

8. a) BadRpr. **08** 2 (Karlsruhe). Rückforderung auf Grund eines nach § 313 nichtigen Vertrags.

b) **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 154. Rückforderung des auf Grund eines nach § 66 BörsGes. (aF.) nichtigen Börsentermingeschäfts Geleisteten.

c) **RG.** LeipzZ. **08** 935. Die Rückgabe der beiderseitigen Leistungen bei einem wegen Formmangels nichtigen Geschäfts erfolgt nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, nicht nach denen über die Wandelung.

9. a) ElsLothJZ. **08** 20 (Colmar). Die einfache Tatsache der Bereicherung genügt nicht zur Begründung des Bereicherungsanspruchs, sondern der Mangel eines rechtlichen Grundes ist es, der die Bereicherung zu einer ungerechtfertigten macht. Das Gesetz hat nun zwar diesen Begriff nicht bestimmt, aber es läßt sich doch mit Sicherheit die eine Seite negativ so bestimmen, daß das Gesetz die an sich rechtmäßige Vermögensverschiebung nur dann als ungerechtfertigt auffaßt, wenn sie im Verhältnisse des Bereicherten zum Verlustträger als Unrecht erscheint. Der Bereicherungsanspruch tritt also zur Ausgleichung immer nur dann ein, wo eine eingetretene Vermögensverschiebung im Verhältnisse des Verlustträgers zum Bereicherten ein Unrecht enthält.

b) SächsRpflA. **08** 465 (Dresden). Unter dem nach § 812 herauszugebenden „etwas" ist nicht ein beliebiger einzelner, aus dem Vermögen des einen in das des anderen hinübergegangener Gegenstand, sondern die Bereicherung zu verstehen, die der andere dadurch erlangt hat. Nur die Gesamtheit des in das Vermögen des anderen Teiles Hinübergelangten unter gleichzeitiger Berücksichtigung der dafür gegebenen Werte bildet die Bereicherung.

10. **RG.** SeuffBl. **08** 361. Für die Bestimmung des Wertes der Leistung ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Beklagte von dem Kläger etwas erlangte.

11. a) **RG.** JW. **08** 70. Haben mehrere Personen gemeinschaftlich mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, der wegen Betrugs eines der mehreren Kontrahenten nichtig ist, so hat jeder der mehreren Teilhaber das zurückzugewähren, was er auf Kosten des (betrogenen) Dritten erhalten hat. Aber aus der Vorschrift des § 427 ist zu entnehmen, daß jeder der mehreren Vertragsteilnehmer in solchem Falle als Empfänger des Ganzen zu gelten hat.

b) OLG. **16** 379 R. **08** II 466 (Braunschweig). Ist ein von mehreren Verkäufern geschlossener Grundstücksverkauf wegen Formmangels nichtig, so haften die Verkäufer auf Rückerstattung der vom Käufer gezahlten Kaufgelder als Gesamtschuldner. Von einem Fortfalle der Bereicherung mit der Wirkung der Befreiung kann nur dann die Rede sein, wenn die Bereicherung bei allen Verkäufern fortgefallen ist.

12. SächsRpflA. **08** 477 (Dresden). Der Anspruch aus § 812 geht nur auf Herausgabe der in den Besitz des angeblich Bereicherten gelangten Gegenstände, nicht auf Ersatz ihres Wertes. Dies tritt nur im Falle des § 818 Abs. 2 ein.

13. **RG.** LeipzZ. **08** 228. Der Zweck, zu dessen Verwirklichung eine Leistung dient, ist entscheidend. Dieser Zweck kann darin bestehen, daß eine dem Schuldner bereits gesetzlich obliegende Verbindlichkeit noch besonders durch Vertrag anerkannt wird. Verwirklicht sich der Vertragszweck objektiv nicht, so ist die Leistung grundlos. Die Verpflichtung ist dann in irrtümlicher Voraussetzung eines nicht vorhandenen rechtlichen Grundes übernommen. Kläger ist dann bereichert. § 812 Abs. 2 findet Anwendung.

14. Beweislast.

RG. LeipzZ. **08** 227. Kläger hat in der irrigen Meinung, zu einem Verkauf an den Beklagten verpflichtet gewesen zu sein, verkauft. Kläger als Zurückfordernder hat zu beweisen, daß die Verbindlichkeit, die durch den Kauf erfüllt werden sollte, nicht bestand.

15. Zu Abs. 2.

a) **RG.** JW. **08** 31. Das Nichtbestehen einer Schuld, die einer Abrechnung zugrunde gelegt worden ist, hat nur die Wirkung, daß der Schuldner das Anerkenntnis von dem Gläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen (kondizieren), also gegenüber dem Gläubiger die Unverbindlichkeit des Anerkenntnisses geltend machen kann, sofern nicht etwa ein Fall des § 814 vorliegt.

b) BadRpr. **08** 293 (Karlsruhe). § 812 setzt ein Anerkenntnis durch Vertrag voraus und bezieht sich nicht auf prozessuale Anerkenntnisse im Sinne des § 307 ZPO.

c) **RG.** R. **08** II 87. Unstatthaft ist die Rückforderung eines Anerkenntnisses aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung dann, wenn die Angelegenheit, aus der die Bereicherung gefolgert wird, bei Abgabe des Anerkenntnisses bewußt ausgeschieden worden ist.

d) BreslauAK. **08** 42 (Breslau). Wer berechtigt ist, ein negatives Schuldanerkenntnis zu kondizieren, ist auch berechtigt, die zur Beurkundung dessen gegebene Quittung herauszuverlangen, allerdings nur dann, wenn die Quittung rechtsgeschäftlicher Natur, d. h. erteilt ist zur Beurkundung der vertraglichen Aufhebung eines Schuldverhältnisses. Fehlt der Quittung dieser rechtsgeschäftliche Charakter, d. h. dient sie nur zur Beurkundung einer, sei es wahren oder unwahren Tatsache, so stellt sie lediglich ein Beweismittel dar und bildet als solches kein geeignetes Objekt einer Vermögensverschiebung, kann mithin als Quittung nicht Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs sein.

e) RheinARV. **26** 127 (LG. Bonn) über Kondiktion eines Anerkenntnisses.

16. Lobe, UnlWettbewerb. I 359ff. Der durch unlautern Wettbewerb auch nur bei objektiv widerrechtlicher Beeinträchtigung des Konkurrenten erzielte Erwerb ist ohne rechtlichen Grund erfolgt, muß also gemäß § 812 BGB. herausgegeben werden.

Das Etwas, was der Wettbewerber erhält, ist nicht unmittelbar der durch den Absatz seine Leistung erzielte Gewinn, sondern die günstigere wirtschaftliche Lage, die günstigere Stellung im Wettbewerbe zur Erzielung des Gewinnes. Der Anspruch ist auf den Wert der Bereicherung zu richten (§ 818 Abs. 2). Ist die Wettbewerbsbehandlung nicht nur objektiv rechtswidrig, sondern schuldhaft, also eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1, so ist der Wettbewerber auch nach der Verjährung der Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 852 Abs. 2 zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet.

17. Aus der Praxis.

a) SächsRpflA. **08** 479 (Dresden). Die Klägerin, Inhaberin einer Buchbinderei, hat für den Beklagten, einen Verlagsbuchhändler, seit 1892 fortlaufend Buchbinderarbeiten ausgeführt und zu diesem Zwecke diesem gehörige Druckschriften und andere Werke auf Lager genommen. Sie fordert, da der Beklagte die bei ihr lagernden Vorräte zurückgezogen hat, ohne sie binden zu lassen, für die Aufbewahrung Lagergeld. Die Klägerin ist berechtigt, die dem Beklagten gewährte Leistung, die Aufbewahrung der Werke, die infolge des vorausgesetzten Erfolges ohne rechtlichen Grund gewährt ist, zurückzuverlangen. Da der mit der Aufbewahrung geleistete Dienst nicht rückgängig gemacht werden kann, so ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin dessen Wert zu ersetzen, der ohne rechtlichen Grund durch diese seinem Vermögen zugeflossen ist (§ 818).

b) **RG.** LeipzZ. **08** 598. Derjenige, dem gegenüber ein Vertrag angefochten wird, hat seinen Anspruch auf Rückgewähr, und wenn die Rückgewähr unmöglich geworden ist, seinen Anspruch auf Entschädigung geltend zu machen. Der Richter hat nicht schon ohne weiteres zu der Frage Stellung zu nehmen, wie es sich mit der Rückgewährpflicht verhält.

c) SächsRpflA. **08** 471 (Dresden). Der Verkäufer von Waren, die von der Frau des Käufers verbraucht worden sind, nachdem der Käufer kurz vor Ankunft der Waren sein Gewerbe abgemeldet und es auf den Namen seiner Ehefrau angemeldet hat, kann einen Bereicherungsanspruch gegen die Frau des Käufers geltend machen.

d) SächsRpflA. **08** 478 (Dresden). Wer eine Leistung auf Grund seines älteren Rechtes erlangt, ist gegenüber einem späteren Erwerber nicht auf dessen Kosten durch den Empfang der Leistung bereichert.

e) SächsRpflA. **08** 43 f. (Dresden). Gibt der Vater seinem Gläubiger Sparkassenbücher seiner Kinder, damit der Gläubiger aus den Büchern Geld abheben und sich daraus befriedigen solle, so ist der Gläubiger auf Kosten der Kinder bereichert.

f) SächsRpflA. **08** 476 (Dresden). Bereicherung des Grundstückseigentümers infolge einer ohne sein Zutun eingetretenen Verminderung einer auf dem Grundstücke ruhenden Rente.

g) RheinA. **105** I 28 (Düsseldorf). Wenn der Eigentümer eines Grundstücks an nicht anbaufertiger Straße auf Grund eines Vertrags mit der Gemeinde für die demnächst zu veranlagenden Straßenbaukostenbeiträge Sicherheit leistet und das alsdann erbaute Haus veräußert, so ist der neue Eigentümer, von dem die Beiträge noch nicht erfordert sind, nicht auf Kosten des Hinterlegers ungerechtfertigt bereichert.

h) SchlHolstAnz. **08** 38 (Kiel). Wenn eine nicht eingetragene Reallast beim Erwerbe des Grundstücks durch einen Dritten auf Grund des guten Glaubens dieses Dritten untergegangen ist, so läßt sich daraus ein Bereicherungsanspruch des Berechtigten gegen den ersten Käufer des Grundstücks, der dies mit der Reallast erworben hat, weder auf Grund des § 812 noch des § 816 herleiten.

i) SchlHolstAnz. **08** 17 (Kiel). Eine Gemeinde, welche die Kosten für eine Wegestrecke bezahlt hat, zu deren Ausbau sie nicht verpflichtet war, kann von einer anderen Gemeinde die Erstattung dieser Kosten jedenfalls dann verlangen, wenn diese der Verwaltungsbehörde gegenüber den Ausbau jener Strecke übernommen hatte.

k) BadRpr. **08** 26 (Karlsruhe). Verpflichtung des Ehemanns zur Herausgabe des Eingebrachten der Frau, wenn die geschlossene Ehe nichtig ist.

l) RG. R. **08** II 53. Ein Erbe, der in der Annahme der Gültigkeit eines Testaments mit anderen in diesem eingesetzten Personen als Miterben die Erbschaft geteilt hat, kann, wenn er nachträglich die Ungültigkeit des Testaments erkannt hat, auf Grund der §§ 812 ff. die den anderen zugeteilten Erbschaftsgegenstände zurückfordern.

m) BadRpr. **08** 108 (LG. Mosbach). Anspruch der alleinigen Testamentserbin gegen die Empfänger einer Versicherungssumme.

n) SächsRpflA. **08** 475 (Dresden). Wer auf sein gefälschtes Akzept an den Inhaber des Wechsels zahlt, hat gegen diesen einen Bereicherungsanspruch. Zahlt er in Kenntnis der Fälschung, so greift § 814 Platz.

o) RG. R. **08** II 536. Hat ein Unternehmer, der von dem Inhaber eines Patents ermächtigt ist, bei Ausführung von Werken die patentierte Erfindung unter Vorbehalt des Lizenzanspruchs des Patentinhabers anzuwenden, im Einzelfall, ohne jenen Vorbehalt zugunsten des Patentinhabers zu machen, die patentierte Erfindung angewandt, so ist für einen Bereicherungsanspruch des Patentinhabers gegen den Besteller, sofern dieser ohne grobe Fahrlässigkeit von dem Patentrecht eines Dritten nichts wußte, kein Raum.

p) RG. SächsRpflA. **08** 268, LeipzZ. **08** 449 über den Umfang der Zurückgewähr bei Nichtigkeit eines Überlassungsvertrags über ein Gebrauchsmusterrecht.

q) RG. PrVerwBl. **30** 88. Der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung kann bei dem Anspruch auf Enteignungsentschädigung überhaupt nicht in Betracht kommen, weil der Unternehmer das dem Eigentümer Entzogene nicht „ohne rechtlichen Grund", sondern eben kraft gesetzlicher Enteignung erlangt.

r) RG. 68 45, JW. **08** 241. Ein Knappschaftsverein, der der Witwe eines überfahrenen Bergmanns ein Witwengeld zahlt, kann nicht von dem Verletzten (Beklagten) die von ihm gezahlten Beträge auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung zurückerstattet verlangen (s. unten zu § 844 Ziff. 4).

s) PosMSchr. **08** 27 (Königsberg). Wer Armenunterstützung erhält, obwohl er nicht unterstützungsbedürftig ist, hat die erhaltenen Unterstützungen nach § 812 herauszugeben, da sie ohne Rechtsgrund an ihn gezahlt sind. Vgl. ebd. 74 (Posen) und abw. 75 (Marienwerder). Vgl. OLG. **14** 32 (Kiel).

t) Hoffmann, PrVerwBl. **29** 899. Rückforderungsrecht des Arbeitgebers, der zu Unrecht Krankenkassenbeiträge gezahlt hat.

u) RG. PrVolksschulA. **7** 48, s. JDR. **6** § 812 Ziff. 14 m.

v) RG. 67 240, JW. **08** 83. Ungerechtfertigte Bereicherung und Fluchtliniengesetz. Unentgeltliche Abtretung eines Grundstücksstreifens für eine Straßenanlage. Erfüllungsverweigerung (§ 821).

w) Erlanger ZVersWiss. **8** 692 bespricht den Bereicherungsanspruch aus dem nichtigen Versicherungsvertrage eines Minderjährigen. Die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung finden Anwendung und zwar lediglich wegen des Umfangs derselben. Verf. bespricht die Anwendung der §§ 818—820 im einzelnen.

x) RG. 69 134 Wird die Veräußerung des Geschäftsanteils an eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung von dem Aufsichtsrate nicht genehmigt, so kann der Käufer nach § 812 Rückzahlung des Kaufpreises verlangen.

§ 813. 1. Begriff der Einrede. *Wendt, AcivPr. **103** 422 ff. Polemik gegen Hellwig, dessen Aufstellungen der Leistungsweigerung des Schuldners aufhebende Wirkung mit rückwirkender Kraft beilegen. Das ist im Gesetze durchaus nicht begründet. Die Verweigerung der Leistung hat überhaupt keine andere Wirkung als im Prozesse, daß nämlich der Schuldner infolge seiner Weigerung freigesprochen wird, wenn er verklagt wird. Die außergerichtliche

Verweigerung der Leistung hat überhaupt keine eigene Wirkung. Die Parallele mit Anfechtung und Aufrechnung ist abzulehnen.

2. **RG.** SächsRpflA. **08** 266. § 813 knüpft den Rückforderungsanspruch an die Voraussetzung, daß dem Schuldner bereits zur Zeit der Erfüllung der Verbindlichkeit eine Einrede zur Seite stand, durch welche die Geltendmachung des erfüllten Anspruchs dauernd ausgeschlossen war.

§ 814. 1. Halbs. 1. *Reichel, AZivPr. **104** 24. Auch bei Zweifel über das Schuldigsein ist die condictio indebiti dann ausgeschlossen, wenn der Leistende sich über die ihm beigehenden Zweifel bewußtermaßen hinwegsetzt, z. B. aus geschäftlicher Kulanz (vgl. auch das dort mitgeteilte Urteil des LG. Leipzig). — Die condictio indebiti ist nicht ausgeschlossen, wenn der Leistende im Bewußtsein des Nichtverpflichtetseins, aber in Erwartung der formlos zugesagten Gegenleistung leistet, und diese Gegenleistung ausbleibt (27). Wird sie dagegen bewirkt, so ist die Rückforderung beiderseits ausgeschlossen. Die Nichtigkeit eines gemäß § 125 BGB. nichtigen Verpflichtungsgeschäfts kann nicht mehr beachtet werden, sobald das Geschäft allenthalben erfüllt ist (33 ff. mit eingehender Begründung).

2. Halbs. 2. *Reichel, AZivPr. **104** 3 ff. Wer auf Grund formnichtigen (§ 125) Geschäfts eine Leistung bewirkt hat, kann grundsätzlich das Geleistete zurückfordern. Der Einwand, ein anständiger Mann bezahle auch formlos zugesagte Schulden, ist unbeachtlich; durch das formnichtige Geschäft wird nicht einmal eine Naturalverbindlichkeit begründet. — Wohl aber ist die Kondiktion ausgeschlossen, wenn auch ohne Rücksicht auf die formnichtige Zusage der Leistende nach Sitte und Anstand zur Leistung verpflichtet war (der Gerettete verspricht dem Lebensretter formlos eine angemessene Leibrente) (21 ff.).

3. a) **RG.** LeipzZ. **08** 312. Wird von dem Leistenden vor der Zahlung das Bestehen der Schuld bestritten und die Zurückforderung des nicht geschuldeten Betrags vorbehalten, so ist einem solchen Vorbehalt die Wirkung beizulegen, daß durch ihn die Anwendung des § 814 ausgeschlossen wird.

b) KGBl. **08** 89 (KG.). Eine Provision, welche an Angestellte des Vertragsgegners gewährt wird, ist nach § 138 BGB. nichtig. Wer eine solche Provision gewährt, kann gemäß § 814 den Betrag nicht zurückfordern.

4. SächsRpflA. **08** 465 (Dresden). Schließt jemand mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Kaufvertrag und liefert er in der Erwartung, daß der Vertrag genehmigt würde, so kann er beim Nichteintritte der Genehmigung allerdings die grundlos gemachte Leistung unbeschadet der Vorschrift des § 814 zurückfordern.

5. a) **RG.** JW. **08** 467, LeipzZ. **08** 699. § 814 ist auf die Erfüllung verbotener und deswegen nichtiger Börsentermingeschäfte anwendbar.

b) BankA. **7** 188 (LG. Hamburg). § 814 bezieht sich nicht nur auf die verbotenen Börsentermingeschäfte, sondern auch auf die zwar nicht klagbaren, aber erfüllbaren sonstigen Geschäfte des § 48 BörsG. (aF.).

§ 816. 1. SächsRpflA. **08** 481 (Dresden). Bereicherung des Pfandgläubigers, der Sachen, welche dem Schuldner nicht gehörten, hat versteigern lassen. Kein Wegfall der Bereicherung, wenn der Gläubiger, in der Meinung, aus den Pfandstücken befriedigt zu sein, Wechsel und Sicherheiten weggegeben und von der Weiterverfolgung seiner Wechselansprüche Abstand genommen hat und dieselben inzwischen unrealisierbar geworden sind. Einwand der Arglist.

2. KGBl. **08** 30 (LG. I Berlin). Der Vermieter kann das Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach der Auszahlung des Versteigerungserlöses der Illaten des Mieters an dessen Gläubiger nicht im Wege der Bereicherungsklage geltend machen. Der Gläubiger hat das Geld auf Grund ordnungsmäßiger Pfändung und Versteigerung erlangt, also nicht ohne rechtlichen Grund.

3. SächsRpflA. **08** 482 (Dresden). Bereicherungsanspruch desjenigen, dem ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht zustand, hinsichtlich des Versteigerungserlöses.

4. SächsRpflA. **08** 339 (Dresden). Bereicherungsanspruch des Vermieters gegen den dritten Pfandgläubiger, der dem Pfandrechte des Vermieters unterliegende Gegenstände gepfändet und versteigert hat.

5. SächsRpflA. **08** 473 (Dresden). Bereicherung des Erstehers eines subhastierten Grundstücks durch Vereinnahmung von Mieten, die einem Dritter abgetreten waren.

6. HansGZ. Beibl. **08** 137 ff. (139) (LG. Hamburg). Der Vermieter hat gegen den Gläubiger seines Mieters, der dem Pfandrecht unterliegende Sachen versteigern läßt und den Erlös ausgezahlt erhält, den Anspruch aus § 816.

7. **RG.** R. **08** II 87. Die Vorschrift des § 816 trifft nicht den Fall, in welchem die Wirkung der Verfügung des Nichtberechtigten durch eine neue Verfügung wieder aufgehoben wird, so daß der Berechtigte in seinen Interessen keine Schädigung erfährt.

§ 817. 1. *Eichler. Das abstrakte Rechtsgeschäft bleibt gültig trotz causa turpis. Darunter soll jedoch die materielle Rechtslage nicht leiden. Die Möglichkeit, dies zu verhindern, bietet § 817. Er schlägt aber da nicht ein, wo nur der Geber unsittlich handelte. Verstieß er allein, nicht auch der Empfänger gegen die guten Sitten, so schließt das andererseits eine an sich nach § 812 begründete Rückforderung nicht aus. Hieraus folgt aber nicht, wie in **RG. 63** 346 behauptet, daß der Geber bei doppelseitigem Verstoß eine Kondiktion nur auf § 812 zu gründen brauche, um nicht nach § 817 mit ihr vom Erfolg ausgeschlossen zu sein. Satz 2 von § 817 gegenüber jedem nicht hierauf gestützten Bereicherungsanspruch in Anwendung zu bringen, fordert entgegen der genannten Entscheidung, nicht nur nicht die Einheitlichkeit des letzteren, sie verbietet es sogar. So ist auch eine Kondiktion des dem Bewucherten Geleisteten aus § 812 dem Wucherer nicht schon deshalb entzogen, weil er allein, nicht auch der Bewucherte, gegen die guten Sitten verstoßen hat. Daß die Rechtslage des unsittlichen Gebers eine bessere sei, wenn ihn ein solcher Verstoß allein trifft, nicht auch den Empfänger, erscheint nicht unbillig.

2. Graff, DJZ. **08** 1102 f., vertritt die Ansicht, daß der Wucherer das Geleistete zurückfordern könne (gegen Dernburg, Lehrbuch I § 127, Eccius, DJZ. **03** 41, Neubecker, DJZ. **02** 568). Vgl. JDR. **1** § 817 Ziff. 2.

3. Bordellhypothek.

RG. 68 97, JW. **08** 297. Die Hypothekbestellung, die für eine nichtige Forderung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäfte bewirkt worden ist, ist keine „Leistung" im Sinne des § 817. Denn der Begriff der Leistung erfordert, daß eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen worden ist. Durch die Hypothekbestellung hat der Besteller nichts aus seinem Vermögen herausgegeben, gleichviel ob die Hypothek oder ob nur die gesicherte Forderung nichtig ist. Wenn die Hypothek selbst nichtig ist, hat der Hypothekbesteller überhaupt kein dingliches Recht an seinem Grundstücke begründet; und wenn nur die gesicherte Forderung nichtig ist, hatte die Hypothekbestellung nicht die Wirkung, daß das dingliche Recht derjenige erlangt hat, an den es bestellt werden sollte, sondern ist das Hypothekenrecht kraft Gesetzes in der Hand des Bestellers als Eigentümergrundschuld verblieben. RG. weicht von seiner Entsch. **63** 189 (vgl. JDR. **5** § 817 Ziff. 1 u. 2) ab.

4. **RG. 67** 321, JW. **08** 139. Unter die Ausnahmevorschrift des § 817 Satz 2 fallen alle Leistungen, die unmittelbar auf Grund eines gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden Vertrags erfolgten. Leistungen, die, wie die Bestellung eines Pfandes für eine aus dem Vertrag entspringende Forderung, als solche einem erlaubten Zwecke dienen, werden von der Bestimmung

nicht betroffen. Der an sich rechtsbeständige Nebenvertrag, auf Grund dessen sie erfolgen, ist nur folgeweise hinfällig, weil der Hauptvertrag, mit dem er verbunden war und dessen Zwecken er dienen sollte, sich als nichtig erweist, die Leistung auf Grund des Nebenvertrags also lediglich deshalb ohne rechtfertigenden Grund geschehen ist. Auf sie findet deshalb lediglich die allgemeine Vorschrift des § 812 Anwendung. — Als Leistung, deren Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn außer dem Empfänger durch die Annahme auch dem Leistenden durch die Gewährung der Leistung ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fällt, kann aber nur die Gewährung eines solchen Vermögensvorteils angesehen werden, der dazu bestimmt ist, endgültig in das Vermögen des Empfängers überzugehen, nicht aber eines solchen, der nur zu vorübergehenden Zwecken diesem zugeführt worden ist und, soweit später kein Grund für seinen dauernden Übergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten ist, schon seiner Natur nach zurückgewährt werden muß (Kaution). Vgl. **RG.** JW. **08** 297 (298).

5. **RG.** R. **08** II 54. Satz 2 findet nicht nur gegenüber einem auf Satz 1 gegründeten Bereicherungsanspruch Anwendung, sondern allgemein bei allen Bereicherungsansprüchen, wenn ein ihm entsprechender Tatbestand zugrunde liegt.

6. **RG.** R. II **08** 197. Die Bestimmung des § 817 Satz 2 ist nicht anwendbar auf Leistungen, die unter dem Ausschlusse freier Willensbestimmung durch Drohungen erzwungen sind. Die Verantwortlichkeit für unsittliches Handeln setzt eigene freie Entschließung voraus.

7. **RG.** JW. **08** 677. Die Bestimmung des § 817 Satz 2 ist nicht auf Fälle beschränkt, wo auf der Seite des Empfängers die im ersten Satze des § 817 bezeichnete Sachlage vorliegt und auf sie der Bereicherungsanspruch gestützt wird, die erwähnte Vorschrift ist vielmehr als eine für alle Bereicherungsansprüche maßgebende Regel anzusehen (**RG. 63** 346, JDR. **5** § 817 Ziff. 3). Sie gilt indes nur für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und kann auf Forderungen aus anderen Rechtsverhältnissen, insbesondere auf solche aus unerlaubten Handlungen nicht angewendet werden. — Verstoß gegen die guten Sitten nach den Umständen in dem Gewähren eines Darlehens zum Spiele.

8. **RG.** LeipzZ. **08** 935. Bei demselben Vertrage kann zwar der eine Teil durch Ausbedingung und Annahme einer Leistung gegen die guten Sitten verstoßen (z. B. der Wucherer), nicht aber der andere Teil, der die ihm angesonnene Leistung gewährt (z. B. der Bewucherte).

9. **RG.** DJZ. **08** 593. Nichtigkeit des Erwerbes von Parten deutscher Schiffe durch Ausländer. Der Käufer (Ausländer) kann den Kaufpreis nicht zurückfordern, wenn beide Kontrahenten wußten, daß ein Schiff unter deutscher Flagge nur dann fahren darf, wenn sämtliche Reeder Deutsche sind.

10. **RG.** R. **08** II 660. Sind in einem Geschäftsbetrieb Unregelmäßigkeiten vorgekommen und hat der Geschäftsinhaber — A. — einem anderen — B. —, um dessen Schweigen über die ihm bekannt gewordenen Unregelmäßigkeiten zu erkaufen, einen Geldbetrag ausgehändigt, so ist der Anspruch auf Erstattung dieses Betrags begründet, wenn A. lediglich unter dem Zwange der Drohungen des B., die Unregelmäßigkeiten bekannt zu machen, das Geld gegeben hat.

§ 818. 1. R. **08** II 467 (Braunschweig). Als Bereicherung erscheint nur soviel, wie nicht bloß nach Ausgleich des beiderseits in Erfüllung des Vertrags Gegebenen und Empfangenen, sondern auch unter Berücksichtigung dessen übrig bleibt, was durch spätere Umstände an den geleisteten Werten geändert ist (gegen **RG.** R. **07** Ziff. 2503).

2. Abs. 2.

RG. WarneyersJ. **08** 36. Dafür, ob eine Bereicherung weggefallen ist, kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an. Der Wegfall der Bereicherung kann auch auf spätere Ereignisse gestützt werden.

3. Abs. 3.

a) **RG. 68** 269, JW. **08** 403 (s. oben § 812 Ziff. 3). Der Beklagte kann den Nachweis des nachträglichen Wegfalls der Bereicherung allgemein damit erbringen, daß sein ganzes aktives Vermögen nicht mehr den Betrag der Bereicherungssumme deckt; insoweit dies der Fall, würde mit dem Vermögen auch die Bereicherung verschwunden sein. Davon abgesehen würde es ihm freistehen, darzutun, daß entweder gerade das von dem Kläger seinem Vermögen zugeführte Geld auf irgendeine Weise aus diesem wieder ausgeschieden sei (**RG. 65** 298, JDR. **6** § 818 Ziff. 1) oder daß die erlangten Summen zu besonderen Zwecken verbraucht worden seien, die eine Ersparung von Ausgaben auf der anderen Seite ausschlossen.

b) BadRpr. **08** 42 (Karlsruhe). Zum Beweise des Wegfalls der Bereicherung reicht die einfache Behauptung des Verbrauchs (von Geld) nicht aus, da der Verbrauch zu Ausgaben geschehen sein kann, welche der Bereicherte auch sonst gemacht hätte; er muß dartun, daß die Ausgaben zu unproduktiven Zwecken (Vergnügungen usw.) geschahen.

c) **RG.** SeuffBl. **08** 361. Der Beklagte hat den Wegfall der Bereicherung darzutun.

4. a) SächsRpflA. **08** 481 Anm. (Dresden). Der Wegfall der Bereicherung ist nicht zu vermuten, sondern vom Beklagten zu behaupten.

b) **RG.** R. **08** II 300, LeipzZ. **08** 865. Beweislast für Wegfall der Bereicherung (vgl. **RG.** SächsRpflA. **15** 65).

5. SächsRpflA. **08** 481 (Dresden) vgl. oben § 816.

6. SächsRpflA. **08** 480 (Dresden). Schenkt derjenige, der von einem anderen einen Gegenstand geschenkt erhalten hat, den Gegenstand auf Geheiß des Schenkers an einen Dritten, so ist der ursprünglich Beschenkte nicht mehr bereichert. § 528 findet auf das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Schenker und dem Zweitbeschenkten keine Anwendung. Wenn § 528 bestimmt, der Schenker könne vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern, so ist damit nur die Anwendung des § 818, nicht auch diejenige des § 822 gemeint. S. auch oben zu § 528.

7. **RG.** R. **08** II 300. Wer ein Ladenlokal aus nichtigem Mietvertrage benutzt hat, muß als Nutzung oder Vorteil nicht den ganzen Geschäftsgewinn herausgeben, er hat nur den objektiven Wert des Gebrauchs des Ladens zu ersetzen, es sei denn, daß der Geschäftsgewinn geringer ist; in letzterem Falle greift § 818 Abs. 3 Platz. In gleicher Weise sind, wenn der Bereicherungsanspruch auf Rückübertragung einer Lizenz gerichtet ist, unter den Nutzungen der Lizenz nicht alle Vorteile des Geschäftsbetriebs zu verstehen, in dem die Lizenz gebraucht worden ist. Vorteil ist auch hier als Höchstbetrag nur der objektive Wert des Gebrauchs des Rechtes.

8. ElsLothJZ. **08** 190 (Colmor). Derjenige Verlobte, der unberechtigt vom Verlöbnisse zurückgetreten ist, haftet von dem Rücktritt ab für die Herausgabe der Geschenke, wie wenn der Herausgabeanspruch in diesem Augenblicke rechtshängig geworden wäre.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Im Verhältnisse zu den Vorjahren ist die Literatur über die den gesamten Titel umfassenden Fragen im Berichtsjahre recht spärlich. In Betracht kommt in erster Reihe das groß angelegte Werk von Lobe über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Den reichhaltigen Inhalt dieses Werkes, das sich auf alle Fragen der Verletzung eines Gewerbebetriebs erstreckt, auch nur annähernd wiederzugeben, verbietet der Zweck des Jahrbuchs. Nur einzelne wenige Ausführungen müssen genügen. Sonst sind nur zu den einzelnen Problemen Aufsätze und Abhandlungen zu verzeichnen. Dagegen sind

Entscheidungen über die Einzelfälle, wie in den früheren Jahren, in großer Zahl ergangen. — Wie stets bisher ist auch diesmal wieder eine Vorgruppe den einzelnen Bestimmungen vorangeschickt.

Im einzelnen sei auf die Arbeiten von Marx, Fraenkel, Kipp hingewiesen. Insbesondere Kipp behandelt die durchaus aktuelle Frage, inwieweit den Luftschiffer eine Haftung für die Beschädigung von Gegenständen trifft, welche durch Herabwerfen aus dem Luftschiff entsteht. Im großen und ganzen tauchen die alten Fragen wieder auf. Josef hat in kasuistischer Weise die bekannte Frage der Haftung für die Sicherheit in Verkehrsräumen behandelt. Die Ersatzpflicht des Automobilbesitzers ist wiederholt Gegenstand der Entscheidung gewesen. Das kommende Automobilhaftpflichtgesetz wird die Haftung verschärfen; indessen ist durch die Rechtsprechung des RG. auch für das bisherige Recht eine erträgliche Rechtslage geschaffen. — Zu § 826 ist ein Aufsatz von Pagenstecher über die Ausbeutung von Urteilen gegen die guten Sitten zu erwähnen. Ferner sei auf den Aufsatz von Lobe und das Gutachten von Pape hingewiesen. — Aus der Rechtsprechung zu § 831 ist zu bemerken, daß die Schadensersatzpflicht des Geschäftsherrn abgelehnt ist für einen Schaden, der nur bei Gelegenheit der Ausführung der Tätigkeit des Angestellten entstanden ist. Über die Auswahl des Chauffeurs sind wiederholte Erkenntnisse ergangen. — § 833 hat im Berichtsjahre die lang vorbereitete Abänderung erfahren. v. Lippmann beschäftigt sich eingehend mit den Bestimmungen der Novelle. Der Ausschluß der Haftung bei unentgeltlichem Mitfahren eines Fahrgastes gibt immer noch Anlaß zu Streitigkeiten. Entscheidungen, die den neuen § 833 betreffen, sind noch nicht bekannt geworden. Das RG. hat unter eingehender Begründung den § 254 als auf die Tierhalterhaftpflicht anwendbar erklärt. Beachtung verdient die Arbeit Krückmanns. — Zu § 839 sind zahlreiche Einzelentscheidungen zu verzeichenen. — Zu §§ 843, 844 hat das RG. verschiedene wichtige Urteile gefällt. Diese Bestimmungen, insbesondere in Verbindung mit Vorschriften über die Unterhaltspflicht, geben zu manchen Unklarheiten Anlaß. — Zu § 847 ist zu bemerken, daß es auffällig erscheint, wenn zahlreiche Entscheidungen die Frage behandeln, daß der § 847 nur bei unerlaubten Handlungen, nicht bei Vertragsverletzungen Anwendung findet. De lege ferenda ließe sich für eine Erweiterung manches anführen.

Literatur: Fraenkel, Der Schutz der Ehre im bürgerlichen Rechte. Breslau 1908. — Hilse, VolksschulA. **08** 12. — Hinze, Zur Haftung für fremdes Verschulden bei konkurrierendem außervertraglichen Verschulden, JW. **08** 230. — Josef, Bemerkungen zur Lehre von der Haftung für die Verkehrssicherheit von privaten und Berufs-Räumen, GruchotsBeitr. **52** 525—544. — Kipp, Luftschiffahrt und Grundeigentum, JW. **08** 643. — Kiß, Die Verleitung zum Vertragsbruche, DJZ. **08** 684. — Köhler, Überschreitung des Züchtigungsrechts durch den Lehrer, R. **08** 848. — Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. JheringsJ. **54** 107. — v. Lippmann, Das Gesetz betr. Änderung des § 83 BGB. vom 30. Mai 1908, SeuffBl. **08** 649—660. — Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Bd. I. Leipzig 1907. — Derselbe, Die zivilrechtlichen Folgen von Verrufserklärungen in den modernen Lohnkämpfen, DJZ. **08** 934. — Ludowieg, Zur Schadensersatzpflicht des Luftschiffers, JW. **08** 705. — Marx, Die Kausalität der Unterlassung. Berlin 1908. — Pagenstecher, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, JW. **08** 187. — Pape, Gutachten über die Frage: Welche zivilrechtlichen Folgen knüpfen sich an die im modernen Lohnkampf üblichen Verrufserklärungen, insbesondere an das Verbot des Einkaufs und Verkaufs, des Arbeitgebers und Arbeitnehmers? 29. DJT. **4** 246. — Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcivPr. **104** 1—150. — Schelcher, Die Entschädigung des Straßenanliegers, FischersZ. **34** 1—83. — Zeiler, Vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Ehebruch, R. **08** 582.

Zu §§ 823 ff. 1. Kausalzusammenhang (s. oben § 249 Ziff. 2 u. § 833 Ziff. 2, JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5).

a) **RG.** JW. **08** 526, GruchotsBeitr. **52** 1046 (s. o. § 249 Ziff. 2α, β). Der ursächliche Zusammenhang im Rechtssinne zwischen einem bestimmten, zu vertretenden Ereignis und einem schädlichen Erfolge setzt voraus, daß ein ursächlicher

Zusammenhang im natürlichen Sinne zwischen beiden vorliege, d. h. daß der Schaden ohne das Ereignis nicht eingetreten wäre; hierzu muß aber noch die Erfüllung eines weiteren Erfordernisses treten, daß es sich nicht um rein zufällige Folgen handeln darf, die für die Entstehung des Schadens an sich ganz ohne Bedeutung geblieben wären, auch wenn sie im gegebenen Falle infolge einer Verkettung der Umstände durch das ursprüngliche schadenbringende Ereignis ermöglicht worden sind. Dieses Erfordernis läßt sich aber in einer die beiderseitigen Interessen gleichmäßig berücksichtigenden Weise nur dahin feststellen, daß der nur mittelbar eingetretene Erfolg nicht in einem so entfernten Zusammenhange mit dem ursprünglichen Ereignisse stehen darf, daß er nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann. Im vorliegenden Falle handelte es sich um die Haftung für den Schaden, der durch die Aufregungen des Prozesses über einen Schadensersatzanspruch herbeigeführt wurde. Die Frage wurde bejaht (s. u. § 823 Abs. 1 Ziff. 2f.).

b) **RG.** SeuffA. **63** 451, EisenbE. **24** 383, BayRpflZ. **08** 166, JW. **08** 196. Damit den Erfordernissen des praktischen Lebens genügt werde, muß es bei den Schranken menschlicher Erkenntnis ausreichen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang von Krankheitserscheinungen mit einem Unfalle besteht. Eine mathematische Gewißheit kann nicht verlangt werden (**RG. 15** 339, **29** 140, JW. **95** 543, **03** 384).

c) **RG.** R. **08** II 265. Nur diejenige Bedingung gilt als kausal für den Erfolg, die nach der Regel des Lebens und nach der Erfahrung der Wissenschaft von vornherein geeignet war, sei es für sich, sei es in Verbindung mit anderen gegebenen Bedingungen den eingetretenen Erfolg zu fördern und herbeizuführen. (S. o. § 249 Ziff. 2a zu ε.)

d) HansGZ. Beibl. **08** 197 (Hamburg). Vorhandensein des Kausalzusammenhanges, wenn eine Unterlassung des Haftpflichtigen weitere Maßregeln des Beschädigten erforderlich macht, bei denen der schädigende Unfall eintritt.

e) R. **08** II 300 (Stuttgart). Wenn jemand durch eine Handlung verletzt wird, infolge dieser Verletzung eine Anlage zu weiterer Verunglückung zurückbleibt und wenn dann der Verletzte infolge der Anlage und seines dieser Anlage nicht genügend Rechnung tragenden Verhaltens sich einen weiteren Unfall zuzieht, so ist die erste Handlung im Rechtssinne nicht die Ursache des weiteren Unfalls.

f) **RG.** JW. **08** 299. Kausalzusammenhang bei zwei zusammenwirkenden Ursachen; keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges.

g) HansGZ. Beibl. **08** 8 (Hamburg). Der Fall einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch ein neues selbständiges Ereignis, für das der zum Schadensersatze Verpflichtete nicht verantwortlich ist, liegt nicht vor, wenn der entstandene Schaden auch durch einen späteren Zufall entstanden wäre.

h) R. **08** II 11 (Stuttgart). Der ursächliche Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit des Maschinenfabrikanten und Körperverletzung ist dadurch nicht unterbrochen, daß erst im Betriebe des Käufers der Maschine ein Dritter durch die mit mangelhaften Schutzvorrichtungen versehene Maschine beschädigt wird.

i) **RG.** R. **08** II 88. Ist infolge von Eisglätte auf einer Dorfstraße ein Wagen ins Rutschen gekommen und hat dann der Lenker des Wagens, um Unheil zu vermeiden, den Wagen gegen eine ansteigende Straßenböschung gelenkt, so ist, wenn hierbei der Wagen umgestürzt ist, der ursächliche Zusammenhang zwischen der Eisglätte und dem Schaden nicht aufgehoben.

2. Verschulden (s. JDR. **5** zu §§ 823 ff. Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 6).

a) **RG.** EisenbE. **24** 179 s. JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 4 b.

b) **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 163. Beim Eventualdolus will der Handelnde den an sich außerhalb seiner Zwecke liegenden schädlichen Erfolg für den Fall, daß ohne diesen die beabsichtigte vorsätzliche Handlung nicht ausführbar sein sollte. Es wird also (wie beim Vorsatze) die bestimmte Erkenntnis vorausgesetzt, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben könne.

3. MecklZ. **26** 268 (Rostock). § 227 findet bei Putativnotwehr Anwendung (s. IDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 5, **2** Ziff. 10, **1** Ziff. 7).

4. *Marx, Kausalität der Unterlassung rc. Dem Gesetze liegt der Sprachgebrauch des täglichen Lebens zugrunde, und in diesem wird ein menschliches Unterlassen ebenso wie das Ausbleiben eines als möglicherweise eintretend gedachten oder auch erwarteten Vorganges in übertragenem Sinne dann als Ursache einer Erscheinung bezeichnet, wenn sich zwischen ihr und der betreffenden Erscheinung (dem Erfolg) ein berechenbarer und entscheidender Zusammenhang nachweisen läßt, d. h. wenn dargetan werden kann, daß mit dem Fortfalle der Unterlassung des (möglichen, erwarteten) Tuns auch der Erfolg nach menschlicher Berechnung unterblieben sein würde, also mit dem Hinzudenken einer Handlung gewisser Art der rechtlich verpönte Erfolg verhindert worden wäre. Diesen übertragenen Begriff der Verursachung durch eine Unterlassung wendet der Sprachgebrauch ferner nicht nur da an, wo gerade von „Verursachung" die Rede ist, sondern auch dann, wenn es sich um bestimmtere Tätigkeitswörter — wie z. B. „verletzen", „töten" oder dgl. — handelt (12 ff.). — Daß das BGB. nicht grundsätzlich vom dargelegten Sprachgebrauch abgewichen ist, ergibt sich vor allem aus § 1875 Abs. 1 BGB., wo von „durch Unterlassung verursachten" Kosten die Rede ist. — Das schon im allgemeinen Denken vorhandene Element der Erwartung eines anderen Verhaltens muß nun für die einzelnen Gesetzesbestimmungen genauer präzisiert werden. — Im Sinne des § 823 Abs. 1 besteht für den Gesetzgeber das zu erwartende Tun lediglich in dem Tun, das erforderlich ist, damit jemand seinen Rechtspflichten genüge. Nur die rechtswidrige, gegen eine Rechtspflicht zum Handeln verstoßende Unterlassung ist für § 823 Abs. 1 relevant (näheres 14 ff.). — Gegen eine Rechtspflicht zum Handeln verstoßen Unterlassungen dann, wenn das unterlassene Tun durch ein gerade dieses Tun vorschreibendes bestimmtes Gesetz oder infolge einer vertraglichen Verpflichtung (hier ziemlich unbeschränkte Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktshaftung, 20 ff.) oder — und dies sind die wichtigsten Fälle — von der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, genau genommen auch durch Gesetz, geboten war. — Indem das Gesetz erklärt: „fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt", legt es nicht nur einfach den Grad der auf Grund irgendwelcher anderen Bestimmungen anzuwendenden Sorgfalt fest, sondern deutet auch ganz allgemein an, daß überhaupt Sorgfalt im Verkehr erforderlich ist; und indem es dann weiter im § 823 Abs. 1 die Schadensersatzpflicht auch an die fahrlässig (durch Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt) zugefügte „widerrechtliche" (d. h. nicht aus einem besonderen Grunde zu einer rechtmäßig gewordenen, vgl. 16, 17) Verletzung der dort näher bezeichneten Rechte und Rechtsgüter anderer knüpft, gibt es klar und unzweideutig zu erkennen, daß jeder rechtlich verpflichtet ist, sein Verhalten da, wo er mit den angeführten Rechten und Rechtsgütern anderer in Berührung kommt, so einzurichten, daß er dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet (23 f.). — Die im Verkehr anzuwendende (abstrakt, objektiv zu bestimmende, 25, 26, 27) Sorgfalt fordert zuweilen auch ein positives Tun (24, 25, 27 ff.); die Unterlassung des Tuns verstößt alsdann gegen eine Rechtspflicht zum Handeln. — Verletzt man eine solche Pflicht in bewußter Weise, so kann man nicht selten von bewußter Fahrlässigkeit und vorsätzlicher Verletzung dieser Pflichten, noch nicht aber von einer vorsätzlichen Verletzung eines fremden Rechtes oder Rechtsguts (falls eine solche Verletzung verursacht worden ist) sprechen; letzteres kann man nur dann, wenn der

die Pflicht Verletzende zugleich die hieraus entspringende Verletzung des fremden Rechtes oder Rechtsguts vor Augen gesehen und gebilligt hat. — Relevante Unterlassung und Fahrlässigkeit dürfen nicht identifiziert werden (25). — Für § 823 Abs. 2 kommt auch die Nichtbeachtung einer an sich lediglich dem öffentlichen Rechte angehörenden Vorschrift in Betracht (35 ff., 38). — In Fällen des § 831 BGB. ist eine Haftung desjenigen, der einen anderen zu einer Verrichtung angestellt hat, auf Grund einer Unterlassung des Angestellten bei fehlender culpa in eligendo des Anstellenden noch nicht ausgeschlossen; es bleibt vielmehr die Möglichkeit einer Haftung aus § 823 Abs. 1, da noch mangelhafte Beaufsichtigung vorgelegen haben kann (42 f.).

5. Klage auf Unterlassung (s. JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 8, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) HansGZ. Beibl. **08** 73 (Hamburg). Ein allgemeines Recht auf Wahrheit mit der Rechtsfolge, daß die bloße Tatsache der Aufstellung unrichtiger Behauptungen einen Anspruch auf Unterlassung solcher Angaben für die Zukunft zu rechtfertigen vermöchte, ist dem geltenden Rechte fremd. In Frage kommt allein, ob in der vom Beklagten ausgegangenen Verbreitung der vermeintlich unrichtigen Behauptungen ein unerlaubtes Verhalten desselben im Sinne der §§ 823, 824 oder 826 gefunden werden kann. Ein Bauunternehmer kann einer Bauzeitung nicht untersagen, zu veröffentlichen, welche Bauten er zur Zeit projektiert oder ausführt, weil ihm daraus geschäftliche Unbequemlichkeiten erwachsen.

b) v. Dassel, R. **08** 505. Eine allgemeine Rechtspflicht des einzelnen und auch der Presse, die Veröffentlichung von auf die geschäftlichen Verhältnisse eines anderen sich beziehenden wahren Behauptungen zu unterlassen, besteht nicht. Eine Unterlassungspflicht gibt es nur bei unwahren Behauptungen.

c) **RG.** JW. **08** 333, LeipzZ. **08** 539. Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs ist, daß Wiederholungen der beanstandeten Handlung zu befürchten sind. Fällt diese Befürchtung weg, so ist für den Unterlassungsanspruch kein Raum.

d) ThürBl. **55** 57 (Jena). Zulässigkeit der Unterlassungsklage in den Fällen, in denen ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind.

e) α. **RG.** R. **08** II 232. Unterlassungsklage erfordert eine objektive Unwahrheit der behaupteten Tatsache, kein Verschulden (**RG. 60** 6, **61** 366). Über Unterlassungsklage vgl. **RG.** R. **08** II 265.

β. Otto, SächsRpflA. **08** 879, über die Zulassung der Unterlassungsansprüche.

f) α. BadRpr. **08** 131 (Karlsruhe). Klage auf Unterlassung des Nachdrucks bei Herstellung eines Adreßbuchs.

β. **RG.** LeipzZ. **08** 228. Unterlassungsklage.

6. Klagenkonkurrenz (s. JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 9, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 7, **1** Ziff. 8). (S. a. o. § 276 Ziff. 4c.)

a) **RG. 67** 182 JW. **08** 71. Wird bei der Erfüllung eines Vertrags nicht die genügende Sorgfalt angewandt, so bildet gerade die ungenügende Sorgfaltsanwendung das Wesentliche der unerlaubten Handlung; diese steht mit der Vertragserfüllung in einem inneren untrennbaren Zusammenhang. In solchem Falle rechtfertigt es sich schon nach allgemeinen Grundsätzen, daß die Schadensersatzpflicht nur nach den das Vertragsverhältnis beherrschenden Rechtsregeln, unter Ausscheidung der Vorschriften über die außervertragliche Haftung, beurteilt wird (vgl. **RG.** JW. **04** 166). Ist der Vertragsanspruch verjährt, so kann nicht aus der unerlaubten Handlung geklagt werden. (S. o. § 276 Ziff. 4e α.)

b) OLG. **17** 409 (Bamberg). Die Vorschriften der §§ 823 ff. stehen als allgemeine den Bestimmungen über vertragliches Verschulden derart gegenüber, daß eine kumulative Inanspruchnahme des Schuldners aus beiden Haftungsgründen

zugleich in Ansehung desselben Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist. Dies gilt namentlich auch für die Fälle, in denen eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung zugleich den Tatbestand einer Vertragsverletzung und einer unerlaubten Handlung erfüllt. Zwar hindert das Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschädigten und dem Schuldner die Belangung des letzteren aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung an sich dann nicht, wenn die subjektiven und objektiven Erfordernisse einer solchen selbständig neben dem Vertragsverhältnisse gegeben sind. Ist die schuldhafte Unterlassung oder Handlung aber gerade in Erfüllung und durch Außerachtlassung jener Verpflichtungen erfolgt, welche nach dem Vertrag ausdrücklich übernommen sind, und besteht sonach zwischen diesem und dem schädigenden Tun oder Unterlassen ein innerer Zusammenhang, dann kann der Schadensersatz auch nur nach den speziell für dieses Vertragsverhältnis bestehenden gesetzlichen Vorschriften geltend gemacht werden. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist Tatfrage. Vgl. ebd. 410 ff. OLG. Braunschweig, Celle, Dresden.

c) **RG.** JW. **08** 432, LeipzZ. **08** 616. Für die Frage, ob neben kontraktlichen Ansprüchen deliktische mit in Betracht kommen, ist die Beurteilung des konkreten Falles entscheidend; nach der Sachlage des Einzelfalls ist zu ermessen, ob die Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt und deshalb dem Geschädigten aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten Ansprüche zustehen. Grundsätzlich ist eine solche Konkurrenz beider Ansprüche nicht auszuschließen. (S. o. § 276 Ziff. 4e β.)

d) **RG.** JW. **08** 236. Konkurrenz zwischen der Vertragsklage und der Klage aus der unerlaubten Handlung.

7. Beweislast (s. JDR. **6** zu §§ 823 ff. Ziff. 10, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) **RG.** JW. **08** 525, DJZ. **08** 1105, JagdRZ. **08** 286. Den Kläger, der auf die Behauptung einer unerlaubten Handlung des Beklagten nach § 823 Abs. 1 einen Schadensersatzanspruch stützt, trifft die Beweislast, daß der Beklagte vorsätzlich oder fahrlässig eines der aufgeführten Rechtsgüter des Klägers widerrechtlich verletzt habe; sein Beweis hat sich nicht nur auf den objektiven Tatbestand der widerrechtlichen Handlung, sondern auch auf den subjektiven Tatbestand, das Verschulden des in Anspruch genommenen Beklagten zu richten. Aber er genügt dieser Beweispflicht, wenn er einen Sachverhalt dartut, der, an sich betrachtet, nach dem regelmäßigen Zusammenhange der Dinge zunächst die Folgerung rechtfertigt, daß der eingetretene Unfall vom Beklagten verschuldet sei; Sache des Beklagten ist es demgegenüber alsdann, die etwaigen besonderen Umstände nachzuweisen, aus denen seine Schuldlosigkeit sich ergibt. Haftung für eine Verletzung durch einen Schuß auf der Jagd. Der Jäger haftet, solange er nicht seinerseits den Nachweis zu führen vermag, daß er bei der Herstellung seiner Patronen und bei der Auswahl der für die Jagdverwendung am Unfalltage bestimmten Geschosse die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. (S. a. § 276 Ziff. 7o zu α.)

b) MecklZ. **26** 268 (Rostock). Zur Begründung eines auf vorsätzliche Tötung oder Körperverletzung gegründeten Schadensersatzanspruchs genügt der Nachweis, daß die Handlung vorsätzlich begangen ist; daneben bedarf es nicht auch der Behauptung und des Nachweises, daß die Handlung widerrechtlich erfolgt ist. Sache des in Anspruch Genommenen ist es vielmehr, solche besonderen Umstände darzulegen und zu beweisen, durch welche seiner Handlungsweise der Charakter der Widerrechtlichkeit genommen wird. — Tötung eines Wilddiebs durch einen Förster.

c) **RG.** R. **08** II 54. Behauptet jemand, daß er eine Observanz aus entschuldbarer Nichtkenntnis nicht beachtet habe, so ist er für die Nichtkenntnis und ihre Entschuldbarkeit beweispflichtig.

d) GruchotsBeitr. **52** 1016, **RG.** JW. **08** 236. Kläger hat im Geschäfte des Beklagten Selterwasser verlangt und statt dessen eine ätzende Lauge erhalten. Er hat sich verletzt. Hier kann nicht dem Käufer (Kläger) der für ihn gewöhnlich fast unmögliche Nachweis zugemutet werden, daß der ihm abgegebene schadenbringende Gegenstand durch Verschulden des Geschäftsinhabers oder seiner Angestellten unter die Waren des Verkäufers geraten und ausgehändigt worden sei. Vielmehr ist von dem Verkäufer und Gewerbetreibenden solchenfalls und zumal, wenn es den Verkauf von Nahrungs- und Genußmitteln betrifft, zu verlangen, daß er seinerseits die Umstände darlegt, welche die Annahme eines ihm oder seinen Gehilfen zur Last fallenden Verschuldens zu beseitigen geeignet sind.

e) WürttJ. **20** 266 (Stuttgart) über Beweislast bei unerlaubten Handlungen.

8. **RG. 68** 429, JW. **08** 473, EisenbE. **25** 75. Über die Ersatzleistung gegenüber mehreren Verpflichteten s. unten § 843 Ziff. 3.

9. Gerichtsstand (s. JDR. **5** Ziff. 10, **4** Ziff. 10). Gerichtsstand bei Versendung von Druckschriften.

UnlW. **7** 89 (Hamburg). Die durch Versendung von Schriften vor sich gehende Mitteilung des Inhalts derselben an andere wird sowohl am Orte der Absendung, wie an dem Orte begangen, wo nach dem Willen des Mitteilenden der Empfänger die Sendung entgegennimmt oder liest. Eine einzelne von mehreren solcher Versendungen kann die Zuständigkeit nur unter der Voraussetzung begründen, daß gerade auch in diesem bestimmten einzelnen Falle die Versendung ganz und gar oder auch zum Teil den Tatbestand der in Rede stehenden unerlaubten Handlung ausmacht (vgl. ebd. 91).

10. DJZ. **08** 488 (PrKompGH.). Für einen Schadensersatzanspruch, den ein Offizier gegen seine Vorgesetzten geltend macht, weil ein angeblich wissentlich falscher Bericht zur Entlassung des Klägers geführt hat, ist der Rechtsweg ausgeschlossen.

§ 823. I. Abs. 1.

1. Verletzung der Freiheit (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 3, **4** Ziff. 5, **1** Ziff. 6).

RG. JW. **08** 679. Eine widerrechtliche Beeinträchtigung der Freiheit ist nicht schon die Verfolgung eigener, denjenigen eines Dritten widerstreitender Interessen, wenn diese selbst von dem vorausgesehenen und gewollten Erfolge begleitet sind, daß dadurch das Gebiet der freien Betätigung des Dritten eingeschränkt wird; als widerrechtliche Verletzung der Freiheit erscheint vielmehr nur die Beugung des fremden Willens durch Drohung oder Zwang und seine Bestimmung durch angewandte Täuschung (**RG. 48** 123, **58** 28).

2. Körperverletzung (s. JDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) *Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Schadensersatzpflicht des Arztes bei Behandlung ohne rechtswirksame Einwilligung des Behandelten (8 ff.). Ausschluß der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung (7 ff.).

b) **RG. 68** 431, JW. **08** 480, BadRpr. **08** 182, DJZ. **08** 969. Der Arzt, welcher ohne die erklärte oder doch mutmaßliche Einwilligung des Leidenden oder seines gesetzlichen Vertreters einen operativen Eingriff vornimmt, macht sich einer widerrechtlichen Körperverletzung schuldig. Ein besonderes Berufsrecht, vermöge dessen ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des anderen ohne oder selbst gegen dessen Willen erlaubt wäre, steht grundsätzlich auch dem Arzte nicht zur Seite (Ausnahmefälle z. B. bei Gefahr im Verzuge sind gegeben). Eine vorsätzliche (widerrechtliche) Körperverletzung liegt vor, wenn der Arzt weiß, daß eine gültige Einwilligung fehlt, daß er im Widerspruche gegen den Willen des Patienten oder des sonstigen Einwilligungsberechtigten handelt. Doch kann ein wenigstens eventueller Vorsatz nach Umständen auch dann angenommen werden, wenn der Arzt sich um das Vor-

handensein der Zustimmung überhaupt nicht gekümmert hat. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Arzt in dem guten Glauben handelt, eine wirksame Einwilligung zu besitzen, während eine solche in Wahrheit fehlt. Hier fehlt es bei entschuldbarem Irrtum an einem Verschulden. Bei unentschuldbarem Irrtume bleibt die Handlungsweise immer eine schuldhafte; der Arzt hat alsdann, obwohl er willentlich den Eingriff vorgenommen hat, den er für erlaubt hielt, in der Richtung der Widerrechtlichkeit fahrlässig gehandelt.

c) **RG.** R. **08** II 619. Ein Arzt, der entgegen den wissenschaftlichen Grundsätzen eine Röntgenbestrahlung übermäßig lange anwendet, kann sich zur Ausräumung des Vorwurfs der Fahrlässigkeit nicht darauf berufen, daß er eine neue, noch unerprobte Methode habe anwenden wollen. Dies gilt namentlich dann, wenn der Arzt nicht vorher die Einwilligung des Patienten eingeholt hat.

d) α. PrVerwBl. **29** 771 (PrOVG.). Konfliktssache. Überschreitung des Züchtigungsrechts. Eine Amtsüberschreitung bei der Züchtigung eines Schulkindes begeht ein Lehrer nur dann, wenn er die Schranken außer acht läßt, die der Schulzucht gesetzlich, d. h. im Sinne der Allerh. KabO. vom 14. Mai 1825 (GS. 149) oder durch rechtsverbindliche Anweisungen der Schulaufsichtsbehörde gezogen sind.

β. SchlHolstAnz. **08** 77 (Kiel). Keine Fahrlässigkeit liegt darin, daß ein Lehrer beim Unterrichte mit dem zum Anzeigen bestimmten Rohrstocke gegen den Bleistift eines Schülers schlägt. Für den Schaden, der dem Schüler daraus entsteht, daß der Bleistift dem Schüler ins Auge dringt, haftet der Lehrer nicht.

e) **RG.** R. **08** II 493. Wenn zwei Personen miteinander raufen und während sie auf dem Boden miteinander ringen, der eine von dem anderen — ohne daß im übrigen der Sachverhalt klargestellt ist — einen Biß in den Finger erhält, so ist es nicht zu beanstanden, wenn von dem Verletzten der Nachweis verlangt wird, daß der andere ihm die Bißwunde vorsätzlich oder fahrlässig beigebracht hat.

f) **RG.** JW. **08** 405. Kausalzusammenhang. Als Unfallsfolgen können auch die Wirkungen angesehen werden, die der von der Klägerin wegen ihrer Unfallsansprüche geführte Rechtsstreit auf ihrer Nervenzustand möglicherweise ausgeübt hat (s. o. zu §§ 823ff. Ziff. 1a).

3. Eigentum (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7).

a) R. **08** II 125 (Frankfurt). Unter dem Begriffe des „Eigentums" im Sinne des § 823 Abs. 1 ist nicht nur die Eigentumssubstanz, d. h. die den Gegenstand des Eigentumsrechts bildende (körperliche) Sache, sondern, wie sich aus dem Zusammenhange („das Eigentum oder ein sonstiges Recht") ergibt, auch das Eigentumsrecht zu verstehen. Als Verletzung des „Eigentums" kommt daher auch jede nach §§ 903 ff. BGB. unzulässige Einwirkung auf das Eigentum eines anderen in Betracht. — Hinüberfliegen von Steinen aus einem Steinbruch auf ein anderes Grundstück und Verursachung von Geräusch durch den Betrieb des Steinbruchs, das nach § 906 nicht geduldet zu werden braucht, berechtigt den Eigentümer des Nachbargrundstücks, Schadensersatz wegen Ausbleibens von Sommerfrischlern zu verlangen.

b) α. Kipp, JW. **08** 643 ff. Wirft ein Luftschiffer Sachen, die in wahrnehmbarer Art auf einem Grundstück anlangen, z. B. einen geschlossenen Ballastsack, eine Flasche, aus, so begeht er damit eine Verletzung des Eigentums an dem Grundstück, auf welches die Sache fällt. — Er begeht die Verletzung vorsätzlich, denn er weiß, daß die Sache auf ein Grundstück fallen wird; daß er sich dieses oft nicht individuell vorstellt und nicht individuell vorstellen kann, ist für den Vorsatz gleichgültig. Da der Luftschiffer vorsätzlich das Eigentum an dem Grundstücke verletzt hat, haftet er auf Ersatz alles aus dieser Verletzung entstandenen Schadens, ohne daß es darauf ankommt, ob es mit Bezug auf diesen Schaden ein Verschulden ist. — Wenn der Luftschiffer eine Sache in einen Fluß werfen wollte und sie infolge ob-

jektiv falscher Berechnung auf ein Privatgrundstück auftraf, so kann er fahrlässig handeln und haftet ebenso zweifellos wie im Falle des Vorsatzes. — Auch die gewollte Landung des Luftschiffers auf einem Privatgrundstück ist eine vorsätzliche Verletzung des Eigentums an diesem Grundstücke. Die Haftung des Luftschiffers für den entstehenden Schaden ist dieselbe und ebenso zu begründen, wie wenn er absichtlich Sachen auswirft. — Fährt ein Luftschiffer so niedrig über ein fremdes Grundstück, daß die Kreuzung schon an und für sich einen Eingriff in das Grundeigentum darstellt, so liegt eine vorsätzliche Verletzung des fremden Eigentums vor; stürzt das Luftschiff ohne jedes Verschulden des Luftschiffers ab oder fallen zufällig Gegenstände aus ihm heraus, so haftet der Luftschiffer für den dadurch entstehenden Schaden, denn dieser steht im Kausalzusammenhange mit seiner Rechtsverletzung. — Über die Haftung des Luftschiffers, der in großer Höhe über ein Grundstück dahin fährt, für unverschuldeten Schaden vgl. zu § 905 BGB.

β. Gegen Kipp, JW. 08 643 ff., bestreitet Ludowieg, JW. 08 705, eine Schadensersatzpflicht des Luftschiffers ohne Rücksicht auf ein Verschulden.

c) HansGZ. 08 Beibl. 202 (LG. Hamburg). Verletzung des Eigentums durch Pfändung. Kosten des Interventionsprozesses.

d) BadRpr. 08 78 (Karlsruhe). Verletzung des Eigentums. Schadensersatzpflicht durch fahrlässige Anbringung eines Wasserhahns, durch welche sich in einem Grundstücke Hausschwamm zeigt.

4. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (s. JDR. 6 § 823 Abs. 1 Ziff. 3, 5 Ziff. 5, 4 Ziff. 6, 3 Ziff. 6, 2 Ziff. 5, 1 Ziff. 7 b).

a) BadRpr. 08 131 (Karlsruhe). Nicht das Vermögen als solches, sondern nur bestimmte Rechtsgüter werden nach § 823 Abs. 1 geschützt.

b) PosMSchr. 08 15 (Königsberg). Keine allgemeine Haftung für fahrlässig verursachten Vermögensschaden.

5. Nichterfüllung eines Vertrags (s. JDR. 6 § 823 Abs. 1 Ziff. 4 h β u. γ).

RG. JW. 08 9. Die Nichterfüllung eines Vertrags durch den Schuldner bewirkt nach dem BGB. regelmäßig nur einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers oder dessen Rechtsnachfolgers, nicht auch einen solchen außerhalb des Vertragsverhältnisses stehender dritter Personen, welche durch die Vertragsverletzung nur indirekt beschädigt worden sind. Eine Ausnahme von dieser Regel enthalten die Bestimmungen des BGB. über den Mietvertrag nicht, während eine solche Ausnahme, z. B. im § 618 BGB. über den Dienstvertrag (vgl. auch § 62 HGB.), vorgesehen ist.

6. Sonstiges Recht (s. JDR. 6 § 823 Abs. 1 Ziff. 4, 5 Ziff. 6, 4 Ziff. 8 3 Ziff. 7, 2 Ziff. 6, 1 Ziff. 8).

a) Lobe I 264. Die Störung eines eingerichteten Gewerbebetriebs liegt schon vor, wenn die Einrichtungen des Geschäfts, die Ordnung des Verfahrens, kurz das geregelte Funktionieren und Ineinandergreifen aller Teile und Glieder gestört wird, wenn etwa Geschäftsbücher und Geschäftspapiere in Unordnung gebracht oder versteckt werden, der Zugang zu den Geschäftsräumen den Angestellten verwehrt, die Aufgabe des Geschäftslokals herbeigeführt wird usw.

b) α. **RG.** JW. 08 133. Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Handelsgewerbes ist ein Rechtsgut, dessen Verletzung negatorische Abwehr begründen kann. Eine widerrechtliche Störung des Gewerbetriebs liegt darin, wenn jemand die Reklametätigkeit eines anderen als schmutzige Prahlerei bezeichnet. Die Bezeichnung der Reklametätigkeit als „Prahlerei" und als „ausländische Prahlereien" fällt nach der Sachlage noch in den Rahmen zulässiger Abwehr durch Gegenreklame.

β. UnlW. 8 42 (Augsburg). Schutz des eingerichteten Gewerbebetriebs.

γ. **RG.** R. 08 II 232. Keine Verletzung des Rechtes auf den Gewerbebetrieb

dadurch, daß Kreise, welche als Abnehmer des Gewerbetreibenden in Betracht kommen (Wirte), vor dem Bezuge der Fabrikate des Gewerbetreibenden gewarnt werden. Kein Gewerbetreibender hat ein Recht darauf, daß die möglichen Abnehmerkreise seine Ware beziehen, und ein jeder hat das Recht, solche Kundenkreise auf unvorteilhafte Seiten dieses Bezugs hinzuweisen (**RG. 58** 24, **60** 1, **65** 210).

δ. Lobe, UnlWettbew. I 221 ff., über die Verletzung des gewerblichen Betätigungsrechts.

ε. HansGZ. Beibl. **08** 205 (LG. Hamburg). Das Recht auf freie Erwerbstätigkeit ist kein unter § 823 fallendes Recht.

ζ. Osterrieth, Lehrbuch d. gewerbl. Rechtsschutzes 242. Das nicht eingetragene Warenzeichen genießt Schutz nach § 823 Abs. 1, seine Verletzung macht unter Umständen nach § 826 haftbar.

c) Schutz des obligatorisch Berechtigten (s. JDR. **6** Ziff. 4 h, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 8 f, **3** Ziff. 7 f, **2** Ziff. 6 f, **1** Ziff. 8 c).

Kiß, DJZ. **08** 684 ff. Eine deliktische Haftung des den vertragsbrüchigen Schuldner Beeinflussenden kann aus § 823 Abs. 1 nicht hergeleitet werden, da die schuldhafte Beeinträchtigung eines obligatorischen Rechtes durch einen Dritten nicht unter diese Vorschrift fallen soll.

d) BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). Haftung des Lieferanten, der wesentliche Bestandteile eines Hauses, die der Hypothekenhaftung unterliegen, wegnimmt.

e) SächsRpflA. **08** 312 (Dresden) (vom **RG.** bestätigt, vgl. ebd. Anm.). Verletzung eines sog. Persönlichkeitsrechts, falls man eine solche in dem Bruche der Zusage der Verschwiegenheit finden wollte, würde sich nicht als Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift im § 823 Abs. 1 darstellen (s. unten § 826).

f) Schutz der Ehre.

α. *Fraenkel. Nach einem historischen Überblicke prüft der Verf. im ersten Teile der Abhandlung den Kreis und die Bedeutung der für den Ehrenschutz im Zivilrecht in Betracht kommenden Vorschriften. — Die Entstehungsgeschichte des BGB. zeigt, daß die Gesetzgeber bei vielfachen Schwankungen über die Frage, ob die Ehre ein subjektives Recht sei, den Ehrenschutz unabhängig von der Beantwortung der Frage durch positive Vorschriften im Abs. 2 § 823 und im § 824 BGB. klarzustellen suchten (§ 2 der Abh.). Mangels eines Ausdrucks im Gesetze für diese Absicht ist jedoch die Untersuchung der Frage nicht zu umgehen. Der Ehrenschutz erfüllt indessen die von den Theorien des subjektiven Rechtes, insbesondere von den von Windscheid, Thon, Jhering und neuerdings Eltzbacher begründeten Hauptrichtungen aufgestellten Erfordernisse des subjektiven Privatrechts. Dies wird unter eingehender Betrachtung der Strafrechtsvorschriften dargelegt, die von Thon erhobenen Einwürfe werden widerlegt (§ 3 der Abh.). Da jedoch die namentlich vom RG. vertretene Ansicht, jeder Rechtssatz, auch der nur schuldhafte Handlungen verbietende, enthalte auch die Mißbilligung und den Ausspruch der Rechtswidrigkeit schuldlosen Handelns, unrichtig ist und das Verbot einer Handlung nicht nur hinsichtlich des objektiven, sondern auch des subjektiven Tatbestandes nur auf Grund des erklärten Willens der Rechtsordnung festgestellt werden darf, ergibt sich auch bei der Charakterisierung des Ehrenschutzes als eines subjektiven Privatrechts für dieses kein weiterer Umfang, als ihn die Strafandrohungen umschreiben. Die Untersuchung des Umfanges des von Abs. 1 und 2 § 823 gewährten Ehrenschutzes zeigt daher, daß beide Absätze in gleicher Weise die Ehre schützen und die bestehenden Abweichungen ohne Bedeutung sind und daß deshalb die Streitfrage, ob auch Abs. 1 die Ehre treffe, des praktischen Interesses entbehrt (§ 4 der Abh.). — § 824 BGB. schützt die Ehre nicht unmittelbar, sondern nur reflexiv, ist aber doch von für sie größter Bedeutung. Gleichen Wert haben für die Ehre §§ 6, 7 UnlWG. § 825 BGB. schützt ein ganz anderes Rechtsgut als die hier behandelte Ehre, die Keuschheit oder das Scham-

gefühl. Auch die einschlagenden Bestimmungen des PreßG. werden besprochen. — Der Tatbestand der verbotenen Handlungen ist in vielen Beziehungen den Strafgesetzen zu entnehmen, nämlich insoweit, als diese den Charakter der Handlung als eines Delikts bestimmen (§ 5 der Abh.). — Der 2. Teil der Abhandlung enthält die dogmatische Darstellung des Ehrenschutzes. — Bei der Erörterung des § 193 StGB. verlangt der Verf., daß die Berechtigung der wahrzunehmenden Interessen nicht absolut (gegen Gesetz und gute Sitten nicht verstoßend), sondern relativ (der Ehre gegenüber berechtigt) verstanden wird; ähnlich, aber weitergehend Frank, StGB. zu § 193. Jede weitere Einschränkung dieser Strafausschlußbestimmung, namentlich die vom RG. vertretene Bülowsche Ansicht, ist unrichtig. Die gewünschte Einschränkung ergibt sich vielmehr ohne Zwang aus dem Nachsatze des § 193. Dieser ist wörtlich nicht zu verstehen, seine Auslegung ergibt, daß er die Beleidigung dann für strafbar erklärt, wenn Umstände vorliegen, welche, ohne unter den Vordersatz zu fallen, das Gewicht der Beleidigung erhöhen, also nicht als irrelevant außer acht gelassen werden können (§ 7 der Abh.). — Bei Besprechung der Rechtsmittel des Verletzten verwirft der Verf. die vom RG. angeführten Gründe für die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs wegen unerlaubter Handlungen nach BGB.

β. HansGZ. **08** Beibl. 73 (Hamburg). Zu den in Abs. 1 erwähnten Rechten gehört nicht der geschäftliche Kredit oder die Ehre.

γ. Lobe I 268 ff. über den Schutz der Ehre (s. unten zu § 824).

7. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 9).

a) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (s. JDR. **6** Ziff. 5 c, **4** Ziff. 9 c, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 c, **1** Ziff. 9 d).

α. **RG.** JW. **08** 744. Aus der Feststellung, daß der Weg dem allgemeinen Verkehre tatsächlich gedient hat, folgt keineswegs, daß der Beklagte einen allgemeinen Verkehr dort eröffnet, den Weg also dem Gemeingebrauche gewidmet und deshalb dem gesamten Publikum gegenüber für eine ungefährdete Benutzung des Weges zu sorgen hatte. Sondern es ergibt sich höchstens daraus, daß der allgemeine Verkehr von dem Beklagten geduldet worden ist. Soweit der Durchgang aber nur geduldet war, hatte das Publikum den Weg zu nehmen, wie er sich bot, insbesondere mit den Gefahren, die aus seiner Lage zwischen den Gleisen, Ladegerüsten und Schächten erwuchsen. Nach Schluß der Arbeitszeit bestand für den Beklagten keine Pflicht mehr zur Beleuchtung, und das übrige Publikum hatte keinerlei Anspruch darauf.

β. SchlHolstAnz. **08** 71 (Kiel). Entschuldbarer Irrtum einer Gemeinde über ihre Verpflichtung zur Unterhaltung einer Straße und zur Beseitigung des Glatteises befreit mangels Fahrlässigkeit von der Verpflichtung zum Schadensersatze.

γ. **RG.** R. **08** II 11. Ist jemand auf einem städtischen Wege infolge mangelhafter Beschaffenheit des Weges zu Schaden gekommen, so hat er zur Begründung seines gegen die Stadtgemeinde erhobenen Schadensanspruchs seinerseits lediglich darzutun, daß die Stadtgemeinde ihre Pflicht zur ordnungsmäßigen Instandhaltung des Weges nicht erfüllt habe. Sache der Beklagten ist es alsdann, zu ihrer Entlastung Beweis anzutreten.

δ. **RG.** FischersZ. **33** 264. Haftung einer Stadtgemeinde für die Verkehrssicherheit auch der städtischen Nebenstraßen (Haftung für den durch das Hervorragen eines Hydranten über das Straßenniveau entstandenen Unfall). Wer eine städtische Straße benutzt, darf, sofern nicht Warnungszeichen ihn zur Vorsicht mahnen, erwarten, daß er über den Bürgersteig und den Damm ungehindert gehen könne, ohne in der Dunkelheit erst Schritt für Schritt durch Umhertasten oder in anderer Weise untersuchen zu müssen, ob er in der gewöhnlichen Art gehen könne

ε. **RG.** JW. **08** 715 über Sicherung der Zugangswege zu einem Bahnhofe; im vorliegenden Falle handelte es sich nicht um einen solchen Weg.

ζ. PosMSchr. **08** 76 (Königsberg). Haftung einer Stadtgemeinde für die Sicherheit einer von ihr eröffneten Straße. Haftung für ihre Willensorgane. Unerheblich für die Schadensersatzpflicht ist es, ob die Stadtgemeinde arm ist und daher nur geringe Aufwendungen für die Bequemlichkeit der Bewohner bei ihrem Verkehr auf den Straßen der Stadt machen kann.

η. **RG.** PrVerwBl. **29** 304. Haftung einer Stadtgemeinde für ordnungswidrige Beschaffenheit des Straßenpflasters.

ϑ. **RG.** R. **08** II 698. Wenn eine Landgemeinde Pflasterschäden nicht sofort beseitigt, so liegt darin nur ein geringes Verschulden; auch der Fußgänger muß andererseits mit den beschränkten Verhältnissen eines solchen Ortes rechnen und bei Nichtachtung auf den Weg die Hälfte des Schadens selbst tragen.

ι. PosMSchr. **08** 9 (Königsberg). An ländliche Ortsstraßen sind nicht gleich hohe Ansprüche wie an städtische Straßen zu stellen. Von den auf einer Dorfstraße Verkehrenden muß ein erhöhtes Maß von Vorsicht verlangt werden. Immerhin kann es auch ländlichen Gemeinden nicht erlassen werden, die Ortsstraßen in einem den Zwecken des Verkehrs entsprechenden Zustande zu erhalten und Vorkehrungen zu treffen, die nach vernünftigem Ermessen und nach den örtlichen Verhältnissen zur Sicherheit des Verkehrs erforderlich sind.

κ. **RG.** EisenbE. **24** 244. Haftung einer Gemeinde für die Erhaltung des ordnungsmäßigen Zustandes eines in ihrem Bezirke belegenen, dem öffentlichen Verkehr übergebenen Weges.

λ. BadRpr. **08** 117 (Karlsruhe). Haftung der Gemeinde für den verkehrssicheren Zustand eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Steinplattenbelags.

μ. **RG.** BadRpr. **08** 20. Über die Haftbarkeit einer Stadtgemeinde für Schadhaftigkeit der Gehwege. — SeuffA. **63** 147 (Cassel). Haftung einer Gemeinde für ihre Straßen (Bedeckung der Kanalschächte). — **RG.** BayRpflZ. **08** 220. Haftung der Gemeinde für einen Steg.

ν. BayRpflZ. **08** 25 (Bamberg). Beleuchtungspflicht der Gemeinde; Sicherung des Verkehrs über eine öffentliche Treppe. Die Anforderungen an die Gemeinde richten sich nach der Art und dem Umfange des Verkehrs, sowie nach den sonstigen örtlichen Verhältnissen. — **RG.** PrVerwBl. **30** 108. Verneinung der Ersatzpflicht einer Dorfgemeinde wegen nicht gehöriger Beleuchtung einer Rinne zwischen Fußweg und Fahrbahn, da nach den örtlichen Verhältnissen eine Fahrlässigkeit nicht vorliegt.

ξ. **RG.** R. **08** II 517. Befindet sich in einem Stalle, der an sich nur wenig benutzt und regelmäßig nur von Leuten, die mit der Örtlichkeit vertraut sind, betreten wird, eine in den Boden eingelassene Jauchetonne, so kann wegen der Gefahr, die hieraus sich für einen Ortsunkundigen ergeben kann, nicht ohne weiteres der Eigentümer haftbar gemacht werden.

ο. **RG.** **68** 358, JW. **08** 465, HansGZ. **08** Hptbl. 181. Die an die Eröffnung des Kanals (Kaiser Wilhelms-Kanal) sich knüpfende Rechtsfolge ist die Wirksamkeit des zivilrechtlichen Grundsatzes, daß, wer eine Straße zum öffentlichen Verkehre bestimmt und einrichtet, für die ordnungsmäßige und betriebssichere Herstellung und Instandhaltung der Straße und aller zur Benutzung derselben bestimmten Einrichtungen zivilrechtlich verantwortlich ist und wegen Verletzung dieser zivilrechtlichen Pflicht nach § 823 haftet (Ungültigkeit der Betriebsordnung für den Kaiser Wilhelms-Kanal).

π. Schelcher, FischersZ. **34** 1—83. Bei Veränderungen von öffentlichen Wegen durch die zuständige Behörde ist demjenigen, dem das Vorhandensein der Straße begründeten Anlaß gibt, auf ihren Bestand zu vertrauen, der Schaden zu ersetzen, den er durch sein gerechtfertigtes Vertrauen auf den bisherigen Zustand der Straße erleidet (60).

b) Haftung der Gastwirte, Vermieter, Hauseigentümer (s. JDR. **6** Ziff. 5 d, **5** Ziff. 7 e, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. 7 c γ, **1** Ziff. 9 e). Haftung für Schießen in Gastwirtschaften s. u. cc β.

α. Josef, GruchotsBeitr. **52** 525 ff., 542. (S. o. § 278 Ziff. 4.) a) Während der Inhaber von Räumen, die dem Erwerbsverkehre gewidmet sind, verpflichtet ist, diese selbsttätig zu untersuchen, um zu erkennen, welche Vorkehrungen zur Abwendung von Gefahren für die diese Räume Betretenden erforderlich sind, liegt dem Inhaber betreffs der lediglich seinem Privatgebrauche gewidmeten Räume eine solche Untersuchungs- und Fürsorgepflicht nicht ob. Hat er in solchen Räumen oder an den dort befindlichen Sachen Mängel wahrgenommen, so ist er für einen durch sie bewirkten Schaden ersatzpflichtig, wenn er nach dem Maße dessen, was man billigerweise an Rücksichtnahme auf fremde Besucher verlangen kann, die Gefährdung Dritter als eine naheliegende erachten mußte. b) Die Verpflichtung des Eigentümers, der in seinem Hause den Verkehr für andere eröffnet hat, für den verkehrssicheren Zustand des Hauses zu sorgen, ist auch dann begründet, wenn nur er selbst das Haus bewohnt, und sie erstreckt sich auf sämtliche Teile des Hauses, auch wenn darin einzelne nicht vermietet sind. Er ist aber den Zugang bei Glatteis zu bestreuen oder diesen sowie Flure und Treppen zu beleuchten grundsätzlich nicht verpflichtet, es sei denn, daß diese Maßnahmen durch Polizeiverordnung oder durch besondere Umstände (allgemeine Übung, Umfang und Art des Verkehrs im Hause) geboten sind. c) Der Rechtsgrundsatz, daß, wer in einem Hause den Verkehr für andere eröffnet, ohne Unterschied, ob er Eigentümer oder Mieter ist, die zwecks gefahrlosen Verkehrs erforderlichen Vorkehrungen zu treffen hat, gilt wie für Gastwirte, so auch für alle sonstigen, dem Erwerbsverkehre gewidmeten Räume, so der Rechtsanwälte, Ärzte, Handwerker; es ist hier im Einzelfalle zu prüfen, in welchem Umfang ihnen nach dem Maße dessen, was man billigerweise an Rücksichtnahme auf die die Erwerbstätigkeit Angehenden verlangen kann, eine vorbeugende Tätigkeit obliegt. d) Während im allgemeinen in den Fällen, wo der Schuldner die Leistung in von ihm zu gewährenden Räumen zu erfüllen hat, das Aufenthaltsrecht des Gläubigers in diesen Räumen etwas Nebensächliches und gar nicht Vertragsgegenstand ist, enthält der Vertrag zwischen dem in die Gastwirtschaft Einkehrenden und dem Wirte auch ein mietähnliches Verhältnis; der Gast erlangt hier ein Recht auf Verweilen im Wirtshaus und auf Benutzung der Wirtshauseinrichtungen. Daher haftet der Wirt auch für Versehen derer, deren er sich zur Erfüllung seiner Verkehrssicherheitshaftpflicht bedient, nach § 278, und zwar nicht erst von dem (zufälligen) Augenblick an, wo der Gast eine Bestellung macht, sondern schon von da ab, wo er das Wirtschaftsgrundstück betritt mit der Absicht, dort einzukehren; der Gastwirt macht durch den Gasthausbetrieb jedem Einkehrenden stillschweigend den Antrag gefahrlosen Aufenthalts. Diese auf Vertrag gegründete Haftung endigt erst mit dem Verlassen des Wirtschaftsgrundstücks; sie ist nicht gegeben, wofern der Gastwirt Speisen oder Getränke nur schenkweise, in Erfüllung geselliger Pflichten verabfolgt. In diesen Fällen sowie überhaupt in allen Fällen, wo der in der Gastwirtschaft Verweilende nicht behufs Bestellung von Speisen oder Getränken, sondern zu anderen Zwecken verweilt, ist die Haftung des Wirtes für die Verkehrssicherheit nur eine außervertragliche, so daß hier dem Wirte der Entschuldigungsnachweis aus § 831 zusteht. e) Nach diesem § 831 bemißt sich auch die Verkehrssicherheitshaftung in allen sonstigen Fällen, wo der Schuldner zwar in den von ihm zu gewährenden Räumen zu erfüllen hat, das Aufenthaltsrecht des Gläubigers in diesen aber nicht als selbständige Leistung des Schuldners in Betracht kommt, so bei Ärzten, Rechtsanwälten, Handwerkern und in Verkaufsläden. f) Die Verkehrssicherheitshaftung fällt ganz fort gegenüber demjenigen, der fremde Räume zu bewußt widerrechtlichen Zwecken, gegen den von ihm

zu vermutenden Willen des Inhabers betritt, wie z. B. der Zechpreller und der Dieb, sowie nach der Polizeistunde.

β. **RG.** DJZ. **08** 1169 BayRpflZ. **08** 419. Haftung für die Verkehrssicherheit in einem Hause, in dem ein Verkehr (Café) eröffnet ist. Haftbar ist, wer die Erlaubnis zum Betrieb als selbständiger Unternehmer erhalten und auch tatsächlich den Betrieb eröffnet hat.

γ. **RG.** R. **08** 515. Hat ein Wirt, dem die Wirtschaftskonzession entzogen worden ist, in die Wirtschaft einen anderen Wirt eingesetzt, der selbst im Besitze der Konzession, die Wirtschaft aber für Rechnung des früheren Wirtes führt, so bleibt dieser, wenn durch die bauliche Beschaffenheit der Wirtschaftsräume einem Dritten ein Schaden entsteht, für diesen Schaden verantwortlich.

δ. SchlHolstAnz. **08** 340 (Kiel). Wer sein Grundstück einem Verkehr eröffnet, hat nur dafür zu sorgen, daß derjenige Verkehr, für welchen er es bestimmt hat, sich gefahrlos auf ihm abspielen kann. — Keine Haftung der Eisenbahnverwaltung für den Zustand derjenigen Teile des Bahnhofsgeländes, die nicht für den Verkehr des Publikums freigegeben sind.

ε. SchlHolstAnz. **08** 231 (Kiel). Pflicht des Gastwirts, den sein Wirtschaftslokal mit der öffentlichen Straße verbindenden Privatweg in verkehrssicherem Zustande zu erhalten. Kein Verschulden des Gastes, daß er eine ihm auf dem Hinweg am hellen Tage bemerkbar gewordene, gefahrdrohende Stelle auf dem Rückweg in der Dunkelheit außer acht läßt.

ζ. **RG.** R. **08** II 563. Der Inhaber eines Warenhauses hat, auch wenn er das Geschäft in gemieteten Räumen betreibt, für einen verkehrssicheren Zugang zu den Geschäftsräumen zu sorgen. — BadRpr. **08** 78 (Karlsruhe). Haftung für die Zugänge und Räume eines Hauses, in dem ein Verkehr eröffnet ist. Ebenso BadRpr. **08** 129 (Karlsruhe).

η. **RG.** SächsRpflA. **08** 459. Haftung des Wirtes für einen Unfall, den der eben einkehrende Gast im Vorgarten der Wirtschaft erleidet.

ϑ. R. **08** II 620 (Frankfurt). Der Hausbesitzer, der einer konzessionierten Trottoirreinigungsgesellschaft die Reinigung des Bürgersteigs übertragen hat, ist trotzdem, auch wenn er nicht in dem Hause wohnt, verpflichtet, für eine zuverlässige Überwachung bzw. Ersatz dieses seines Ausführungsorgans Sorge zu tragen.

ι. Unfälle auf der Treppe.

αα. **RG.** JW. **08** 9. Verpflichtung des Hauswirts, die dem öffentlichen Verkehr in seinem Hause dienende Treppe ordnungsgemäß zu erhalten. — WürttJ. **20** 15 (Stuttgart). Haftung des Hauseigentümers für den Zustand und die Beschaffenheit der Treppe. Haftung verneint.

ββ. SchlHolstAnz. **08** 73 (Kiel). Haftung des Hotelbesitzers für die zu seinem Lokale führende Treppe. Haftung wegen fehlender Fahrlässigkeit verneint. Beklagter hatte die Treppe durch einen zuverlässigen Arbeiter ausbessern lassen und durfte daher annehmen, daß sie ordentlich repariert war.

γγ. SchlHolstAnz. **08** 107 (Kiel). Keine Verpflichtung des Ladenbesitzers, eine zu seinem Laden führende Freitreppe von ganz geringer Höhe (99 cm) mit einem Geländer zu versehen.

δδ. **RG.** JW. **08** 108. Ein Gastwirt kann sich darauf verlassen, daß ein Fachmann (Baugewerksmeister) eine in dem Tanzlokal anzulegende Treppe den baupolizeilichen Vorschriften entsprechend anlegen würde und angelegt habe. Es kann dem Gastwirt als Laien kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er von dem Fachmanne nicht das Anbringen eines Geländers verlangt hat.

εε. **RG.** R. **08** II 266. Keine Haftung des Hauseigentümers, wenn ein schlüpfriger Gegenstand auf einer der Treppenstufen lag, auf dem der Kläger ausgeglitten ist.

κ. Kellerluken.

αα. RG. R. 08 II 563. Für die Frage, ob bei einem Schadensfalle, der sich an einer Kelleröffnung ereignet hat, eine Haftpflicht des für die Kelleröffnung verantwortlichen Teiles anzunehmen ist, kommt es lediglich darauf an, ob im konkreten Falle dem Beschädigten gegenüber eine genügende Sicherung gegen die aus der Kelleröffnung entspringende Gefahr vorhanden gewesen ist.

ββ. RG. R. 08 197. Befindet sich in dem Vorraume zu einem Wirtschaftssaal eine Kellerluke, die lediglich durch Auflegen von Dielen verschlossen wird, die aber, wenn Arbeiten in dem Keller zu verrichten sind, stundenlang unverwahrt offensteht, so ist schon in dem Dulden dieses für das in dem Vorraume verkehrende Dienstpersonal gefährlichen Zustandes ein Verschulden des Wirtes zu finden, das ihn bei einem etwa eintretenden Unfalle haftbar erscheinen läßt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Wirt sein Personal angewiesen und auch selbst darauf gehalten hat, daß die Luke jedesmal alsbald nach Beendigung der Arbeiten in dem Keller ordnungsmäßig wieder verschlossen wurde.

λ. RG. 68 161, JW. 08 300. Instandsetzungsarbeiten im Innern der einem Mieter allein vermieteten Räume — und hierzu gehören auch Flur, Treppen und Gänge, wenn das Haus im ganzen oder ein abgeschlossener Teil vermietet ist, — braucht der Vermieter erst dann vorzunehmen, wenn er von dem Mieter Mitteilung von der eingetretenen Abnutzung und der Notwendigkeit, ihr abzuhelfen, erhalten hat. Der Vermieter haftet nicht, wenn jemand in derartigen Räumen, bevor ihm der Mangel angezeigt wird, Schaden erleidet. Der Vermieter hat in diesen Räumen keinen Verkehr eröffnet.

μ. RG. R. 08 II 697. Das dem Reinigen der Fußbekleidung dienende Halten des Rostes vor dem Hauseingange gereicht zur Fahrlässigkeit so wenig, wie dessen Nichtfreihalten von Schnee bei andauerndem Schneetreiben. Das Belegen des Rostes mit einer Matte oder das Umwickeln der Stäbe mit Strohseilen verhindert den Zweck desselben, während das Bestreuen mit Salz zum Abhalten der Glätte nicht geeignet ist. Die Nichtbeleuchtung der an der Straße liegenden Haustür ist der Regel nach ebensowenig als Fahrlässigkeit anzurechnen. Der Schankwirt steht in allen diesen Hinsichten nicht anders, als jeder Hauseigentümer, der vor seiner Haustür einen Rost zur Reinigung der Fußbekleidung angebracht hat. Wer zur Abendzeit bei gewöhnlicher Straßenbeleuchtung in ein Haus eintreten will, oder aus demselben auf die Straße hinaustritt, muß vorsichtig auftreten, wenn der Erdboden mit Schnee bedeckt ist.

ν. RG. R. 08 II 516. Wer ein ihm gehöriges Grundstück zum Betrieb einer Gast- und Schankwirtschaft bestimmt und einrichtet, und zur Verbindung der Wirtschaftsräume mit dem öffentlichen Wege Brücken über einen längs dem Wege herführenden Wassergraben herstellt, eröffnet damit, daß er die Wirtschaft mit dieser Einrichtung verpachtet, einen Verkehr auf diesen Zugangswegen und Brücken; er hat daher die zur Sicherung dieses Verkehrs notwendigen Einrichtungen zu treffen und dauernd zu erhalten. Er ist auch dadurch, daß er einem Pächter, ohne diesem die Instandhaltung der Wege und Brücken besonders aufzuerlegen, die Obhut über das Grundstück übertragen hat, noch nicht jeder eigenen Kontrolle bezüglich der Brücken und ihrer Zugänge enthoben. Er genügt der ihm obliegenden Kontrollverpflichtung jedoch, wenn er diese Kontrolle in angemessenen Zwischenräumen ausübt oder ausüben läßt.

ο. RG. BayRpflZ. 08 270, R. 08 II 230. Die Frage, ob die im Verkehre gebotene Sorgfalt erfordert, in Wäldern, im Gebirge, an Gewässern Abhänge, Gruben, Öffnungen zu verwahren, weil dort Menschen verkehren und Gefahr aus der unterlassenen Verwahrung für sie entstehen kann, läßt sich nicht in allgemeingültiger Weise beantworten. Es kommt wesentlich auf die Umstände des einzelnen Falles an, auf Art, Zeit und Umfang des Verkehrs, auf die Zweckbestimmung der Örtlich-

keit, wo der Verkehr stattfindet, auf die Möglichkeit oder Tunlichkeit einer Verwahrung, auf die Verkehrsauffassung der eingesessenen Bevölkerung oder der jene Orte besuchenden Verkehrskreise usf. — Keine Verpflichtung eines Waldbesitzers, der keinen Verkehr im Walde eröffnet, sondern nur aus Entgegenkommen das Begehen duldet, zur Anbringung von besonderen Verwahrungen an Mulden usw.

c) Beleuchtungspflicht (s. auch oben unter b).

α. **RG.** R. **08** II 88. Ein Hauseigentümer wird dadurch, daß er die ihm obliegende Beleuchtungspflicht seinen Abmietern überträgt, von der diesbezüglichen Haftung dann nicht frei, wenn er nach Lage der Verhältnisse zu den betreffenden Mietern nicht das Vertrauen haben kann, daß sie die ihnen übertragene Verpflichtung ordnungsmäßig erfüllen werden.

β. **RG.** JW. **08** 451. Wie die Straßenbeleuchtungspflicht ländlicher Gemeinden, so richtet sich auch die Beleuchtungspflicht des Gastwirts hinsichtlich der Zugänge zu seiner Wirtschaft nach den Umständen, insbes. nach dem Verkehre, der in der einzelnen Wirtschaft sich bewegt.

γ. BraunschwZ. **08** 13 (Braunschweig). Haftung des Gastwirts wegen Unterlassung der Beleuchtung.

d) Streupflicht (s. JDR. **6** Ziff. 5 e, **5** Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 e, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f).

α. **RG.** R. **08** II 366. Besteht eine Observanz, wonach die Hauseigentümer den Bürgersteig bei Glatteis zu bestreuen haben, und zwar auch dann, wenn sie selbst das Haus nicht bewohnen, so hat, wenn ein Hauseigentümer sich zu seiner Entlastung auf die Nichtkenntnis dieser Observanz beruft, er seinerseits diese Nichtkenntnis und ihre Entschuldbarkeit nachzuweisen.

β. **RG.** R. **08** II 450. Ist nach einer auf Observanz beruhenden Polizeiverordnung der Hauseigentümer zur Reinigung und zum Bestreuen der Straße verpflichtet, so kann er bei einem infolge Nichterfüllung dieser Verpflichtung eintretenden Unfalle sich seiner Haftpflicht nicht durch den Hinweis darauf entziehen, daß die Reinigung und das Bestreuen stets durch einen Mieter besorgt worden sei.

γ. **RG.** BadRpr. **08** 21 verwirft die Revision gegen das JDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 e ζ (310) mitgeteilte Urteil.

δ. SchlHolstAnz. **08** 58 (Kiel). Ein von einer Stadtgemeinde zu vertretendes Verschulden liegt darin nicht, daß ihre Vertreter nicht darauf bedacht gewesen sind, bei eintretendem Glatteise sofort auch die weniger begangenen, außerhalb des eigentlichen Häuserkomplexes belegenen Fußwege zu bestreuen.

ε. **RG.** R. **08** II 330. Die Ansprüche, welche an die Einrichtung und die Handhabung des Streudienstes zu stellen sind, richten sich nach der Größe der Gemeinde und nach dem in ihr herrschenden Verkehre. Die Verpflichtung zum Streuen erreicht nicht schon mit dem Dunkelwerden, sondern erst mit dem Aufhören des Tagesverkehrs auf den Straßen ihr Ende. — Die Beweislast, aus welchen Gründen nicht gestreut zu werden brauchte, trifft die Stadtgemeinde.

ζ. HansGZ. **08** Beibl. 191 (Hamburg) (s. JDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 e β). Das OLG. hob das Urteil des LG. Bremen auf und verurteilte unter Berücksichtigung des § 254 zur Hälfte. Keine Befreiung durch Übertragung des Streuens an einen Unternehmer.

η. **RG.** PrVerwBl. **29** 815. Die unmittelbare Umgebung eines Laufbrunnens kann wegen des umherspritzenden oder beim Wasserholen verschütteten Wassers nicht eisfrei bleiben und ein Bestreuen des sich immer neu bildenden Eises ist unnütz. Die Gefahr ist durch ausreichende Beleuchtung zu beseitigen.

ϑ. R. **08** II 620 (Frankfurt). Wenn jemand einen Weg mit gefrorenem nicht bestreuten Schnee passiert und plötzlich hinfällt, so ist davon auszugehen, daß der Schnee die Ursache des Sturzes ist.

e) Posthaftpflicht (s. JDR. 5 Ziff. 7 h, 4 Ziff. 9 g, 3 Ziff. 9 g).

α. LeipzZ. 08 638 (LG. Leipzig). Keine Haftpflicht der Post für schuldhafte Verzögerung der Nachsendung einer Zeitung. Haftung des Postbeamten.

β. RG. EisenbE. 24 382, R. 08 II 124. Kein Verschulden des Postfiskus, weil er den Verkehr von Postwagen auf dem Bahnsteige bei und unmittelbar vor der Einfahrt von Zügen nicht untersagt hat und ebensowenig, weil er auf einem größeren Bahnhofe nicht für die Schaffung besonderer Zufahrten für die Postgüter gesorgt hat.

f) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (s. JDR. 6 Ziff. 5 h, 5 Ziff. 7 i, 4 Ziff. 9 h).

α. RG. PrVerwBl. 29 915. Eine Gemeinde kann die Anordnung der für die Sicherheit des Publikums auf den öffentlichen Straßen und Wegen erforderlichen Maßnahmen nicht schlechthin den Unternehmern, denen sie die dort vorzunehmenden Arbeiten übertragen hat, auferlegen; die Fürsorge für die Verkehrssicherheit der Straßen ist ihre eigenste Verpflichtung, und wenn, was selbstverständlich an sich nicht ausgeschlossen ist, die Gemeinde vertragsmäßig den Unternehmern die Anbringung der Sperr- und Sicherheitseinrichtungen zur Pflicht macht, hat sie durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter die Aufsicht darüber zu führen, daß die geeigneten Maßregeln für die Sicherheit des Verkehrs während der Dauer der Straßenarbeiten getroffen werden.

β. RG. R. 08 II 198. Haftung einer Stadtgemeinde bei Kanalisationsarbeiten für die Sicherheit der Straße, selbst wenn sie dem Unternehmer der Arbeiten die Verpflichtung auferlegt, für gehörige Verwahrung der Kanalisationsgräben zu sorgen. — RG. R. 08 II 564. Bei der Ausführung von Kanalisationsarbeiten trifft die Vorschrift des § 367 Ziff. 12 StGB., worin die gehörige Verwahrung einer auf einer öffentlichen Straße befindlichen Grube gefordert wird, den Unternehmer als solchen. — RG. JW. 08 269, SächsRpflA. 08 245. Der beklagten Stadtgemeinde lag, weil sie in ihren öffentlichen Straßen die für die Stadtbewohner mit Gefahren verschiedener Art verbundenen Kanalisationsarbeiten ausführen ließ, die Verpflichtung ob, gehörige Aufsicht zu üben, daß die zum Schutze Dritter, insbesondere auch der anliegenden Hausbesitzer, erforderlichen Sicherungsmaßregeln bei Ausführung der Arbeiten vorgenommen würden.

γ. RG. R. 08 II 662. Eine Stadtgemeinde, welche die Straße nicht absperren läßt, in der sie Straßenarbeiten vornehmen läßt, die den Fuhrwerksverkehr hindern, ist für den Unfall, den ein hineinfahrender Fuhrmann beim Wiederherausfahren während der Straßenarbeiten erleidet, mit verantwortlich.

δ. RG. FischersZ. 33 247. Die Eisenbahnverwaltung ist nicht für den Schaden ersatzpflichtig, den ein Reisender beim Begehen einer Bahnhofstunneltreppe erleidet, wenn sie der Sorgfalt, die im normalen Verkehre für erforderlich gehalten wird, durch Herstellung eines gegen Witterungseinflüsse geschützten, der regelmäßigen Reinigung unterliegenden Treppenwegs genügt hat.

ε. FischersZ. 34 347. Haftpflicht des Eisenbahnfiskus für die Verkehrssicherheit der Bahnhofszugangswege.

ζ. BayRpflZ. 08 111 (BayVerwGH.). Haftung des bayerischen Staates für Staatsbaubeamte aus §§ 823 ff., wenn einem mit selbständiger dienstlicher Verantwortung ausgestatteten Beamten ein Verschulden zur Last fällt, nach § 831, wenn ein untergeordneter, nur mit einzelnen Verrichtungen betrauter Beamter in Ausführung einer Verrichtung einem Dritten Schaden zufügt.

η. RG. EisenbE. 24 121 s. JDR. 6 § 823 Abs. 1 Ziff. 5 h η (311).

ϑ. RG. JW. 08 745. Keine Verpflichtung einer Stadtgemeinde, ihre Sprengwagen mit Schutzvorrichtungen zu versehen, weil die Gefahr, daß durch das Getriebe des Sprengwagens ein Kind zu Schaden kommen würde, bei der Einrichtung

und Gebrauchsweise dieser Sprengwagen, wenn auch nicht absolut ausgeschlossen, doch sehr entfernt liegend war.

ι. **RG.** SächsRpflA. **08** 556. Haftung für die Verletzung einer Telephongehilfin bei Benutzung des Fernsprechers.

κ. **RG.** R. **08** II 538. Kommt durch den Konstruktionsfehler eines Karussells ein Fahrgast zu Schaden, so kann der Karussellbesitzer sich der Haftung für die Folgen des Unfalls nicht durch die Berufung darauf entziehen, daß das Karussell polizeilich untersucht und der Betrieb gestattet worden sei. (S. a. o. § 278 Ziff. 6g.)

λ. OLG. **17** 66 (Frankfurt). Eine Berufsgenossenschaft haftet nicht als „dritte Person" wegen Verschulden ihrer Vertreter aus § 823 BGB. für einen Betriebsunfall.

μ. Unfälle in Fabriken und Werkstätten.

αα. **RG.** R. **08** II 589. Weiß ein Fabrikleiter, daß Kinder in den Fabrikräumen, namentlich während des Ruhens des Betriebs, zu spielen pflegen, so handelt er fahrlässig, wenn er nicht wirksame Vorsichtsmaßregeln trifft, daß die Kinder an den auf Schienen stehenden und unschwer fortzubewegenden Kohlenwagen (Loren) sich nicht zu schaffen machen können.

ββ. **RG.** R. **08** II 699. Wenn ein Handwerker (Sattler) in seinem Geschäft eine mit der Hand anzutreibende Maschine (Zupfmaschine) verwendet, so ist es keine überspannte Anforderung an die von ihm zu beobachtende Sorgfalt, wenn man verlangt, daß er für die notwendigen Schutzmaßregeln (§ 120 a GewO., Anbringen von Schutzblechen u. dgl.) Sorge trägt.

γγ. **RG.** R. **08** II 367. Haftung einer Landgemeinde, die ein Elektrizitätswerk betreibt, dafür, daß sie einem nicht gehörig vorgebildeten Beamten die Leitung anvertraut hat.

g) **RG.** R. **08** II 88. Der Eigentümer einer Hand-Häckselmaschine handelt fahrlässig, wenn er, ohne das für spielende Kinder gefährliche Räderwerk gehörig zu verwahren, die Maschine in einem unverschlossenen Stalle stehen läßt, obschon er weiß, daß Kinder in den Stall zu kommen pflegen.

h) SeuffA. **63** 101 (Zweibrücken). Haftung eines Schieferdeckermeisters für Maßregeln, die die Sicherung des Publikums und des Verkehrs bezwecken.

i) **RG.** JW. **08** 543. Haftung des Reichsmilitärfiskus für einen Schaden, der dadurch entstanden ist, daß bei der Unterbringung, Beaufsichtigung und Absperrung der an der Brustseuche erkrankten Pferde eines Husarenregiments die gewöhnlichsten und durchaus notwendigen Vorsichtsmaßregeln zum Schutze der Nachbarschaft vernachlässigt sind. Die Pferde des Klägers sind durch jene Pferde angesteckt.

k) **RG.** DJZ. **08** 306. Haftung der Gemeinde für einen durch öffentliche Aufläufe entstandenen Schaden. Die Gemeinde haftet, solange sich die Exekutivbeamten im Rahmen der von der Polizei in den Schranken des Gesetzes (PrG. vom 11. März 1850, sog. AufruhrG.) getroffenen Maßnahmen bewegen (Fall Biewald).

l) Automobilhaftpflicht (s. JDR. **6** Ziff. 5 c c; s. unten § 831 Ziff. 11f). S. hierzu auch § 276 Ziff. 3e.

α. **RG.** EisenbE. **25** 65, JW. **08** 405, DJZ. **08** 762. Der auf einem Automobil mitfahrende Automobilbesitzer braucht nicht jederzeit auf die Leitung des Fuhrwerks durch die dafür angestellte Person aufzumerken; aber wenn er wahrnimmt und nach Maßgabe des Platzes, den er auf dem Wagen eingenommen hat, wahrnehmen muß, daß durch die Art, wie der Angestellte das Fuhrwerk leitet, Gefahr für Dritte entsteht, ist es ihm zum Verschulden zuzurechnen, wenn er nicht eingreift. Der mitfahrende Eigentümer braucht nicht befähigt zu sein, den Chauffeur in der technischen Handhabung des Gefährts zu übersehen; er ist nicht verpflichtet, diese zu überwachen und dem Genannten jederzeit Weisungen für die technische Handhabung

des Kraftwagens zu geben. Allgemeine Weisungen aber, die das eigentlich Technische in der Handhabung des Mechanismus des Kraftwagens nicht berühren und in denen der Angestellte dem Willen seines Dienstherrn sich zu fügen hat, darf und muß unter Umständen der mitfahrende Besitzer seinem Chauffeur erteilen Hierzu gehören Anordnungen über die Geschwindigkeit des Fahrens.

β. **RG.** JW. **08** 524, DJZ. **08** 1170, ZVersWes. **08** 517. Der Automobilbesitzer, der einen bewährten Fahrer in Diensten hat, verletzt nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, weil er bei Schnee und Regen vor einer Ausfahrt zur Nachtzeit sein Fahrzeug bestieg, ohne es vorher einer Besichtigung unterzogen und dem Fahrer die Entfernung der Schutzscheibe befohlen zu haben. Er durfte darauf vertrauen, daß der Fahrer, sobald das Wetter gegen die Scheibe schlug, diese, bevor sie undurchsichtig wurde, pflichtmäßig beseitigen werde, zumal wenn sich die Beseitigung mittels eines Handgriffes bewerkstelligen ließ.

γ. **RG.** WarneyersJ. **08** 277. Über die Aufsichtspflicht des Automobilbesitzers über seinen Chauffeur vgl. JW. **05** 287, JDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 9bb. Der Besitzer, welcher erkennt, daß zu schnell gefahren wird, hat eine Einschränkung der Geschwindigkeit anzuordnen.

δ. **RG.** EisenbE. **24** 398, R. **08** II 231. Über die Verpflichtung des Besitzers eines Automobils oder eines sonstigen Fahrzeugs, der einen als umsichtig und zuverlässig erprobten Mann als Leiter bestellt hat, selbst einzugreifen, wenn er wahrnimmt, daß der Leiter unvorsichtig handelt (vgl. JW. **05** 287).

ε. **RG.** ZVersWes. **08** 525. Keine Haftung des Eigentümers eines Automobils für seinen Chauffeur, wenn dieser ohne Wissen und Willen des Herrn mit dem Automobil eine Fahrt unternimmt. — Bei der Auswahl des Chauffeurs können nur solche moralischen Eigenschaften in Frage kommen, die mit der Fähigkeit, ein Automobil gefahrlos für das Publikum zu lenken, in ursächlichem Zusammenhange stehen. Eine Bestrafung wegen Körperverletzung steht der Anstellung nicht ohne weiteres entgegen.

ζ. **RG. 68** 492, JW. **08** 473. Der Geschäftsführer sowie die von ihm vertretene Gesellschaft sind als Gesamtschuldner für den Schaden für haftbar erklärt worden, den ein Fahrgast bei einer Probefahrt des Automobils erlitten hat. Ausschluß der Haftung durch stillschweigendes Übereinkommen ist nicht angenommen (s. u. § 843 Ziff. 3).

η. DJZ. **08** 432, EisenbE. **24** 339 (Darmstadt). Besondere Aufmerksamkeit der Automobilführer im Anschluß an **RG.** JW. **06** 681 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 ee β).

ϑ. **RG.** R. **08** II 88, EisenbE. **24** 290. Ist für einen Kraftwagenführer erkennbar, daß beim Herannahen des Kraftwagens ein Pferd in erheblichem Maße unruhig wird und erscheint dieserhalb ein Anhalten des Kraftwagens geboten, so hat der Führer des Kraftwagens unter Umständen weiter die Pflicht, auch den Motor abzustellen.

ι. **RG.** R. **08** II 662. Ist das Automobil, das durch Versagen der Lenkvorrichtung den Unfall herbeigeführt hat, vor der behördlichen Zulassung von einem amtlich damit betrauten Sachverständigen geprüft und als für den Verkehr tauglich erklärt worden, hatte die Beklagte Vorkehrung getroffen, daß das Fahrzeug vor jedem Gebrauch auf seine Verkehrssicherheit durch den zu seiner Leitung berufenen Fahrer untersucht wurde, ist dabei aber der Konstruktionsfehler, der den Unfall verursacht hat, ebensowenig wie seinerzeit vom Sachverständigen entdeckt worden, so hat die Beklagte bezüglich des Gebrauchs des Kraftwagens alles getan, was die im Verkehre gebotene Sorgfalt gerade bei Automobilen erfordert.

κ. **RG.** JW. **08** 678, ZVersWes. **08** 536. Tötung eines Angetrunkenen durch ein Automobil. — Abweisung der Klage auf Grund des § 254. (S. o. § 254 Ziff. 10bα).

λ. Fußgänger und Automobil.

RG. BayRpflZ. **08** 68, EisenbE. **24** 361. Wer den Fahrdamm überschreitet, darf erwarten, daß ein nicht an Schienen gebundenes Fahrzeug, das sich von ihm noch in solcher Entfernung befindet, daß es ihm ausweichen kann, dies auch tut, wenn nötig, unter Verringerung seiner Geschwindigkeit. Der den Fahrdamm überschreitende Fußgänger braucht nicht weithin über die Straße nach rechts und links zu sehen, ob ein Kraftwagen herankommt, er kann davon ausgehen, daß der Lenker des Kraftwagens auf ihn Rücksicht nehmen werde.

μ. Hilse, R. **08** 530, bespricht den Entwurf des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen. — Oehlert, SeuffBl. **08** 12, über Automobilhaftpflicht (Entwurf des Gesetzes).

m) Motorradfahrer (s. JDR. **6** Ziff. 5 cc).

α. **RG.** JW. **08** 680, PosMschr. **08** 132. Von einem Motorfahrer ist bei Durchfahren einer bewohnten Gegend unbedingt die Einhaltung einer so ermäßigten Geschwindigkeit zu verlangen, daß er, wenn ein Zusammenstoß nicht ganz zu vermeiden ist, imstande bleibt, sofort die zur Abschwächung des Zusammenstoßes dienlichen Maßregeln zu ergreifen und die Maschine zum Stillstande zu bringen (vgl. **RG.** JW. **08** 106).

β. **RG.** EisenbE. **24** 381, JW. **08** 106. Der Motorradfahrer muß damit rechnen, daß Personen, die kurz vor ihm auf der Straße gehen, durch das Hupenzeichen erschrecken und durch einen Sprung nach der Seite der drohenden Gefahr zu entrinnen suchen. Er muß daher die Fahrgeschwindigkeit so verringern, daß ein Zusammenstoß vermieden wird oder unschädlich ist. (S. a. o. § 276 Ziff. 3c bei ε).

γ. **RG.** R. **08** II 198. Die Annahme, daß ein zu einer Fahrt auf einem Motorrad eingeladener Fahrgast die mit der Fahrt verbundenen Gefahren auf sich nehme, trifft jedenfalls nicht zu rücksichtlich einer außerordentlichen Gefahr, die nur dem Sachkundigen bekannt war oder die gar durch ein unsachgemäßes, schuldhaftes Verhalten des Radlenkers erst herbeigeführt wurde. An ein stillschweigendes Übereinkommen zwischen den Parteien über die Tragung der Gefahr ist hier nicht zu denken.

δ. WürttJ. **20** 263 (Stuttgart). Haftung des Motorfahrers, der auf schlüpfriger Straße das Rad anschiebt. Die Revision ist zurückgewiesen, vgl. ebd. 266 (vgl. JDR. **6** Ziff. 5 cc).

n) WürttJ. **20** 266 ff., 272 (Stuttgart). Stillschweigender Ausschluß der Haftung durch Vertrag kann nur da angenommen werden, wo zwischen den Parteien überhaupt Vertragsbeziehungen vorliegen (s. unten § 833 Ziff. 5).

o) α. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 414. Wenn ein Fuhrmann, zumal ein solcher, der gar keine Personenbeförderung betreibt, einen Wanderer einladet, sich mit auf den Wagen zu setzen und mitzufahren, so hat er ebensowenig die Absicht und den Willen, sich rechtlich zu verpflichten, wie der Hausherr, der einen Bekannten zum Mittagessen einladet. Daß beide für die Sicherheit ihrer Gäste Sorge tragen und Gefahren von ihnen fernhalten müssen, stellt keine Vertragspflicht dar, sondern ist die konkrete Gestaltung der absoluten Pflichten, die jedem gegen jeden obliegen, und deren Verletzung danach als eine nach den §§ 823 ff. BGB. zu beurteilende unerlaubte Handlung sich charakterisiert.

β. **RG.** R. **08** II 698. Der Führer eines Fuhrwerkes vernachlässigt die im Verkehre gebotene Vorsicht, wenn er in einer belebten Stadt bei Dunkelheit an der Kreuzung zweier Straßen bei Begegnung mit einem anderen Geschirr die Leitung seines Fuhrwerkes seinem 14 jährigen Lehrling überläßt und selbst hinter dem Fuhrwerke hergeht. Dies gilt selbst dann, wenn er den Lehrling nur auf dessen eigenen Wunsch zu der Fahrt mitgenommen hat.

p) WürttJ. **20** 266 (Stuttgart). Haftung beim Bergschlittenfahren (s. auch JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7y).

q) Schadensersatz aus Vollstreckungshandlungen (s. JDR. **5** Ziff. 7 k, **4** Ziff. 9 k).

NaumburgAK. **08** 2 ff., 4 (LG. Halle). Pfändung und Verkauf einer nach § 811 ZPO. der Pfändung nicht unterworfenen Sache begründet eine Schadensersatzpflicht nach § 823. (Das AG. Halle hatte den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen.)

r) Haftung wegen unterlassenen Klebens von Invaliditätsversicherungsmarken (s. JDR. **6** Ziff. 5 n, **5** Ziff. 7 o).

α. WürttJ. **20** 152 (Stuttgart) verneint die Haftung des Dienstherrn für Unterlassung der Anmeldung zur Invalidenversicherung. Vgl. abw. OLG. Stuttgart, JDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. r α.

β. Über Haftung wegen unterlassenen Klebens von Invaliditätsmarken s. Appelius, PrVerwBl. **29** 376, Brunn ebd. 377.

s) Unfälle beim Turnen.

α. SeuffBl. **08** 513 (Zweibrücken). Haftung einer Gemeinde für einen Unfall, den ein Volksschüler beim Turnunterricht in der Schule erleidet.

β. **RG.** PrVerwBl. **29** 933. Schadensersatzanspruch gegen eine Gemeinde, weil sie unterlassen hat, eine im Schulzimmer aufgestellte Schulbank auf ihre ordnungsmäßige Beschaffenheit zu prüfen.

γ. **RG.** R. **08** II 698. Fällt der Schüler einer städtischen Schule infolge eines Schwindelanfalls gegen ein ohne jede Umhüllung oder Verkleidung längs der Hinterwand des Schulzimmers laufendes Rohr der Heißwasserheizung und zieht sich schwere Brandwunden im Gesichte zu, so trifft die verfassungsmäßigen Vertreter der Stadtgemeinde eine Fahrlässigkeit.

δ. **RG.** R. **08** II 620. Wird ein zehnjähriger Schulknabe in einer Arbeitsschule (Stiftung) für schulpflichtige, elternlose oder nicht genügend beaufsichtigte Kinder dadurch verletzt, daß er, während er mit zwei anderen Schulknaben an einem Hackestocke mit Holzhacken beschäftigt war, von einem dieser Knaben mit dem Beile getroffen wird, so trifft die Stiftung ein Verschulden an diesem Unfall. Ihr Vertreter hat nicht genug getan, wenn er einen tüchtigen Inspektor mit der Leitung und Beaufsichtigung der Schule beauftragte, der aber wegen der Vielseitigkeit seiner dienstlichen Obliegenheiten zu einer ausreichenden Aufsichtsführung außerstande war.

t) R. **08** II 495 (Augsburg). Von einem nicht sachkundigen Laien, der Bauausführungen durch einen Baumeister machen läßt, kann nur verlangt werden, daß er Fehler und Mängel wahrnimmt, die so auffällig und augenscheinlich zutage treten, daß sie jedem auch nicht sachkundigen Beobachter sofort und ohne weiteres eben als Fehler und Mängel oder doch als gefahrdrohende Maßnahmen erkennbar sind.

u) Überwachung Angestellter (s. auch § 831) o. Ziff. 7 f λ.

α. **RG.** R. **08** II 125. Bei einem auf günstige Zeugnisse hin angenommenen 18 jährigen Dienstmädchen ist die Herrschaft nicht verpflichtet, bei einer ganz alltäglichen ungefährlichen Verrichtung es vor jeder möglichen Vergeßlichkeit oder Unvorsichtigkeit zu warnen, die dem Mädchen selbst als solche erkennbar war.

β. **RG.** R. **08** II 89. Eine Pflichtverletzung hinsichtlich der Überwachung, der allgemeinen Aufsicht über die Angestellten und deren Tätigkeit begründet die Haftbarkeit nicht aus § 831 BGB., sondern aus § 823.

v) **RG.** R. **08** II 11. Der Verwaltung eines städtischen Gemeinwesens wie jedes anderen größeren Betriebs liegt hinsichtlich der Tätigkeit ihrer Bediensteten eine Überwachungspflicht ob.

w) **RG.** R. **08** II 125. Kein Verschulden einer Kirchengemeinde, die einen Glockenhelm von einem Fachmanne hat ausbessern lassen; sie konnte ohne Fahrlässigkeit annehmen, daß damit ein sicherer Zustand des Geläutes hergestellt sei und daß dieser bis dahin fortbestehen werde, wo nach der gewöhnlichen Erfahrung eine Nachprüfung

stattzufinden habe. Der mit der Ausbesserung beauftragte Glockengießer ist keine Person, für deren Tun die Kirchengemeinde nach Maßgabe des § 831 haftet.

x) **RG.** R. 08 II 368. Wenn vor einem steil zur Straße abfallenden Kohlenhofe Kohlenwagen rückwärts zur Straße herabgerollt werden, so gebietet es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß beim jedesmaligen Hinablassen eines Wagens jemand auf der Straße aufgestellt werde, der das dort verkehrende Publikum auf das zu erwartende Hinabrollen des Wagens aufmerksam macht.

y) **RG.** R. 08 II 54. Für die Frage, ob eine Schutzvorrichtung geboten ist, braucht nur mit den gewöhnlichen, voraussehbaren Vorkommnissen, nicht auch mit ganz außergewöhnlichen Fällen gerechnet zu werden.

z) **RG.** R. 08 II 366. Hat der Eigentümer eines Gebäudes, der dieses niederreißen läßt zu einer Zeit, wo ein baldiger Zusammensturz des Gebäudes zu erwarten ist, bemerkt, daß ein Mieter das Gebäude nochmals betreten hat, so handelt er schuldhaft, wenn er nicht, bis der Mieter das Gebäude wieder verläßt, die Einstellung der Abbrucharbeiten veranlaßt. Dieses Verschulden wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er dem Mieter vorher das Betreten des Gebäudes ausdrücklich untersagt hatte.

aa) **RG.** R. **08** II 699. Ist der Kläger durch die tatsächlich unrichtige Zusicherung seitens des Beklagten, die vorzunehmenden Einrichtungen seien ungefährlich, zu deren Duldung verleitet worden, so besteht die Ersatzpflicht für gleichwohl eingetretenen Schaden auch dann, wenn bei der Aufstellung und Beaufsichtigung der Einrichtung kein Verschulden mitunterlaufen ist.

bb) **RG.** R. **08** II 564. Der Arzt haftet nicht aus einem bedingt (nämlich durch die Richtigkeit der unterbreiteten Tatsachen) abgegebenen Gutachten.

cc) Unfälle durch Schußwaffen und bei der Jagd (s. JDR. **6** Ziff. 5 aa, **5** Ziff. 7 bb).

α. **RG.** JW. **08** 36. Jeder, der eine Schußwaffe führt ohne die Gewißheit, daß sie nicht geladen sei, muß mit der Möglichkeit rechnen, daß sie geladen sein und bei der Empfindlichkeit des Schießmechanismus infolge irgendeines unvorhersehbaren Ereignisses sich entladen könne. Wer daher eine Schußwaffe, von der er nicht bestimmt weiß, daß sie ungeladen ist, so hält, daß durch ihre Entladung ein anderer beschädigt werden kann, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, auch wenn er den Hahn nicht berührt. Dies gilt ganz besonders, wenn Körperteile eines Dritten nahe der Gewehrmündung in der Schußlinie sich befinden.

β. **RG.** JW. **08** 405. Dulden von Schießen mit einem Gewehr in einer Wirtschaft. Der Wirt ist von einer Fahrlässigkeit wegen des Duldens freizusprechen, wenn er alle Vorsichtsmaßregeln gegen eine mögliche Gefahr getroffen hat, anderenfalls ist er ersatzpflichtig.

γ. Schumacher, JagdRZ. **08** 178. Der Jagdberechtigte, der fremde Hunde und Katzen tötet, ohne hierzu berechtigt zu sein, ist nach § 823 haftbar. Der Jagdberechtigte ist zur Tötung jagender Hunde und wildernder Katzen befugt, wenn ein anderes Mittel, als die Tötung nicht gegeben ist, wenn das Tier weder abzuberufen noch einzufangen ist. Der Wert des getöteten Tieres darf aber nicht größer sein als der Schaden, den der Jagdberechtigte durch die Tötung abwehren will. § 228 BGB. kann dem Jagdberechtigten zur Seite stehen.

δ. **RG.** JagdRZ. **08** 175 über Haftung für Schadensersatz durch Schußverletzung bei einer Treibjagd. — Nach den tatsächlichen Feststellungen ist die Ersatzpflicht verneint.

ε. **RG.** JagdRZ. **08** 272. Schadensersatz wegen Verletzung auf der Jagd.

ζ. JagdRZ. **08** 52 (KG.). Keine Schadensersatzansprüche wegen Tötung wildernder Hunde. Vgl. auch OLG. Kiel ebd. 53, OLG. Königsberg ebd. 213, OLG. Cöln ebd. 215, LG. Freiburg ebd. 225. — Rotering, JagdRZ. **08** 241—249 (249) über das Töten wildernder Hunde.

dd) RG. JW. **08** 678. Begeht der Bevollmächtigte eine arglistige Täuschung, so kann, wenn der Anspruch nicht auf das Rechtsgeschäft, zu dem der Vertreter Vollmacht hatte, sondern auf das selbständige Tun der arglistigen Täuschung, zu welcher der Vertreter nicht bevollmächtigt war, gestützt wird, der Auftraggeber nicht für die unerlaubte Handlung haftbar gemacht werden.

ee) BadRpr. **08** 141 (Karlsruhe). Fall, in welchem eine Haftpflicht der Gemeinde für eine beim Abbrennen eines Feuerwerks entstandene Verletzung mangels Verschuldens der Gemeinde verneint wurde. Vgl. aber JDR. **6** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 y (313), **5** Abs. 1 Ziff. 7 u.

ff) HansGZ. **08** Beibl. 49 (Hamburg). Haftung des Testamentsvollstreckers für den Schaden, den ein Dritter durch Nichtverdecken einer Grube auf dem seiner Verwaltung unterliegenden Grundstück erleidet.

gg) RG. JW. **08** 482. Ein der Wahrheit entsprechender Vergleich der eigenen Ware mit derjenigen eines anderen in einem öffentlichen Blatte verstößt nicht gegen die §§ 823 u. 826.

hh) RG. R. **08** II 538. Ob das Liegenlassen abgetretener Eisenplatten im Straßenplanum einen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darstellt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

II. Abs. 2.

1. Lobe, UnlW. I 243. Das Gesetz verlangt den Verstoß gegen ein Gesetz, das den Schutz eines anderen bezweckt. Darin liegt, daß es nicht allein auf den tatsächlich gewährten Schutz, sondern auf den beabsichtigten Schutz ankommt. Ausschlaggebend ist aber nicht die Tendenz des ganzen Gesetzes, sondern der Zweck der der einzelnen Bestimmung zugrunde liegenden Norm. Diese muß an Dritte gerichtet sein in der Absicht, für ein bestimmtes Rechtsgut eines anderen durch Untersagung oder Gebietung von Handlungen Dritter einen Schutz herbeizuführen. Nicht erforderlich ist, daß dies die alleinige Absicht der Norm ist, es kann sehr wohl damit zugleich der Schutz anderer Güter beabsichtigt werden. Dagegen ist erforderlich, daß der andere nicht nur deshalb geschützt ist, weil er ein Teil einer größeren Gesamtheit ist, auf deren Schutz es abgesehen ist. Er muß außerdem und neben ihr noch besonders geschützt sein sollen, sonst bezweckt das Gesetz nicht seinen Schutz, sondern den des Ganzen, in dem er sich nur ununterschieden befindet. Ein Schutz aller Einzelnen bedeutet aber andererseits noch nicht den Schutz der Gesamtheit. Daß der Schutz des Einzelnen vorwiege, ist nicht nötig. Die Haftung für Schadenszufügung gemäß § 823 Abs. 2 wegen Übertretung eines Schutzgesetzes tritt nur dann ein, wenn dieses Schutzgesetz nicht selbst an seine Übertretung eine Schadenhaftung knüpft. Tut es dies, so kommt diese primäre Vorschrift, nicht die subsidiäre Blankettvorschrift des § 823 Abs. 2 in Anwendung.

2. HansGZ. **08** Beibl. 73 (Hamburg). Bei dem Verstoße gegen ein Schutzgesetz (§ 187 StGB.), das sich nur gegen vorsätzliche Handlungen richtet, tritt die Ersatzpflicht des § 823 Abs. 2 nur dann ein, wenn der Täter vorsätzlich gehandelt hat. Anders verhält es sich mit dem § 824, der eine Schadensersatzpflicht auch wegen fahrlässiger Kreditschädigung aufstellt und auch insofern über den Schutzbereich des § 187 StGB. hinausgeht, als er eine Schadensersatzpflicht nicht nur für Kreditschädigung, sondern auch für solche Fälle statuiert, bei denen es sich um anderweitige Nachteile für den Erwerb oder das Fortkommen handelt.

3. **RG.** R. **08** II 230. Das Verschulden, das § 823 Abs. 2 erfordert, besteht darin, daß der gegen ein Schutzgesetz Verstoßende sich dieses Verstoßes bewußt ist oder bei gehöriger Sorgfalt bewußt werden konnte (JW. **04** 407). — Ein Zweifel an der Rechtsbeständigkeit eines ordnungsmäßig zustande gekommenen Gesetzes genügt nicht, ein Verschulden in der Übertretung des Gesetzes auszuschließen.

4. SeuffA. **63** 150 (Cassel). Ersatzberechtigt wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz ist nur der „andere", der durch das Gesetz hat geschützt werden sollen.

5. WürttJ. **20** 152 (Stuttgart). Unter den Schutzgesetzen des Abs. 2 sind solche zu verstehen, die zwecks Verhinderung des Eintritts schädigender Ereignisse Bestimmungen treffen (z. B. Unfallverhütungsvorschriften, zivilrechtliche Verbote wie das im § 909 BGB. enthaltene, Strafgesetze, sofern sie von den strafbaren Handlungen abhalten sollen), andernfalls wären schließlich oder doch die meisten privatrechtlichen oder zivilrechtlichen Gesetzesbestimmungen „Schutzgesetze". Zur Anwendung des § 823 Abs. 2 ist nötig, daß gerade die Rechte geschädigt werden, die in den Kreis des Schutzes einbezogen werden.

6. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 95 ff., 123 ff. (BGB. § 823 Abs. 2, StGB. § 139). Wieweit reicht die Verweisung im § 823 Abs. 2 BGB. auf das Strafrecht? (123 ff.)

7. **RG.** R. **08** II 124. Im Falle des Abs. 2 muß sich das Verschulden nicht wie im Abs. 1 auf die Verletzung der Rechte des anderen, sondern auf den Verstoß gegen das Schutzgesetz beziehen.

8. Einzelne Schutzgesetze (s. JDR. **6** § 823 Abs. 2 Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) Schutz der Ehre (s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 5 f).

b) Bürgerliches Gesetzbuch.

α. Reichel, ACivPr. **104** 10 f. Kein Schutzgesetz im Sinne des Abs. 2 enthält § 125 BGB. Denn er schützt höchstens gegen eigene Unbedachtheit.

β. § 618 BGB. OLG. **17** 410 (Braunschweig). Vgl. JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6 e α, **5** Ziff. 3 c α.

γ. Lobe, UnlW. I 246, 253. § 824 kein Schutzgesetz (s. u. § 824).

δ. §§ 903, 906 BGB. R. **08** II 126 (Frankfurt).

c) Handelsgesetzbuch.

α. KGBl. **08** 77 (KG.). §§ 241, 249 keine Schutzgesetze (s. JDR. **6** § 823 Abs. 2 Ziff. 4 d, **5** Ziff. 3 d).

β. HGB. §§ 260 Abs. 2, 245 Abs. 2. SächsRpflA. **08** 41, SächsOLG. **29** 92 (Dresden). Diese Vorschriften sind zugleich im Interesse künftiger Käufer von Aktien gegeben. — § 249. SeuffA. **63** 236 (Hamburg) s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 d. — ZAktWes. **08** 7 (Dresden). Die Vorschriften über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder sind Schutzvorschriften.

γ. **RG.** LeipzZ. **08** 853, SeuffBl. **08** 965. § 314 HGB. ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2.

d) Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

α. Lobe I 246, 247 f. §§ 4, 5, 7 UnlWG. als Schutzgesetze.

β. § 9 Abs. 2 UnlWG. **RG.** BadRpr. **08** 37 s. unten UnlWG. § 9.

e) Lobe I 246. § 15 WarenZG. kein Schutzgesetz. Dagegen § 16 (246, 250 f.).

f) Lobe I 252. § 40 PatG. ein Schutzgesetz.

g) Lobe I 251. Gesetz betr. den Verkehr mit Wein.

h) Strafgesetzbuch.

α. § 153 StGB. ist Schutzgesetz. **RG.** WarneyersJ. **08** 155; vgl. **RG.** **59** 236, JDR. **4** § 823 Abs. 2 Ziff. 6 h α u. β.

β. Zeiler, R. **08** 582 ff. Aus einem Ehebruche stehen dem verletzten Ehegatten gegen den mitschuldigen Dritten ebensowenig Ersatzansprüche zu, wie gegen den schuldigen Ehegatten. — Hat der Dritte jedoch nicht im Einverständnis und gemeinschaftlich mit dem schuldigen Ehegatten die Ehe gebrochen, vielmehr ohne oder gegen den Willen dieses Ehegatten gehandelt (z. B. eine Ehefrau genotzüchtigt, oder in willenlosem Zustand oder unter den im § 179 StGB. erwähnten Vortäu-

schungen zum Beischlafe gebracht), so tritt, gestützt auf §§ 823 Abs. 2 BGB., 172 StGB., die die Regel bildende Haftung für die Folgen des unerlaubten Handelns ein. Dazu gehört dann auch die Ersatzpflicht des Täters bezüglich vermögensrechtlicher Schäden, die dem verletzten Ehegatten erwachsen sind, und zu diesen zählen auch die Kosten eines Statusprozesses, der als Folge des ehebrecherischen Beischlafs dem verletzten Ehegatten aufgenötigt worden ist.

γ. §§ 185 ff. StGB. HansGZ. Beibl. **08** 73 (Hamburg).

δ. § 257 StGB. **RG.** R. **08** II 265.

ε. § 330 StGB. kein Schutzgesetz. SächsRpflA. **08** 559 (Dresden).

ζ. § 367 Ziff. 12 StGB. **RG.** R. **08** II 198, JW. **08** 744. Keine Anwendung des § 367 Ziff. 12 mangels Verschuldens.

η. § 368 Ziff. 4 u. 8 StGB. **RG.** JW. **08** 209, LeipzZ. **08** 228, EisenbE. **24** 385.

i) Invalidenversicherungsgesetz.

WürttJ. **20** 152 (Stuttgart) hält abweichend von der JDR. **6** § 823 Abs. 2 Ziff. 4 g mitgeteilten Entsch. das InvVG. nicht für ein Schutzgesetz (s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6 r).

k) § 11 Preßgesetz ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. HansGZ. Beibl. **08** 73 (Hamburg). Er verpflichtet zwar zur Aufnahme der Berichtigungserklärung, wenn eine solche Erklärung verlangt wird und stellt die Unterlassung der Aufnahme einer geforderten Berichtigungserklärung unter Strafe, er stellt aber nicht die unrichtige Mitteilung als solche unter Strafe.

l) EisenbE. **25** 24 (Posen). § 46 EisenbVerkO. ist ein Schutzgesetz.

m) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1006 s. JDR. **6** § 823 Abs. 2 Ziff. 4 k.

n) **RG.** R. **08** II 54. Pensionsgesetz vom 27. März 1872 § 20 ist kein Schutzgesetz.

o) Verordnungen, betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen. HansGZ. **08** Beibl. 123 (Hamburg).

§ 824. 1. Lobe I 253. Gegenüber dem durch § 823 Abs. 2 mit § 7 UnlWG. gewährten Schutz greift der des § 824 insofern weiter, als er Erwerb und Fortkommen im allgemeinen betrifft. Da hierunter aber selbstverständlich das gewerbliche Tätigwerden zu verstehen ist, so wird sein Schutz auch diesem zuteil. Ferner genügt, daß jemand nur fahrlässig die Unwahrheit der behaupteten Tatsache zur Zeit der Behauptung nicht kennt. Der Schadensersatz beanspruchende Kläger muß aber sowohl die Unwahrheit der behaupteten Tatsache als die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Unwahrheit nachweisen, im Gegensatze zu § 6 UnlWG. Im Gegensatze zu § 7 UnlWG. kann bei § 824 die Schadenzufügung durch Beeinträchtigung des Fortkommens und Erwerbes zulässig sein, wenn die schädigende Mitteilung der Wahrung eines außerhalb des Erwerbes und Fortkommens liegenden Interesses dient, das der Mitteilende oder derjenige, dem die Mitteilung zugeht, an ihr hat.

2. Lobe I 269. Im § 824 ist die Verletzung der Ehre nur ein Mittel zur Verletzung des Kredits und des Erwerbes. Namentlich dieses Mißverstehen der Vorschrift des § 824, in der man die Verletzung der Ehre ausschließlich geregelt wähnte, während sie dort nur als Mittel für andere Verletzungen in Betracht kommen kann, hat dazu geführt, zu leugnen, daß die Ehre außer durch Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 auch noch durch ein absolutes Ausschlußrecht im Sinne von § 823 Abs. 1 geschützt sei.

3. HansGZ. **08** Hptbl. 205 (Hamburg). Das berechtigte Interesse muß ein wirkliches, objektives, nicht bloß vermeintliches Interesse sein. Andererseits ist es gleichgültig, ob es sich um ein eigenes oder um ein solches fremdes Interesse handelt, zu dessen Wahrung der Mitteilende oder der Empfänger aus besonderem Grunde berufen ist. Für das Vorliegen eines objektiven Interesses kommt es nicht darauf an, daß die Mitteilung objektiv unwahr war und daß der die Auskunft Erteilende die

Unwahrheit hätte kennen müssen. Denn der Abs. 2 des § 824 setzt den Tatbestand des § 824 Abs. 1, also Unwahrheit der behaupteten Tatsache und Fahrlässigkeit in deren Unkenntnis voraus. Zum Ausschlusse der Haftung einer Auskunftei gegen Dritte genügt es, daß die Mitteilung ihrem Inhalte nach von einer Art ist, daß es zur Verfolgung berechtigter Interessen von Wert ist, sie zu geben oder zu empfangen.

4. a) **RG.** JW. **08** 241. Ein Auskunftsbureau, das über einen Kaufmann günstige Mitteilungen empfangen hat und diese bei Erteilung einer Auskunft nicht verwertet, handelt fahrlässig. Es dient nicht zu seiner Entlastung, belastet es vielmehr nach einer anderen Seite, wenn es behauptet, daß die günstigen Schreiben bei Erteilung der Auskunft im Archive nicht vorhanden gewesen seien. Denn die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns erfordert es, daß alle für seinen Geschäftsbetrieb erheblichen Korrespondenzen ordnungsgemäß aufbewahrt und ihrem Zwecke gemäß behandelt werden, und zumal erheischt es der Betrieb eines Auskunftsbureaus, wenn diese für den ausgebreiteten Geschäftsverkehr der Neuzeit unentbehrlichen Institute nicht zu gemeinschädlichen Anstalten werden sollen, daß alle für eine wahrheitsgemäße und unparteiische Auskunftserteilung wichtigen Materialien mit größter Sorgfalt gesammelt und geordnet werden, so daß sie im Auskunftsfalle zur Benutzung vollzählig und wohlgeordnet vorliegen.

b) HansGZ. **08** Hptbl. 205 (Hamburg). Klage gegen eine Auskunftei wegen Erteilung unrichtiger Auskunft. Die Klage auf Unterlassung ist abgewiesen, da die Gefahr der Wiederholung nicht mehr besteht. Klage auf Widerruf der unrichtigen Auskunft.

c) HansGZ. **08** Hptbl. 145 (Hamburg; s auch LG. Hamburg ebd.). Eine Auskunftei hat ein berechtigtes Interesse daran, Nachforschungen hinsichtlich der Kreditwürdigkeit einer Person anzustellen, über die ungünstige Gerüchte umlaufen. Derartige Nachforschungen können aber in zuverlässiger Weise nur dann angestellt werden, wenn der ungünstigen Gerüchte Erwähnung geschieht, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit klargestellt werden muß, um die erforderliche Auskunft zu erteilen. Die bei solcher Gelegenheit gemachten Mitteilungen werden allerdings nur insoweit, als sie zur Erreichung des angestrebten Zweckes, der Verschaffung einer zuverlässigen Unterlage für die Auskunft, nötig sind, als im berechtigten Interesse des Auskunftsgeschäfts gemacht angesehen werden können; es wird also stets mit geeigneter Vorsicht verfahren werden müssen. Dies ist vorliegend geschehen.

5. L o b e I 272 ff. über § 824 BGB. u. § 6 UnlWG.

6. SächsRpflA. **08** 316 (LG. Dresden). Keine Haftung eines Vereins Kreditreform, der seinen Mitgliedern Listen von Personen übermittelt, die unbestrittene Forderungen nicht bezahlen.

7. HansGZ. Beibl. **08** 73 (Hamburg über § 824 u. § 187 StGB. (s. oben § 823 Abs. 2 Ziff. 2).

§ 825. ElsLothJZ. **08** 185 (Colmar). Im § 825 ist die Anwendung besonderer Kunstgriffe nicht vorausgesetzt (vgl. **RG.** JW. **06** 352, JDR. **6** § 825 u. **5** § 825).

§ 826. 1. § 826 u. § 226. **RG.** JW. **08** 281. Auch wer von einem ihm formal zustehenden Rechte Gebrauch macht, macht sich der unerlaubten Handlung gegen § 826 (ohne daß die Voraussetzungen des § 226 vorliegen müssen) dann schuldig, wenn die Ausübung seines formalen Rechtes in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich darauf gerichtet ist, einem anderen Schaden zuzufügen (**RG. 58** 216, **62** 137, **66** 238).

2. HansGZ. **08** Hptbl. 134 (Hamburg). Für den Anspruch aus § 826 genügt es nicht, daß der Gegner m ö g l i c h e r w e i s e eine Handlung gegen die guten Sitten begeht.

3. V o r s a t z (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **1** Ziff. 1 b).

a) BadRpr. **08** 131 (Karlsruhe). Der Vorsatz erfordert nicht die Absicht der Schadenszufügung; genügend, aber auch erforderlich ist das Bewußtsein, daß die Handlung dem anderen zum Schaden gereichen werde oder doch könne.

b) BadRpr. **08** 269 (Karlsruhe). Begriff des Vorsatzes. Der Täter muß neben dem Tun und Unterlassen auch die Entstehung des Schadens gewollt oder wenigstens das Bewußtsein von der Schädigung seines Tuns oder Unterlassens gehabt oder den Erfolg (die Schädigung) sich vorgestellt und gebilligt haben — **RG.** LeipzZ. **08** 163. Vorsätzliche Schädigung; Bewußtsein des Täters, daß durch seine Handlung ein Schaden entstehen könne. — **RG.** SeuffBl. **08** 40 über den Begriff des Vorsatzes wie bisher in ständiger Rechtsprechung (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 4 u. dortige Zitate). — **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 86 über den Begriff des Vorsatzes (wie JDR. **6** § 826 Ziff. 4; ebenso **RG.** ebd. 109). **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1040 = SeuffBl. **07** 380, JDR. **6** Ziff. 4a s. auch u. Ziff. 16ee.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 86, LeipzZ. **08** 163. Der Tatbestand des § 826 kann zwar dadurch verwirklicht werden, daß jemand, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, an der Verletzung vertraglicher Pflichten teilnimmt, die einem anderen gegenüber einem Dritten obliegen. Ein schlechthin gültiger Grundsatz ist das nicht; die konkreten Umstände des einzelnen Falles müssen geprüft werden (**RG. 62** 137).

5. Lobe I 255. Die Vorschrift des § 826 ist weiter als die im § 824, insofern sie den ganzen Vermögenskreis und die Verletzung eines jeden in ihm befindlichen Rechtes oder Rechtsguts umfaßt, wodurch ein Vermögensschaden erwachsen kann. Sie ist enger als § 824, da dort Fahrlässigkeit genügt, hier Vorsatz, d. h. das Bewußtsein vom schädigenden Erfolg erfordert wird.

6. **RG.** R. **08** II 163. Für den Tatbestand des § 826 reicht es nicht aus, wenn ein bestimmtes Treiben objektiv gegen die guten Sitten verstößt; es muß vielmehr hinzukommen, daß die vorsätzliche Schadenzufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt.

7. Verleitung zu Vertragsbruch (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 10, **5** Ziff. 8).

Kiß, DJZ. **08** 684 ff. Der rücksichtslose Geschäftsmann, der nur, um den Konkurrenten zu schädigen, dessen Lieferanten zum Vertragsbruche verleitet, handelt zweifellos gegen die guten Sitten und wird auch auf Grund des § 826 haften. Dagegen kann diese Vorschrift für die meisten und typischen Fälle — z. B. für das Vorgehen des Streikagitators — unmöglich Platz greifen (gegen Oertmann und Hein, Verleitung zum Vertragsbruche).

8. Unterlassungsanspruch (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 9, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5).

RG. 67 151, JW. **08** 38. Der § 826 gewährt nicht etwa allgemein einen Anspruch auf Unterlassung von Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, sondern zunächst nur eine Klage auf Ersatz des Schadens, den jemand einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zugefügt hat, und es ist nur in der Rechtsprechung angenommen, daß, wenn Grund zu der Befürchtung vorliegt, daß jemand in der Zukunft solche Schadenszufügungen vornehmen werde, dann auch schon sogleich auf Unterlassung derselben gegen ihn geklagt werden kann. Die erste Voraussetzung ist also jedenfalls, daß überhaupt eine Schadenzufügung in Frage steht. Davon kann keine Rede sein, wenn jemand angehalten wird, eine ihm aus einem rechtskräftigen Urteil obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen.

9. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile (s. JDR. **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

a) *Pagenstecher, JW. **08** 187 ff., stellt (unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung seines abweichenden Standpunkts, s. JDR. **4** zu § 322 ZPO. Ziff. I e) dar, in welchen Fällen nach der Judikatur des RG. eine Schadensersatzklage contra rem judicatam zulässig ist: a) Wenn der Kläger durch eine unter § 823

oder § 826 BGB. fallende Handlung ein materiell unrichtiges Urteil herbeiführt und vollstreckt, so hat er den dem Beklagten hierdurch zugefügten Schaden zu ersetzen. Das gilt — wo § 823 anwendbar ist — auch dann, wenn dem Kläger nur Fahrlässigkeit zur Last fällt (z. B. fahrlässige Verletzung der Eidespflicht). b) Hat der Kläger, ohne gegen §§ 823, 826 verstoßen zu haben, ein ihm günstiges rechtskräftiges Urteil erstritten, so macht er sich durch dessen Vollstreckung niemals schadensersatzpflichtig; denn jetzt, wo Beklagter rechtskräftig zur Zahlung verurteilt ist, hat Kläger ja jedenfalls eine Forderung. Die Beitreibung dieser Forderung kann ebensowenig eine Schadensersatzpflicht erzeugen, wie die Beitreibung einer im Vergleichswege festgestellten Forderung. In beiden Fällen ist es gleichgültig, ob der Kläger vor der Beitreibung erfahren hat, daß er ohne den betreffenden Rechtsakt (Urteil, Vergleich) keine Forderung hätte; anders ausgedrückt: daß erst das (in einwandsfreier Weise) zustande gekommene Urteil (Vergleich) seine Forderung erzeugte (vgl. hierzu **RG.** **46** 78 ➻ **67** 133 ↞). c) Das unter b Gesagte gilt auch dann, wenn der Kläger nach dem Erlasse des Urteils, aber vor der Vollstreckung erfährt, daß das ihm günstige (unrichtige) Urteil auf eine unter §§ 823, 826 fallende Handlung einer dritten Person zurückzuführen ist (vgl. **RG.** JW. **08** 38). d) Die Frage, ob eine Schadensersatzklage contra rem judicatam stets oder nur dann zulässig ist, wenn im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens nicht (oder nicht mehr) zu helfen ist, hat das RG. noch nicht beantwortet.

b) **RG.** R. **08** II 124. Einen allgemeinen Deliktsanspruch wegen arglistiger Ausnutzung eines zu Unrecht ergangenen (rechtskräftig gewordenen) Judikats ist in der Rechtsprechung des RG. niemals anerkannt worden; vielmehr lag, wo trotz eines entgegenstehenden Urteils ein Schadensersatzanspruch zugelassen wurde, der Fall einer offenbaren, zumeist strafbaren unerlaubten Handlung vor.

c) **RG.** JW. **08** 715. Wer rechtswidrig ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, haftet, falls die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, nach § 826.

d) **RG.** **67** 151, JW. **08** 38 s. oben Ziff. 8.

e) **RG.** WarneyersJ. **08** 155. Keine Einrede der Rechtskraft, wenn die infolge Meineids der anderen Partei im Vorprozeß unterlegene Partei auf Ersatz ihres Schadens klagt.

f) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1027. Die Grundsätze über die Anfechtbarkeit von Urteilen finden nicht ohne weiteres Anwendung auf einen privaten Vergleich. Ein gegen die guten Sitten verstoßendes, zum Schadensersatze verpflichtendes Verhalten liegt nicht vor, wenn Rechte aus einem Vergleiche geltend gemacht werden, obwohl die ihm zugrunde liegende Forderung erdichtet ist, dies aber dem anderen Teile zur Zeit des Abschlusses des Vergleichs bekannt war.

10. Exceptio doli. (S. o. § 242 Ziff. 3.)

RG. R. **08** II 56. Die Einrede der Arglist ist nach dem Rechte des BGB. gegen jede Verfolgung eines an sich begründeten Rechtes gerichtet, die den Anforderungen von Treu und Glauben widerstreitet, und ihre Wirkung geht dahin, daß der Berufung auf das formal begründete Recht des Gegners die Rechtswirksamkeit versagt wird. — **RG.** LeipzZ. **08** 59. Replik der Arglist gegenüber dem Einwande der Wechselverjährung. Der Klägerin war zugesagt vom Beklagten, daß sie durch das Liegenlassen der Wechsel nichts verlieren werde. Wird dem Versprechen entgegen die Verjährungseinrede erhoben, so ist dies arglistig. — **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1044. Die Einrede der Arglist greift gegenüber der Berufung des Klägers auf die Klausel in einem schriftlichen Mietsvertrage, daß alle Änderungen schriftlich abgefaßt werden müßten, dann Platz, wenn der Kläger selbst an dem Unterbleiben der schriftlichen Abfassung der Abänderung schuld ist. — Otto, SächsRpflA. **08** 577 über die Zulässigkeit der exceptio doli, insbes. in Form

einer Replik der Arglist gegen die Einrede der Verjährung. — **RG.** SeuffBl. **08** 536, HoldheimsMSchr. **08** 56. Fall einer replica doli gegen die Einrede der Verjährung.

11. **RG.** ElsLothJZ. **08** 51. Wer arglistig gehandelt und dadurch einen anderen zu einem diesen schädigenden Vertragsabschlusse bestimmt hat, kann sich gegen dessen Schadensersatzanspruch grundsätzlich nicht auf ein angebliches mitwirkendes Verschulden des Geschädigten aus dem Grunde berufen, daß dieser gegenüber seiner Arglist nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet habe (ebenso **RG.** JDR. **6** § 826 Ziff. 16 b β). S. u. Ziff. 16 c δ.

12. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 11, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4). Über Preisunterbietungen s. u. Ziff. 16 dd.

a) Lobe, DJZ. **08** 934. Die einzelnen Kampfmittel sind: I. Streik, Ausstand, die gemeinsame Arbeitsniederlegung aller oder einer größeren Gruppe von Arbeitern in einem Betriebe zum Zwecke des Kampfes um Lohn, bessere Arbeitsbedingungen und anderes. Wesentliches Begriffsmerkmal ist, daß die Arbeiter bereits in einem Betriebe tätig waren, daß also ein vertragsmäßiges Arbeitsverhältnis bestand; ferner, daß die Absicht besteht, die Arbeit nach erreichtem Ziele wieder aufzunehmen, nicht sie dauernd niederzulegen. —Aussperrung bedeutet die gleichzeitige Entlassung aller oder einer Gruppe von Arbeitern. — Boykott ist eine Sperre, bei welcher es gleichgültig ist, ob die Beziehungen solche eines Arbeitsverhältnisses sind oder andere. Die Arbeitsaussperrung und der Streik ist nur eine besondere Art der allgemeinen Sperre, die man Boykott nennt. — Verrufserklärung. Während der Boykott ein Zweiparteienverhältnis voraussetzt, erfordert die Verrufserklärung ein solches von drei Parteien: den Verrufer, den Verrufenen und den Dritten, dem gegenüber der andere der Verrufene sein soll. — II. Der wirtschaftliche Kampf wird durch Ausübung eines gewissen Zwanges auf die Gegner geführt. Als Rechtsgut, das geschützt werden soll, kommt die Erwerbstätigkeit in Betracht, nicht das Vermögen im allgemeinen. Die Erwerbstätigkeit, das Arbeiten, ist noch kein rechtlich geschütztes Persönlichkeitsrecht. Geschützt ist nur der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb. — Nicht jeder Boykott oder Verruf ist eine zum Ersatze verpflichtende Handlung; eine Haftung tritt nur bei widerrechtlicher Verletzung eines Rechtes ein. Erfordernis der Interessenabwägung.

b) Pape, 29. DJT. **4** 246—269, kommt nach eingehender Darlegung an der Hand zahlreicher Beispiele aus der Praxis zu dem Ergebnisse, daß § 823 Abs. 1 ein ausreichendes Schutzmittel gegen die durch den Boykott sich ergebenden Schadensfolgen sei und daß sich deshalb eine Änderung des geltenden Rechtes erübrige. — Verf. nimmt an, daß das Recht auf freie und ungehinderte Ausübung des Gewerbebetriebs und das Recht auf ungehinderte Arbeitsbetätigung unter die „sonstigen Rechte" des § 823 Abs. 1 fallen. Über die Verhandlungen des 29. DJT. vgl. **5** 172 bis 231, 777—787.

c) α. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1030, JW. **08** 38, DJZ. **08** 250. (Eisenacher Bierkrieg.) Es ist an sich nichts Unerlaubtes oder sittlich Verwerfliches, wenn Konsumenten sich zusammenschließen und durch gemeinsames Vorgehen, namentlich durch das Mittel einer Meidung bestimmter Produzenten oder Gewerbetreibenden, auf diese einen Druck zu dem Zwecke ausüben, um billigere Preissätze für die betreffende Ware zu erlangen. Das kann zumal in dem Falle nicht als unerlaubt gelten, wenn es sich für die Konsumenten um den Bezug von Lebensmitteln handelt. Durch ein solches Vorgehen wird natürlich immer ein gewisser Zwang, eine Einwirkung auf die freie Willensbestimmung des Gegners ausgeübt; aber eine solche Einwirkung ist nicht ohne weiteres widerrechtlich oder unsittlich. Und das Übel, welches dem Gegner mit der Meidung seiner Verkaufsstätte und Nichtabnahme seiner Ware

zugefügt wird, um seinen Willen zu beugen, besteht notwendigerweise in einer Schädigung desselben, einer nachteiligen Beeinflussung seiner Vermögenslage. Aber eine, wenngleich vorsätzliche Schädigung des Gegners im wirtschaftlichen Kampfe ist insolange nicht unerlaubt, als sie nicht ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut verletzt oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt. Eine solche Maßregelung des Gegners seitens einer Interessentengruppe dadurch, daß die Teilnehmer der Vereinigung und deren Parteigänger zum Abbruch und zur Vermeidung geschäftlicher oder sonstigen rechtlichen Beziehungen zu jenem bestimmt werden, bilden eben das Wesen des sog. Boykotts. Der Boykott ist ebensowenig wie Streik, Aussperrung usw. ein schlechthin unerlaubtes, gegen die guten Sitten verstoßendes Kampfmittel. Es kommt für die Frage, ob die betreffende Handlungsweise erlaubt oder unerlaubt, unsittlich ist, einerseits auf den damit verfolgten Zweck, andererseits auf die dabei angewendeten Kampfmittel an. Ziel und Zweck des Kampfes werden bei der Beurteilung des Boykotts im Hinblick auf § 826 immer diejenigen Momente bilden, die für die sittliche Wertung der Handlungsweise maßgebend sind. Das Vorgehen des (beklagten) Gewerkschaftskartells wird dadurch nicht zu einem unerlaubten, daß von ihm mittels der Presse die Unterstützung weiterer Kreise angerufen, daß öffentlich die biertrinkende Bevölkerung zur Beteiligung an dem Boykott aufgefordert und daß die Angelegenheit in einer Volksversammlung zur Erörterung gebracht wurde. Die organisierten Arbeiter mußten weitere Kreise für die Sache interessieren, wenn sie ausgiebige Hilfe für die Erreichung des angestrebten Zieles gewinnen wollten.

β. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1023 (1026). Eine Maßregel, die nur die Erschwerung des Geschäftsbetriebs herbeiführt, nicht aber die geschäftliche Existenz des Betroffenen dauernd bedroht oder den gewerblichen Betrieb völlig lahmlegt, die namentlich dem dadurch Betroffenen die Möglichkeit eines anderen Erwerbes offen läßt, kann als über das im wirtschaftlichen Kampfe erlaubte Maß hinausgehend nicht angesehen werden (**RG. 51** 385; **56** 279; **57** 427; **60** 104; **64** 158). S. u. Ziff. 16 dd.

d) HansGZ. Beibl. **08** 44 (Hamburg). Eine Sperre verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie zu dem ausgesprochenen Zwecke erfolgt, den Kläger zur Zahlung einer Schuld, die er zu bezahlen nicht verpflichtet war, zu nötigen. Der die Sperre verhängende Arbeiterverband ist ersatzpflichtig.

e) SchlHolstAnz. **08** 152 (LG. Kiel). Die Herbeiführung einer Sperre über Arbeiter, die lediglich von ihrem vertragsmäßigen Kündigungsrechte Gebrauch gemacht haben, verstößt gegen § 826.

f) HansGZ. Beibl. **08** 205 (LG. Hamburg). Klage eines von einer Reederei entlassenen Arbeiters gegen den Hafenbetriebsverein, weil dieser den Entlassenen nicht angestellt hatte, obwohl er nicht ausgesperrt war.

g) **RG.** SeuffA. **63** 319, JW. **08** 272. Androhung der Veröffentlichung wahrer Tatsachen. Eine derartige Androhung verstößt nicht gegen die guten Sitten, selbst wenn der Androhende bezweckt, dem anderen Kunden zu entziehen. Ein Eingriff in den Geschäftsbetrieb liegt nicht vor.

h) **RG.** SeuffBl. **08** 966, JW. **08** 679. Fall, in welchem eine Klage gegen den Redakteur, Verleger, Inhaber und Gesellschafter einer Fachzeitschrift abgewiesen ist, die vor dem Zuzuge zu bestimmten Fabriken Arbeiter warnte.

i) **RG.** WarneyersJ. **08** 281. Die Veröffentlichung eines gewerblichen Schutzverbandes, daß eine Firma gewissen Wirtschaftsvereinigungen Sonderrabatt gewähre, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

k) ElsLothJZ. **08** 505, DJZ. **08** 652 (Colmar). Die Aufnahme einer bestimmten ärztlichen Stelle in die „Caveteliste“ des Verbandes der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten, sondern nur dann, wenn darin nach den besonderen, vom Gegner des Ärzte-

verbandes darzulegenden Umständen des Falles ein Mißbrauch des Sperrechts zu erblicken ist (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 169).

l) UnlW. 8 40 (LG. Hamburg). Streik von Ärzten gegenüber einer Reederei.

m) **RG.** UnlW. 7 112, HoldheimsMSchr. **08** 54 s. JDR. **6** § 826 Ziff. 11 m.

13. § 826 u. AnfG. (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 13).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1016. Die Frage, ob eine anfechtbare Rechtshandlung und die Geltendmachung der durch sie erlangten Rechte zugleich eine unerlaubte ist und zum Schadensersatze verpflichtet, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu prüfen. — Verstoß gegen die guten Sitten, wenn unter dem Vorwand einer Sicherung jemand einem anderen sein gesamtes pfändbares Besitztum überträgt.

b) **RG.** R. **08** II 538. Nicht jede Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung enthält den Tatbestand des § 826 BGB.

14. Verhältnis zum Warenzeichengesetze (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 15, **5** Ziff. 14, **4** Ziff. 10, **3** Ziff. 9). S. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6a ζ, Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes 242.

a) **RG.** SeuffA. **63** 2 s. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 e α = **RG. 63** 268.

b) **RG.** LeipzZ. **08** 456, ElsLothJZ. **08** 442, BauersZ. **16** 22, UnlW. **7** 167, JW. **08** 281, DJZ. **08** 482. Die Klage auf Löschung eines Warenzeichens ist zulässig, wenn sich die Erwirkung der Eintragung des Zeichens als eine unerlaubte Handlung darstellt. Wer für sich ein Zeichen eintragen läßt, um das Publikum zu täuschen, verstößt insbesondere dann, wenn er dabei die Absicht oder auch nur das Bewußtsein hat, so einen anderen zu schädigen, wider die guten Sitten. Zur Klage auf Löschung eines Warenzeichens auf Grund des § 826 (vgl. **RG. 66** 240, JDR. **6** § 826 Ziff. 15 a) genügt — bei dem Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des Paragraphen — als Schädigung des Klägers schon das Bestehen des gegnerischen Warenzeichens. Schon durch dieses Bestehen wird der rechtmäßige Inhaber des Zeichens in seinen Rechten beeinträchtigt; es wird schon durch das Bestehen jenes anderen, zur Konkurrenzausübung in unlauterer Weise bestimmten Zeichens sein Zeichen nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge geschmälert und in seinem Werte gemindert.

c) **RG.** LeipzZ. **08** 933. Anwendung auf das Warenzeichenrecht (vgl. **RG.** ebd. 936).

15. § 826 u. UnlWG., s. auch oben Ziff. 12g.

a) **RG.** R. **08** II 565. Während bei einem Anspruch aus § 1 UnlWG. jeder Gewerbetreibende, der Waren gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den Verkehr bringt, zur Klage berechtigt ist, ist bei Ansprüchen aus § 826 BGB. nur der wirklich Geschädigte klageberechtigt.

b) **RG.** R. **08** II 564. Ein Dachpappenfabrikant kann gegen einen anderen Dachpappenfabrikanten, der seine Ware als Pappleinen bezeichnet, Ansprüche aus § 826 BGB. nur dann erheben, wenn dargetan wird, nicht bloß, daß diese fälschliche Bezeichnung geeignet ist, das kaufende Publikum irrezuführen, sondern auch, daß der Beklagte eine solche Täuschung tatsächlich gewollt hat und daß dadurch dem Kläger ein Schaden entstanden ist. Nicht unerheblich ist dabei, ob nicht auch der Kläger seine Ware als Pappleinen bezeichnet hat.

16. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** § 826 Ziff. 16, **5** Ziff. 15, **4** Ziff. 12, **3** Ziff. 11, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 7).

a) *Reichel, ACivPr. **104** 44 ff. Aus § 826 wird haftbar, α. wer mit einem anderen einen, wie ihm selbst bewußt, formnichtigen (§ 125 BGB.) Vertrag schließt und dadurch, daß er den Gegner in den Wahn wiegt, der Vertrag sei rechtsbeständig, diesem Schaden zufügt (z. B. der falsche Bürge, der durch formnichtige Verbürgung den anderen bestimmt, einem mittellosen Dritten Kredit zu geben). β. Ingleichen derjenige, der bei Abschluß eines formnichtigen Vertrags in anderer Weise den Ver-

tragsgegner betrügt. Die Formnichtigkeit des Geschäfts kann keinen Freibrief bilden (60 ff.). γ. Derjenige, der aus einem, wie er weiß, formnichtigen Geschäfte, wissend, daß der Beklagte die Formnichtigkeit geltend machen werde, heimtückisch hinter dem Rücken des Beklagten (vgl. **RG. 61** 359 ff.) klagt und Versäumnisurteil erwirkte (74 ff.).

b) Haftung für Auskunft (s. JDR. **6** Ziff. 16a, **5** Ziff. 15c, **4** Ziff. 12c).

α. **RG.** SächsRpflA. **08** 426. Haftung wegen (wissentlich) unrichtiger Auskunft. Beschränkung des Auskunftserteilers. Wenn die erbetene und erteilte Auskunft einen bestimmt limitierten Kredit betrifft, und sich dann, wie auch dem Empfänger ersichtlich, auf den Betrag, um den es sich im gegebenen Falle handelt, beschränkt hat, so wird eben nach der Verkehrsanschauung in kaufmännischen Kreisen einer solchen Auskunft eine maßgebliche Bedeutung nur für die Kreditgewährung innerhalb der bezeichneten Grenze beigemessen werden und darüber hinaus der Auskunft oder ihrer Begründung für gewöhnlich keine Tragweite zugeschrieben werden können. Bei größeren Kreditierungen oder solchen in späterer Zeit wird es zumeist am Kausalzusammenhange zwischen der Kreditierung und der erteilten Auskunft fehlen, sofern diese an sich und der geschäftlichen Regel, nach nicht geeignet war, jenen weitergehenden Erfolg herbeizuführen.

β. **RG.** R. **08** II 53. Die Frage, ob einem Gläubiger infolge der ihm von einem Dritten über die Vermögensverhältnisse des Schuldners erteilten falschen Auskunft ein Schaden entstanden ist, läßt sich nur beurteilen auf Grund einer Vergleichung der Vermögenslage des Schuldners zur Zeit unmittelbar vor der Erteilung der Auskunft mit der Vermögenslage zur Zeit des späteren Zusammenbruchs. — Ist festgestellt, daß ein Gläubiger durch die ihm von einem Dritten erteilte günstige Auskunft über die Vermögensverhältnisse seines Schuldners sich zur weiteren Kreditgewährung hat bestimmen lassen, so ist damit der ursächliche Zusammenhang zwischen der Auskunft und der Kreditgewährung gegeben.

γ. **RG.** R. **08** II 369. Wenn um Auskunft über die gesamten Vermögensverhältnisse eines Gewerbetreibenden angefragt ist, ist die Auskunft wissentlich falsch nicht nur dann, wenn der die Auskunft Erteilende wissentlich unrichtige Tatsachen mitteilt, sondern auch dann, wenn er durch Verschweigen ungünstiger Tatsachen der Auskunft eine zu günstige Färbung gibt. Dies gilt auch dann, wenn der die Auskunft Erteilende trotz der ihm bekannten bedenklichen Erscheinungen den Gewerbetreibenden für kreditwürdig erachtet.

δ. **RG.** R. **08** II 266. Wer über die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns einem anderen zu günstige Mitteilungen macht und die von ihm angeführten Umstände als von ihm selbst gewußte mitteilt, ohne sie in Wirklichkeit sicher zu wissen, handelt doch nur dann arglistig im Sinne des § 826, wenn er sich der Unsicherheit seines Wissens selbst bewußt ist.

ε. **RG.** LeipzZ. **08** 302. Haftung für Rat und Empfehlung. — **RG.** R. **08** II 199. Haftung bei Auskunft.

ζ. HansGZ. **08** Hptbl. 264, BankA. **8** 60 (Hamburg). Ein Kaufmann haftet für eine von seinem Filialleiter in sittenwidriger Weise erteilte unrichtige Auskunft nur dann, wenn die Auskunft mit seinem Wissen und Willen so, wie geschehen, erteilt wurde oder wenn er bei der Auswahl oder bei der Anweisung und Leitung des Filialleiters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat.

η. BadRpr. **08** 269 (Karlsruhe) über die Frage, ob jemand, der guten Glaubens eine unrichtige Auskunft gegeben hat, verpflichtet ist, sie zu widerrufen, wenn er ihre Unrichtigkeit erkennt.

c) Arglistige Täuschung (s. JDR. **6** Ziff. 16b, **5** Ziff. 15c).

α. *Frankenburger, SeuffBl. **08** 527. Der durch die Arglist seines Vertragsgegners geschädigte Vertragsteil kann entweder die Aufhebung des Vertrags

durch rechtzeitige Anfechtung (s. auch bei § 123 Ziff. I 1) herbeiführen, oder sich auf Geltendmachung seines vollen Schadens einschließlich entgangenen Gewinnes beschränken. Der Geschädigte kann das negative Vertragsinteresse dahingehend ersetzt verlangen, daß der Vertrag infolge der Täuschung und Anfechtung unwirksam blieb. Der Geschädigte kann aber auch beim Vertrage stehen bleiben und Schadensersatz fordern. Für die Bemessung des Schadens sind die vertragsmäßigen Festsetzungen, soweit diese vom Betruge nicht getroffen sind, maßgebend.

β. **RG.** JW. **08** 333, LeipzZ. **08** 539. Täuscht ein Kaufmann auf Kosten eines anderen (seines Konkurrenten) absichtlich und bewußt das Publikum, so verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn der andere diese Tatsache öffentlich bekannt gibt. Diese Handlungsweise wird dadurch noch nicht zu einer widerrechtlichen, sittenwidrigen, daß dem anderen andere Mittel zu Gebote stehen, um dem unlauteren Gebaren entgegenzutreten.

γ. **RG. 67** 146, JW. **08** 36, LeipzZ. **08** 163. Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens von bekannten Fehlern im Sinne von § 463 Satz 2 deckt sich weder mit dem Tatbestand eines Betrugs nach § 263 StGB., noch deckt er sich schlechthin mit den Erfordernissen des § 826.

δ. Ausschluß eigenen Verschuldens gegenüber arglistiger Täuschung (s. JDR. **6** Ziff. 16 b β). S. oben Ziff. 11.

αα. **RG.** JW. **08** 9. Derjenige, der durch arglistige Täuschung einen anderen zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, darf sich nicht darauf berufen, daß dieser infolge Vertrauensseligkeit oder mangelnder Vorsicht das Opfer seiner Arglist geworden ist.

ββ. **RG.** JW. **08** 715. Gegenüber der Arglist eines Vertragsteils kommt ein konkurrierendes Verschulden nicht in Betracht (**RG.** JW. **08** 9, **05** 717).

d) SächsRpflA. **08** 312 (Dresden) (vom **RG.** bestätigt, vgl. ebd. Anm.). Bruch der im gesellschaftlichen Verkehre gegebenen Zusage, eine Mitteilung geheim zu halten. In der bloßen Weiterverbreitung einer anvertrauten Mitteilung kann kein rechtlich zu ahndender Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden; eine derartige Handlungsweise stellt sich als eine gesellschaftliche Indiskretion dar, die nur eine Verletzung des gesellschaftlichen Anstandes enthält, rechtliche Folgen aber nicht zu erzeugen vermag. Die Indiskretion kann die Natur einer Rechtsverletzung nur annehmen, wenn sie in besonders schweren Formen, wie in der Verletzung einer besonderen Berufspflicht, in dem Verrate von Geschäftsgeheimnissen, möglicherweise auch in der Veröffentlichung von Privatbriefen auftritt.

e) RG. GruchotsBeitr **52** 1037, HansGZ. **08** Beibl. 59. Aufhebung der JDR. **6** § 826 Ziff. 16 c mitgeteilten Entscheidung wegen der Höhe des Schadensersatzes; die rechtlichen Ausführungen werden gebilligt.

f) RG. HoldheimsMSchr. **08** 103, LeipzZ. **08** 302, ElsLothJZ. **08** 392, R. **08** II 163. Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Käufer, der erkennt, daß der Verkäufer sich in einem sehr erheblichen Irrtum über die Preis- und Wertverhältnisse befindet, es unterläßt, den Vertragsgegner hierauf aufmerksam zu machen.

g) RG. R. **08** II 662. Angehung eines Rechtsschutzvereins zwecks gütlicher Einziehung eines Guthabens verpflichtet nicht zum Schadensersatze, wenn der Schuldner nach Scheitern des Vergleichs auf die sog. schwarze Liste gesetzt wird.

h) α. **RG. 67** 169. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Schuldner, nach Aufgabe des von ihm bisher selbständig betriebenen Geschäfts, nunmehr seiner Ehefrau in dem von ihr neu begründeten Geschäft unentgeltlich Dienste leistet und auf diese Weise seinen Gläubigern den Ertrag seiner wirtschaftlichen Tätigkeit entzieht. Es besteht kein für die Rechtsordnung in Betracht kommender Anspruch der Gläubiger darauf, daß ihr Schuldner seine wirtschaftliche Tätigkeit in einer solchen

Form und Gestalt ausübe, die es ihnen ermöglicht, ihre Hand auf den Ertrag zu legen (vgl. die folgende Entsch.).

β. **RG. 69** 59, BankA. **8** 28, JW. 308, **08** HansGZ. Beibl. **08** 211. Kein Verstoß gegen § 826 liegt darin, daß ein Kaufmann mit einem Angestellten einen Vertrag schließt, durch welchen er dessen Gehalt auf 1500 M. festsetzt, während er sich gleichzeitig der Ehefrau des Angestellten gegenüber verpflichtet, dieser jährlich fortlaufend einen weiteren Betrag zu zahlen. S. oben § 138 Ziff. B **3**a.

i) **RG.** R. **08** II 590. Sich unaufgefordert in die törichte Geschäftsführung eines Dritten warnend oder aufklärend einzumischen, ist weder durch eine rechtliche noch durch ein sittliche Pflicht geboten.

k) **RG.** R. **08** II 662. Es widerspricht den guten Sitten, einen Agenten des Vertragsgegners zwecks Hintertreibung von Kaufangeboten in der Absicht zu bestechen, daß der Gegner einen Parzellierungsvertrag als ungünstig ansehen und auf Zahlung eines Reugeldes eingehen solle.

l) MecklZ. **26** 257 (Rostock). Die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formmangels enthält nicht ohne weiteres einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826. Unter Umständen kann die Nichterfüllung eines formell ungültigen Vertrags eine illoyale Schadenszufügung im Sinne des § 826 enthalten.

m) **RG.** LeipzZ. **08** 448. Haftung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft für den Schaden, den ein Aktionär dadurch erleidet, daß er infolge wissentlicher Bilanzfälschungen Aktien gekauft hat, die er mit Verlust wieder verkauft hat, nachdem sich die Fälschungen herausgestellt hatten.

n) **RG.** R. **08** II 232, BayRpflZ. **08** 183. Schadensersatz wegen Bordellbetriebs. Der Anspruch wird nicht dadurch berührt, daß die Polizei nicht gegen das Treiben einschreitet. Ebensowenig wird der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Bordellbetriebe dadurch beseitigt, daß auch noch in anderen benachbarten Häusern Gewerbsunzucht betrieben wird.

o) **RG.** R. **08** II 163. Daß ein Grundstücksbesitzer wegen der lediglich ideellen Einwirkungen eines auf einem benachbarten Grundstücke stattfindenden Bordellbetriebs eine Klage aus § 1004 BGB. nicht erheben kann, schließt die Anwendbarkeit des § 826 BGB., wenn im übrigen die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung vorliegen, nicht aus.

p) **RG.** R. **08** II 699. Ein Grundstückseigentümer, der einem Mieter für die Dauer des Mietvertrags ein Vorkaufsrecht hinsichtlich des vermieteten Grundstücks eingeräumt hat, handelt nicht gegen die guten Sitten, wenn er, um eine Ausübung jenes Vorkaufsrechts zu verhüten, von einem ihm möglichen Verkaufe des Grundstücks absieht und statt dessen mit einem anderen für die Zeit nach Ablauf des ersteren Mietvertrags einen neuen Mietvertrag abschließt, aber gleichzeitig dem neuen Mieter für die Dauer seines Mietvertrags ein Ankaufsrecht zu einem bestimmten Kaufpreis einräumt.

q) **RG.** R. **08** II 368. Verlangt ein Bürge, der die Bürgschaftsübernahme wegen arglistiger Täuschung mit Erfolg angefochten hat, Ersatz für Aufwendungen, die er auf die Bürgschaft gemacht hat, so kann er diesen Ersatzanspruch auch auf solche Aufwendungen erstrecken, die er noch vor der schriftlich ausgestellten Bürgschaftserklärung auf die zu übernehmende Bürgschaft gemacht hat.

r) R. **08** II 397 (Cassel). Bedient sich jemand zur Bezeichnung seiner Ware einer als Beschaffenheitsangabe anzusehenden Bezeichnung, so verstößt er dadurch nicht gegen die guten Sitten deshalb, weil diese Beschaffenheitsangabe innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Ware eines bestimmten anderen Gewerbetreibenden gilt, der aber für diese Bezeichnung weder einen Warenzeichenschutz noch einen Ausstattungsschutz genießt.

s) BayRpflZ. **08** 169 (München). Verstoß gegen die guten Sitten darin, daß jemand sich von einem Möbelhändler Photographien von Möbelstücken geben ließ, diese Photographien aber an einen Konkurrenten des Eigentümers der Photographien weitergab und sich von diesem auf Grund der Photographien billigere Möbel herstellen ließ. Die Schadenszufügung liegt nicht in dem Entgange des Gewinns, weil der Beklagte bei dem Kläger die Möbel nicht zu kaufen verpflichtet war, sondern in der durch den Beklagten herbeigeführten geschäftlichen Ausbeutung des Entwurfes des Klägers durch dessen Konkurrenten, welche die eigene Benutzung der fraglichen Entwürfe dem Kläger entwertete.

t) α. **RG.** LeipzZ. **08** 599. Der Nachdruck eines durch das Urheberrecht nicht geschützten Katalogs und dessen Verwertung im Konkurrenzkampfe verstößt nicht gegen die guten Sitten.

β. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 109 f. JDR. **6** § 826 Ziff. 16 m.

γ. GewRSchutz **08** 184 (Darmstadt) (= JDR. **5** § 826 Ziff. 15 t). Kein Verstoß gegen § 826 in dem Nachdruck eines Katalogs.

u) **RG.** R. **08** II 425. Ein Vertrag mit der beiderseitigen Absicht, dem einen Vertragskontrahenten unter dem Vorwande der Sicherung den ganzen pfändbaren Besitz des anderen zum Nachteile seiner Gläubiger in die Hände zu spielen, verstößt ebenso gegen die guten Sitten wie die klageweise Geltendmachung solcher Vertragsrechte gegen die Pfändung eines Gläubigers. Dieser kann daher Ersatz für den durch die schließlich abgewiesene Widerspruchsklage entstandenen Schaden (Zinsverlust, Lagerkosten, Abnutzung) sowohl nach § 823 wie nach § 826 BGB. beanspruchen. § 7 AnfG. steht dem nicht entgegen, weil die Frage, ob eine anfechtbare Rechtshandlung und die Geltendmachung ihrer Rechtsfolgen eine unerlaubte Handlung darstellt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist.

v) **RG.** R. **08** II 330. Gegen die guten Sitten verstößt, wer sich eine Grundschuld zedieren läßt, obwohl er weiß, daß der vermögenslose Zedent diese Zession nur vornimmt, weil er selbst die Grundschuld infolge entgegenstehender Einreden nicht geltend machen kann. Der Schadensersatzanspruch besteht namentlich (§ 249 BGB.) darin, daß der Zessionar die Grundschuld nicht geltend macht.

w) R. **08** II 494 (Stuttgart). Die Ehefrau, deren Ehemann die gemeinschaftliche Liegenschaft durch formell gültigen Vertrag an einen Dritten veräußert hat, kann durch Klage gegen beide Kontrahenten Rückübertragung des Eigentums auf Grund des § 826 BGB. verlangen.

x) **RG.** JW. **08** 149, LeipzZ. **08** 298. Tatbestand des § 826 verglichen mit § 314 HGB. Zum Tatbestande des § 314 HGB. gehört, was die Willensrichtung des Täters anlangt, die wissentlich unwahre Darstellung oder die wissentliche Verschleierung des Vermögensstandes der Aktiengesellschaft, also ein Handeln in der Absicht, diejenigen zu täuschen, für die die Übersicht über den Vermögensstand von ihnen zu geben ist. Soweit diese Absicht auf die Täuschung von Personen abzielt, die der Gesellschaft Kredit gewähren wollen, ist sie — sofern ungünstige Umstände verschwiegen werden — untrennbar von dem Bewußtsein, daß die künftigen Gläubiger durch die Täuschung in ihrem Vermögen geschädigt werden können, und insoweit ist dieser Tatbestand gleich dem des § 826. Aber der Tatbestand des § 314 HGB. ist nach der objektiven Seite enger als der des § 826. Für die Frage der Haftbarkeit ist es nicht erforderlich, zu entscheiden, ob nur der weitere Tatbestand des § 826 vorliegt oder der engere des § 314 HGB.

y) R. **08** II 199 (Hamburg). Dadurch, daß der Beklagte den Angestellten des Klägers veranlaßt hat, die Stellung beim Kläger aufzugeben, hat der Beklagte nach den Umständen des Falles gegen § 826 verstoßen.

z) R. **08** II 12 (Stuttgart). Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Gläubiger, der wegen seiner Forderung die Zwangsversteigerung beantragt hat,

das Grundstück in der Zwangsversteigerung erheblich unter seinem Werte ersteht und hernach mit beträchtlichem Gewinne weiterverkauft.

aa) **RG.** ZBlFG. 8 685. Der Nießbraucher eines Grundstücks, der Hypothekenzinsen gegen Abtretungsurkunde bezahlt hat und diese Zinsen mit dem Range vor den nacheingetragenen Hypothekengläubigern im Zwangsversteigerungsverfahren liquidiert, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

bb) NaumburgAK. **08** 51 (LG. Stendal). Grundlose Eidesverweigerung in einem bestimmten Falle als Verstoß gegen die guten Sitten. Ein bei einer Versicherungsgesellschaft gegen Haftpflicht Versicherter hatte sich auf Veranlassung des geschädigten Dritten auf einen Prozeß eingelassen und war, da er einen ihm zugeschobenen Eid nicht leistete, verurteilt. In dem von dem Versicherten später gegen die Versicherungsgesellschaft erhobenen Prozesse wandte die Beklagte ein, daß die Eidesverweigerung grundlos gewesen sei und gegen die guten Sitten verstoße. Die Klage wurde abgewiesen.

cc) NaumburgAK. **08** 65 (LG. Halle). Das der Wahrheit zuwider erfolgende Leugnen eines Angeklagten im Strafprozesse verstößt nicht gegen die guten Sitten. Unsittlich wird das Leugnen erst in Verbindung mit der Anwendung unlauterer Mittel zur Beugung des Rechtes. Dem Privatkläger erwächst gegen den durch wahrheitswidriges Leugnen freigesprochenen Privatbeklagten kein Ersatzanspruch, wenn der Beklagte das erstrittene freisprechende Urteil dazu benutzt, die Kosten der Verteidigung vom Privatkläger beizutreiben.

dd) Preisunterbietung (s. JDR. **6** Ziff. 16 cc).

α. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1023. Wie das RG. wiederholt dargelegt hat (**56** 277; **63** 399), kann es einem Gewerbetreibenden oder einem gewerblichem Verbande nicht verwehrt sein, seinen Abnehmern die Verpflichtung aufzuerlegen, unter einem bestimmten Preise nicht zu verkaufen und diese Verpflichtung wiederum ihren Käufern aufzuerlegen, überhaupt für die Anknüpfung und Aufrechterhaltung geschäftlicher Beziehungen besondere Bedingungen zu stellen und bei deren Nichtannahme die Lieferung ihrer Handelsartikel zu verweigern. An diesem Rechte mag auch der Umstand, daß ein unverhältnismäßig hoher Preis künstlich aufrechterhalten und dem Publikum die Möglichkeit genommen wird, die Ware zu einem angemessenen Preise sich zugänglich zu machen, jedenfalls dann nichts zu ändern, wenn es sich um Waren der hier fraglichen Art handelt, die nicht zu den notwendigen Lebensbedürfnissen gehören und an deren Stelle leicht ähnliche Waren von gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit, oft auch billige zu haben sind.

β. **RG.** R. **08** II 199, LeipzZ. **08** 302. Lediglich aus dem Umstande, daß jemand Waren von anderen zu Preisen kauft, von denen er weiß, sein Verkäufer solle die Waren zu diesem Preise nicht weiterverkaufen, ist noch nicht ohne weiteres auf eine wider die guten Sitten verstoßende Handlungsweise zu schließen; es kommt vor allem auch auf die Beweggründe des dem Dritten gegenüber vertragsuntreuen Verkäufers an.

ee) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1040, s. JDR. **6** § 826 Ziff. 16h.

§ 827. **RG.** R. **08** II 397. Hat jemand, der gegen die Folgen körperlicher Unfälle versichert ist, sich im Rauschzustand einen Unfall zugezogen, so kann die Versicherungsgesellschaft sich ihrer Entschädigungspflicht nicht unter Berufung auf § 827 BGB. entziehen; sie hat vielmehr Entschädigung zu leisten, sofern nicht vertraglich die Entschädigungspflicht für solche Unfälle ausdrücklich ausgeschlossen ist.

§ 828. SeuffA. **63** 191 (Zweibrücken). Haftung eines Minderjährigen; eigenes Verschulden.

§ 830. 1. Kiß, DJZ. **08** 684 ff. Der Anstifter steht dem Täter in allen Beziehungen gleich; der kausale Zusammenhang seiner Tätigkeit mit der beschädigenden Handlung kann nicht in Abrede gestellt werden. Der Grund für die Haftung des

Anstifters ist darin zu suchen, daß derartige Personen nicht nur ein subjektives Verschulden trifft, sondern daß sie auch mit kausal gewesen sind zu dem eingetretenen Erfolg. Eine Anstiftung im Sinne des § 830 Abs. 2 kann nur angenommen werden, wenn der „Angestiftete" selbst eine unerlaubte Handlung begangen hat; dies trifft bei einem zum Vertragsbruche Verleiteten nicht zu.

2. **RG.** WarneyersJ. **08** 507. Wie **RG. 58** 357 (JDR. **3** § 830 Ziff. 1) dargelegt ist, handelt Satz 2 des § 830 von dem Falle, wo mehrere, jeder für sich, unerlaubte Handlungen begehen, zwischen denen ein rechtlicher Zusammenhang nicht besteht, weil jeder selbständig handelt, keiner Mittäter, Anstifter oder Gehilfe des anderen ist. Ist bei solcher Gelegenheit ein Schaden verursacht, ohne daß ermittelt werden kann, durch welche der mehreren unerlaubten Handlungen, so soll jeder Beteiligte haften. Beteiligt kann hier also nicht bedeuten: beteiligt an der Handlung des anderen, sondern beteiligt an dem Vorgange, der sich aus mehreren selbständigen Handlungen der einzelnen zusammensetzt. Es muß hiernach zwischen diesen ein tatsächlicher Zusammenhang bestehen, der es rechtfertigt, die gesamten Handlungen als einen einheitlichen Vorgang aufzufassen, an dem der einzelne beteiligt ist.

3. **RG.** R. **08** II 164. Ist jemand auf einer Treppe, auf der sich Eis gebildet hat, zu Falle gekommen, ist aber nicht festzustellen, ob er auf solchem Eise gestürzt ist, das sich infolge Schadhaftigkeit des Treppendachs, für die der Hauseigentümer einzustehen hätte, gebildet hatte, oder auf solchem Eise, das seine Ursache hatte in dem Überlaufen von Wasser aus Eimern, die das Dienstmädchen eines Mieters die Treppe hinaufgetragen hatte, so ist für eine Anwendung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB. kein Raum.

§ 831. 1. BraunschwZ. **08** 10 (Braunschweig). § 831 statuiert nicht eine Haftung des Geschäftsherrn für fremde Schuld, sondern stellt eine Vermutung für die eigene Schuld des Geschäftsherrn auf und läßt seine Haftung wegfallen, wenn er den ihm dort nachgelassenen Entlastungsbeweis führt (ebenso OLG. Braunschweig ebd. 11).

2. Hinze, JW. **08** 230 ff. § 831 kann bei konkurrierendem Verschulden des Angestellten des Beschädigten nicht zur Anwendung gebracht werden, denn er behandelt den Fall, in dem der Geschäftsherr für den von dem Besteller einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden von diesem in Anspruch genommen wird. In den Fällen des konkurrierenden Verschuldens dagegen handelt es sich um einen Anspruch des Geschäftsherrn auf Schadloshaltung gegen einen anderen und um die Frage, ob und inwieweit der Geschäftsherr hierbei ein Verschulden des von ihm Bestellten wie ein eigenes zu vertreten habe (gegen OLG. Cöln, EisenbE. **23** 6).

3. **RG.** BayRpflZ. **08** 183, SeuffBl. **08** 502, R. **08** II 164. Für die Anwendung des § 831 BGB. ist es ohne Belang, ob die Schadenszufügung durch den zu einer Verrichtung Bestellten gerade infolge des Mangels — mangelnder Kenntnis der einschlägigen Polizeivorschriften bei einem Kraftwagenführer — verursacht wurde, er ihn als zu der übertragenen Verrichtung ungeeignet erscheinen läßt. Es genügt, daß der Bestellte objektiv dazu ungeeignet war s. unter Ziff. 11 f α.

4. **RG.** R. **08** II 126. Die Haftung aus § 831 scheidet, ohne daß ein Entlastungsbeweis erforderlich wäre, aus, wenn der Angestellte bei der Ausführung der Verrichtung sich so verhalten hat, wie es die bestehende Erfahrung fordert, wie also auch eine andere mit Sorgfalt ausgewählte Person gehandelt haben würde.

5. ElsLothJZ. **08** 6 (Colmar). Unter einer „widerrechtlichen" Schadenszufügung im Sinne des § 831 ist nicht eine auf Fahrlässigkeit des Täters beruhende, sondern nur eine solche zu verstehen, zu deren Bewirkung der Täter kein Recht hat.

6. Inhalt, Maß der Pflicht (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 4).

a) **RG.** R. **08** II 126. Die im § 831 erwähnte Leitung bezieht sich nur auf die Ausführung einer konkreten Verrichtung. Dem Geschäftsherrn liegt daher, nur insofern er solche Ausführungen zu leiten hat, der Nachweis ob, daß er dabei die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe (vgl. JDR. **6** § 831 Ziff. 6 b).

b) **RG.** R. **08** II 368. Für den Besteller eines Werkes besteht nicht die allgemeine Pflicht, die Arbeit des Unternehmers zu überwachen, insbesondere dafür zu sorgen, daß die für solche Arbeit bestehenden Polizeivorschriften befolgt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Besteller sich zur Wahrung s e i n e r Interessen ein bestimmtes Aufsichtsrecht vorbehalten hat, wenigstens sofern sich dieses Aufsichtsrecht nicht auf jede Einzelheit der Arbeit oder gar auf die für sie verwendeten Geräte oder Maschinen erstreckt.

c) BraunschwZ. **08** 10 (Braunschweig). Ein Transportunternehmer kann die Ausführung eines Umzugs seinen Angestellten zu selbständiger Ausführung anvertrauen. Eine Leitungspflicht besteht nicht ohne weiteres.

7. DJZ. **08** 88 (Karlsruhe). Keine Haftung für eine nur b e i G e l e g e n h e i t d e r A u s f ü h r u n g einer Verrichtung begangene unerlaubte Handlung (vgl. JDR. **6** Ziff. 7).

8. R. **08** II 126 (Cassel). Um einen in Ausführung einer Verrichtung zugefügten Schaden handelt es sich nicht, wenn der Schaden erst nach der Beendigung der Ausführung der Verrichtung durch die Mangelhaftigkeit des ausgeführten Werkes entstanden ist.

9. P e r s o n e n k r e i s (s. JDR. **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 3, 5, 6).

RG. JW. **08** 269, SächsRpflA. **08** 245. Ein Stadtingenieur ist ein besonderer Vertreter der Stadtgemeinde, kein Angestellter im Sinne des § 831.

10. B e w e i s u n d G e g e n b e w e i s (s. JDR. **6** Ziff. 9, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 3).

a) **RG.** WarneyersJ. **08** 369. Wenn die Anstellung und Auswahl der zu einer Verrichtung zu bestellenden Arbeiter nach den getroffenen Betriebsanordnungen höheren Angestellten oblag, die selbst wiederum nicht Vertreter der in Anspruch genommenen juristischen Personen nach BGB. §§ 30, 31 waren, so hat sich der Entlastungsbeweis für die Sorgfalt der Auswahl nach § 831 auf die Person des höheren Angestellten zu richten.

b) R. **08** II 89 (Naumburg). Dem Gerichte müssen diejenigen Tatsachen unterbreitet werden, die ihm ein Urteil darüber ermöglichen, ob die bestellte Person zu der ihr übertragenen Verrichtung nach ihrer Befähigung und Verläßlichkeit geeignet war oder ob wenigstens nach Lage der Sache der, welcher die Person zu der Verrichtung bestellt hat, sie ohne Verschulden als geeignet ansehen durfte.

c) **RG.** R. **08** II 89. Das Gesetz verlangt den Entlastungsbeweis bezüglich einer bei Leitung der Verrichtung beobachteten Sorgfalt nur dann, wenn die fragliche Verrichtung unter der Leitung des Geschäftsherrn vorgenommen zu werden pflegt.

d) ElsLothJZ. **08** 6 (Colmar). Mit dem Nachweise, daß die Angestellten des Unternehmers kein Verschulden des entstandenen Schadens trifft, sondern daß dieser nur durch Zufall entstanden ist, ist zugleich der dem Unternehmer obliegende Entlastungsbeweis erbracht, daß der Schaden auch bei Anwendung der ihm bei der Auswahl der Angestellten obliegenden Sorgfalt entstanden sein würde.

e) **RG.** R. **08** II 663. Behauptet ein Gefangener, daß er in einem staatlichen Gefängnisse durch fehlerhafte Behandlung seitens des Anstaltsarztes in seiner Gesundheit geschädigt und dadurch erwerbsunfähig geworden sei, so genügt der dieserhalb in Anspruch genommene Fiskus dem nach § 831 Abs. 2 zugelassenen Entlastungsbeweise, wenn er dartut, daß er eine mit staatlicher Approbation zur Ausübung der Heilkunde versehene Person als Anstaltsarzt angestellt habe, es sei denn, daß der

Beschädigte besondere Umstände nachweist, welche die Unzuverlässigkeit des Anstaltsarztes dartun.

f) BraunschwZ. **08** 11 (Braunschweig). Führung des Entlastungsbeweises.

11. Einzelne Fälle (s. JDR. **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, 2 Ziff. 5).

a) **RG.** R. **08** II 519. Ist bei den Arbeiten eines Handwerkers ein Dritter zu Schaden gekommen, so ist eine Haftung des Bestellers, der dem Handwerker die Arbeiten auf Grund eines Werkvertrags nur dann gegeben, wenn ihm selbst ein Verschulden nachgewiesen wird.

b) **RG.** R. **08** II 125. Darin, daß einem tüchtigen und zuverlässigen Polier die Aufstellung eines Bauzauns zur selbständigen Ausführung anvertraut wird, ist ein Verschulden nicht zu finden, auch wenn es sich um den ersten Bau handelt, den der Polier für den Unternehmer zu leiten hat. Dagegen hat dieser dafür Sorge zu tragen, daß dem Polier die erforderlichen Vorrichtungen zur Verfügung stehen.

c) **RG.** LeipzZ. **08** 64, R. **08** II 12. Wer einen Arbeiter oder Dienstknecht anstellt, genügt in der Regel der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn er sich auf die Urteile verläßt, welche frühere Dienstherren in schriftlichen Zeugnissen oder mündlichen Mitteilungen abgeben. Für die Anstellung eines Fährknechts werden wegen des dabei beteiligten öffentlichen Interesses strengere Anforderungen zu stellen sein.

d) R. **08** II 12 (Hamm). Für die Ausbildung der Wagenführer einer elektrischen Straßenbahn genügt eine vierzehntägige Probezeit. Beweist die Straßenbahngesellschaft, daß sich der Wagenführer während der Probezeit bewährt und die Prüfung über die Polizei- und Fahrvorschriften bestanden habe, so ist der Entlastungsbeweis als erbracht anzusehen.

e) **RG.** R. **08** II 519. Es ist nicht zu beanstanden, daß ein sechzehnjähriger Knabe, möge er auch sonst nüchtern und zuverlässig sich gezeigt haben und mit Pferden umzugehen verstehen, zur Führung von Wagenzügen einer Feldbahn schon seiner Jugend wegen sich nicht eignet. Ist bei einem von einem solchen Jungen geleiteten Wagenzug ein fünfjähriger Knabe auf einen Wagen geklettert und durch Herabfallen zu Schaden gekommen, so versagt auch der im § 831 Abs. 1 Satz 2 aE. zugelassene Beweis, daß der Schaden auch bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt entstanden sein würde.

f) Sorgfalt bei der Auswahl eines Chauffeurs (s. JDR. **6** § 831 Ziff, 10 d, s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6 l).

α. **RG.** BayRpflZ. **08** 183, SeuffBl. **08** 502, R. **08** II 164 (s. oben Ziff. 3). Wer einen Kraftwagenführer anstellt, hat sich zu vergewissern nicht nur, daß der Anzustellende die körperlichen, technischen und sittlichen Eigenschaften für einen Kraftwagenführer besitzt, sondern daß er weiter auch Kenntnis von den einschlägigen Polizeivorschriften hat, die zum Schutze von Leben und Eigentum der auf der Straße sich bewegenden Menschen erlassen sind.

β. **RG.** R. **08** II 518. Ist bei der Führung eines Automobils ein Schaden verursacht, so ist der Automobilbesitzer von der Haftung aus § 831 BGB. nur dann befreit, wenn er darlegen kann, daß der Chauffeur nicht nur die erforderlichen technischen Kenntnisse und Fertigkeiten, sondern auch das für einen Führer von Kraftfahrzeugen erforderliche Maß von Pflicht- und Verantwortlichkeitsgefühl besessen habe.

γ. **RG.** R. **08** II 663. Der Eigentümer eines Automobils hat zu beweisen, daß er ohne Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt den Kraftwagen, dessen Beschaffenheit (unzweckmäßige Einsetzung des die Steuerungshebel der Lenkvorrichtung verbindenden Bolzens von unten nach oben) den Unfall verursacht hat, habe gebrauchen dürfen. Die Erwägung, es sei nicht gewiß, ob, wenn der Wagen in an-

gemessenen Zeitabschnitten durch im Automobilbau erfahrene Techniker untersucht worden wäre, die unzweckmäßige Konstruktion der Lenkvorrichtung entdeckt worden wäre, ist nicht geeignet, die Beklagte zu entlasten, nur die positive Feststellung, daß der Fehler nicht gefunden worden wäre, würde die Anwendung der Bestimmung im Schlußsatze von § 831 Abs. 1 ergeben.

δ. R. **08** II 565 (Hamburg). Bei der Auswahl eines Chauffeurs, welcher in einer Großstadt eine Kraftdroschke leiten soll, müssen an den Eigentümer der Droschke im Interesse der Sicherheit des Verkehrs besonders strenge Anforderungen gestellt werden, und es ist Sache des Eigentümers, positive Tatsachen darzutun, die ein Urteil darüber ermöglichen, ob der Chauffeur zu der ihm übertragenen Verrichtung nicht bloß nach seiner technischen Geschicklichkeit, sondern auch nach der Verlässigkeit seines Charakters geeignet war.

ε. **RG.** EisenbE. **24** 231 = **RG.** JDR. **6** § 831 Ziff. 10 d γ.

g) α. **RG.** R. **08** II 369. Ist durch einen Kutscher im Fuhrbetrieb ein Schaden angerichtet worden, so ist der Fuhrherr, auch wenn er den Nachweis, daß er bei der Auswahl des Kutschers die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, nicht erbringen kann, doch von einer Haftung frei, wenn er dartun kann, daß er nach der Einstellung des Kutschers diesen in seinem Betrieb einer Prüfung auf seine Tüchtigkeit und moralische Zuverlässigkeit unterzogen habe, die ihn berechtigt habe, den Kutscher zu der Verrichtung zu bestellen, in deren Ausführung der Schaden eingetreten sei. Es ist nicht nötig, daß zu dem Zwecke der Kutscher nach seiner Einstellung einer besonderen Aufsicht behufs Prüfung seiner Fähigkeiten unterstellt wird; es genügt vielmehr, zumal in einem größeren Betriebe, wenn allgemeine Betriebsvorrichtungen vorhanden sind, die in ihrer sorgfältigen Handhabung Gewähr für eine zuverlässige Prüfung der angestellten Kutscher bieten.

β. HansGZ. Beibl. **08** 68 (Hamburg). Sorgfalt bei der Auswahl eines Kutschers. Der Entlastungsbeweis ist als geführt angesehen, obwohl der Geschäftsherr sich bei den früheren Dienstherrschaften seines Kutschers nicht erkundigt hatte, da selbst, wenn er sich erkundigt haben würde, die Erkundigungen so gelautet hätten, daß er den Kutscher angenommen hätte (vgl. **RG.** R. **08** II 12 Ziff. 68).

γ. **RG.** R. **08** II 518. Ist festgestellt, daß der Fuhrmann, durch den ein Unfall sich ereignet hat, in früheren Jahren sich als ein dem Trunke ergebener Mensch gezeigt hat, so kann der Dienstherr seine Haftung aus § 831 BGB. nicht damit ausräumen, daß nicht festgestellt sei, daß der Fuhrmann auch noch in der letzten Zeit vor dem Unfalle dem Trunke ergeben gewesen sei.

h) **RG.** R. **08** II 266. Haftung für einen 17 jährigen Lenker eines Schlittens.

i) HansGZ. **08** Beibl. 22 (Hamburg). Auswahl der beim Karussellbetriebe tätigen Personen.

k) SeuffA. **63** 193 (Dresden). Haftung eines Bauunternehmers für fehlerhafte Anordnungen seines Poliers.

l) RheinA. **105** I 154 (Cöln). § 831 findet auf das Warenzeichengesetz keine unmittelbare Anwendung.

m) R. **08** II 450 (Karlsruhe). Wenn ein städtisches Kurkomitee die Ausführung eines von ihm veranstalteten Feuerwerkes einer pyrotechnischen Fabrik übertragen hat, so haftet es nicht aus § 831 BGB., s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 7ee.

n) Grünebaum, DJZ. **08** 321 ff., bespricht die Wirkung des § 831 in der Praxis und schlägt Streichung dieser Bestimmung und Ausdehnung des § 278 auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen vor. Vgl. Levison ebd. 533.

§ 832. 1. Hilse, VolksschulA. **08** 12 ff. Aus § 832 Abs. 2 in Verbindung mit § 157 BGB. ergibt sich die Haftung eines öffentlichen Lehrers für Verfehlungen der seiner Obhut anvertrauten Schüler, weil die Aufsichtsführung nach Treu und Glauben als von ihm durch den Anstellungsvertrag kontraktlich mitübernommen

gelten muß. Daß zwischen der eigentlichen Schulzeit und einem außerhalb dieser unternommenen Schulausflug eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist, folgt aus dem Umstande, daß hier wie dort der Schüler der Schulzucht des Lehrers unterworfen, letzterer also bei beiden gleichmäßig zu der gebotenen Schulaufsicht verpflichtet ist.

2. **RG.** R. **08** II 200. Der Leiter einer Schule haftet nicht aus § 832, da ihm als solchem eine Aufsichtspflicht im Sinne dieser Gesetzesbestimmung nicht obliegt, der Leiter einer Schule vielmehr nur dafür zu sorgen hat, daß im Einzelfalle die geeigneten Lehr- und Aufsichtskräfte vorhanden sind. — Verneinung der Haftpflicht des Lehrers.

3. PosMSchr. **08** 76 (Königsberg). Die Aufsichtspflicht des Lehrers besteht nicht nur in den Schulstunden selbst, sondern auch in den Pausen. Für den Tatbestand des § 832 ist das Vorliegen einer objektiv rechtswidrigen Handlung erforderlich und genügend.

4. BraunschwZ. **08** 14 (Braunschweig). Haftung des Vaters wegen unterlassener Aufsichtsführung.

5. SeuffA. **63** 191 (Zweibrücken). Was der Aufsichtspflichtige zu tun hat, ist nach den Umständen des einzelnen Falles aus dem Gesichtspunkte verständigen Ermessens zu entscheiden und kann sich nach Alter, Entwickelung, Anlagen und Ausbildung sehr verschieden gestalten. Im allgemeinen wird man bei einem elfjährigen Knaben keine ständige Beaufsichtigung seines Tuns, die den Eltern auch praktisch oft nicht möglich ist, verlangen können, sofern nur der Aufsichtsbedürftige gut erzogen ist und keinen Anlaß zu besonderer Überwachung gegeben hat.

6. **RG.** R. **08** II 89. Fall, in dem die Haftpflicht verneint ist.

§ 833. 1. B e g r i f f d e s T i e r h a l t e r s (s. JDR. **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1).

a) SchlHolstAnz. **08** 122 (Kiel). Begriff des Tierhalters wie **RG. 52** 118, **62** 81. Die Eigentümerin eines Pferdes bleibt Tierhalterin, auch wenn sie ihrem Sohne für eine Ausfahrt die Beaufsichtigung überläßt; das Pferd scheidet aus dem Wirtschaftsbetriebe nicht aus.

b) RG. R. **08** II 200, DJZ. **08** 537. Der Eigentümer eines Pferdes bleibt Tierhalter auch dann, wenn er es einem anderen zum Trainieren übergibt (vgl. **RG. 62** 81, **66** 1).

c) BayRpflZ. **08** 363 (Zweibrücken). Tierhalter ist auch, wer ein Tier auf Probe kauft und den Zweck verfolgt, die Gebrauchsfähigkeit und die Charaktereigenschaften des Tieres näher kennen zu lernen.

d) SchlHolstAnz. **08** 203 (Kiel). Der Reitstallbesitzer, der ein Pferd zu einem Spazierritte vermietet, bleibt Tierhalter.

e) R. **08** 164 (Cöln). Als Tierhalter gilt nur der Ehemann und nicht die Ehefrau, falls die Eheleute in Errungenschaftsgemeinschaft leben und das Tier den Zwecken der Errungenschaftsgemeinschaft dient.

f) R. **08** II 494 (Augsburg). Wenn ein Gewerbetreibender für seinen Gewerbebetrieb Räumlichkeiten pachtet und in dem Pachtvertrage mit dem Verpächter vereinbart, daß dieser ihm gegen bestimmte Entlohnung Fuhrwerksdienste zu leisten hat, erscheint nicht der Pächter, sondern der Verpächter als Tierhalter.

g) R. **08** II 266 (Stuttgart). Ein landwirtschaftlicher Verein, der eine Fohlenweide lediglich zu dem Zwecke betreibt, um die Landespferdezucht zu heben, hat die Fohlen nicht in seinem Interesse, sondern in dem der Fohleneigentümer oder der Allgemeinheit in Obhut und Pflege und ist darum nicht Tierhalter.

h) PucheltsZ. **07** 209 (Colmar) s. JDR. **5** § 833 Ziff. 1 g.

2. K a u s a l z u s a m m e n h a n g (s. JDR. **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5 u. 6).

a) **RG.** JW. **08** 41, DJZ. **08** 251, ZVersWes. **08** 67. Die Klägerin war von dem

gutmütigen Hunde des Beklagten angebellt worden und vor Schreck zu Boden gestürzt. Die Klage wurde abgewiesen, da zwischen dem angeblichen Körperschaden und dem Verhalten des Hundes kein Kausalzusammenhang im Rechtssinne bestanden hat. Der Körperschaden ist vielmehr durch eine ungewöhnliche Nervosität der Klägerin entstanden. Das RG. führt aus: Haben in der Person der Klägerin vermöge ihrer Nervenschwäche ungewöhnliche Voraussetzungen bestanden, die — trotz der Ungefährlichkeit des Vorganges in objektiver Beziehung — den Eintritt eines Körperschadens erst ermöglichten, so kommt die nach rein theoretischer Anschauung vielleicht bestehende Kausalverbindung zwischen dem Bellen des Hundes, dem Hinfallen der Klägerin und ihrer etwa dabei erlittenen Verletzung für die Rechtsanwendung nicht in Betracht, weil sie außerhalb der vom Gesetze gewollten Regelung liegt.

b) BadRpr. **08** 14 (Karlsruhe). Unfall eines Radfahrers durch Anrennen eines Hundes gegen das Rad (vgl. JDR. **6** Ziff. 4 e). — **RG.** JW. **08** 680, ZVers. Wes. **08** 566. Anspringen eines Hundes gegen ein Motorrad, eigenes Verschulden des Motorfahrers wegen zu schnellen Fahrens (s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 7 m α). — **RG.** HessRspr. **9** 51. Anrennen durch einen Hund. Vgl. **RG.** WarnJ. **08** 369.

c) α. HansGZ. Beibl. **08** 68 (Hamburg). § 833 findet keine Anwendung, wenn das Pferd völlig unter der Gewalt des Kutschers steht. Daran wird auch nichts geändert, wenn der Kutscher sich im kritischen Moment umgesehen oder zur Seite gesehen hat.

β. BraunschwZ. **08** 17 (Braunschweig). War das Pferd im Augenblicke des Unfalls geleitet, und zwar durch einen Beauftragten des Beklagten, so kann dieser nur aus § 823 in Verb. mit § 831 verantwortlich gemacht werden; war es nicht geleitet, so kann seine Haftung nur als Tierhalter gemäß § 833 in Frage kommen. Ungeleitet war das Pferd schon dann, wenn es auch nur momentan während des Unfalls der Lenkung nicht gehorchte, sondern den Schaden durch eine willkürliche Handlung hervorrief.

γ. **RG.** R. **08** II 267. Keine Haftung aus § 833, wenn das Pferd dem Willen des Reiters folgt.

δ. BraunschwZ. **08** 16 (Braunschweig). Eine Beschädigung durch ein Tier liegt nicht vor, wenn das Tier der Lenkung des Kutschers folgt.

d. SeuffBl. **08** 469 (München). Haftung des Eigentümers eines Pferdes für den Schaden, den sein auf einen fremden Weideplatz verbrachtes Pferd durch Ausschlagen einem Bediensteten des Weidebesitzers zufügt.

e) SchlHolstAnz. **08** 347 (Kiel). Fall, in welchem ein Schaden nicht als durch ein Tier verursacht angesehen wurde.

f) R. **08** II 89 (Stuttgart). Ein landwirtschaftlicher Verein, der zur Förderung gemeinnütziger Zwecke ein Weide hält, ist wegen Beschädigung eines auf die Weide gegebenen Tieres dann als Aufsichtspflichtiger zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Schaden seine Ursache hat entweder in der Zuwiderhandlung gegen die für die Weide geltenden Bestimmungen oder darin, daß die bestehende Betriebsweise anerkannten Forderungen für die Haltung solcher Weiden zuwiderläuft.

g) NaumburgAK. **08** 11 (LG. Magdeburg). Keine Haftung des Tierhalters für Schaden, den auf der Eisenbahn beförderte Tiere an den Bahnwagen anrichten.

3. Willkürliches Tun (s. JDR. **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 9).

a) Durchgehen der Pferde.

α. BadRpr. **08** 142 (Karlsruhe). Haftung für den von durchgehenden Pferden angerichteten Schaden. In der Durchbrechung der Bande des Gehorsams und der Dressur, sowie in der selbständigen Entfaltung einer nach Richtung und Wirkung unberechenbaren Energie zeigt sich die spezifische Tiergefahr.

β. BraunschwZ. **08** 44 (Braunschweig). Haftung des Tierhalters für durchgehende

Pferde. Der Beklagte kann aus dem Verschulden seines Sohnes, der auf die Pferde eingeschlagen hat, das selbständige willkürliche Tun der Pferde und damit seine eigene Haftung aus § 833 nicht in Frage stellen.

b) **RG.** R. **08** II 700. Scheuen die Pferde eines Fuhrwerkes vor dem Anblick eines ihnen entgegenkommenden, hoch mit einer Lokomotive beladenen Wagens und vor dem Gerassel der zur Befestigung der Lokomotive dienenden Ketten und springen die Böschung hinunter, so haftet der Tierhalter für den durch den Unfall seinem Mieter entstandenen Schaden.

c) ElsLothJZ. **08** 345 (Colmar). Das Pfeifen und Dampfgeräusch einer Lokomotive ist ein Ereignis des gewöhnlichen Verkehrs, welches den Tierhalter nicht entlastet (**RG.** JW. **05** 531, JDR. **4** § 833 Ziff. 8 c).

d) Scheuen.

α. **RG.** R. **08** II 450. Wenn ein von einem Kutscher gelenktes Pferd plötzlich scheut und zur Seite springt, so liegt ein aus der spezifischen Natur des Tieres entspringendes willkürliches Tun vor, mag das Pferd auch nach dieser Bewegung noch im Zügel des Lenkers geblieben sein.

β. SchlHolstAnz. **08** 122 (Kiel). Scheuen von Pferden vor am Wege liegenden Schafen ist ein selbständiges willkürliches Tun.

e) **RG.** R. **08** II 267. Ein mit besonderer Gewalt einwirkendes Ereignis kann darin liegen, daß plötzlich von einem hoch gelegenen Abhange neben der Straße ein großes Heubündel vor den sich in langsamer Gangart befindlichen Pferden niederfällt. — Beweispflicht hat der Tierhalter.

f) Höhere Gewalt.

α. **RG.** JW. **08** 746, ZVersWes. **09** 3. § 833 findet keine Anwendung, wenn durch Hufschläge eines mit Gewalt niedergeworfenen und festgehaltenen Pferdes ein Mensch verletzt wird. Die Bewegungen des Tieres werden unter den unwiderstehlichen Einwirkungen der ihm angetanen Gewalt ausgeführt.

β. **RG.** R. **08** II 267. Wenn ein Pferd die von dem Lenker gewünschten Bewegungen nicht mit vollster Genauigkeit und mit etwas größerer als der berechneten Kraftaufwendung ausführt, so kann darin allein ein eigenes willkürliches Handeln nicht gefunden werden.

g) WürttJ. **19** 14 (Stuttgart). Willkürliches Tun.

4. Krückmann (vgl. JDR. **6** §§ 833 Ziff. 1; § 823 ff. Ziff. 1) gelangt zu folgendem Ergebnis. Gegenüber der Tierhalterhaftung kommt nicht ein stillschweigender Verzicht auf die Haftung, sondern eine stillschweigende oder ausdrückliche Erlaubnis zur Vornahme gewisser gefährdender Handlungen in Frage. Diese Erlaubnis liegt näher, ist einfacher vorzustellen und praktisch prozessualisch leichter zu gewinnen. Aber als rechtsgeschäftliche Erscheinung krankt auch sie an allen Mängeln der beschränkten Geschäftigkeit oder der Geschäftsunfähigkeit des Beschädigten, aber auch des Tierhalters. Frei von diesen Mängeln ist die deliktsrechtliche Gefährdungsaufrechnung nach dem Muster der Verschuldensaufrechnung. Diese Gefährdungsaufrechnung kommt in zwei Anwendungsfällen vor. Entweder handelt es sich um einfache oder es handelt sich um mehrfache Tierhalterhaftung. Im ersten Fall bewirkt die Selbstgefährdung durch den Beschädigten gänzlichen Ausschluß der reinen Gefährdungshaftung. Im zweiten Falle bewirkt sie analog § 254 nur eine entsprechende Abminderung der Gefährdungshaftung.

5. Ausschluß der Haftung durch Vertragsverhältnis (s. JDR. **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 10) s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6 n.

a) **RG.** BadRpr. **08** 275. Für die Frage des Ausschlusses der Tierhalterhaftung ist die konkrete Lage des Falles entscheidend. Danach läßt sich ein allgemeiner Rechtssatz weder dafür aufstellen, daß bei unentgeltlicher Beförderung die Haftung stets als ausgeschlossen zu gelten habe, noch auch dahin, daß bei Gewährung eines Ent-

gelts die Haftung stets aufrechterhalten sei. Ergibt sich bei der Prüfung der Gesamtlage, daß nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ein Ausschluß der Haftung des Tierhalters aus § 833 nicht als vereinbart zu gelten habe, so kann demjenigen, der Ansprüche aus § 833 erhebt, lediglich auf Grund dieser Sachlage nicht die Einrede der Arglist entgegengesetzt werden (vgl. Wendt, ACivPr. **100** 229 ff.). Zur Begründung dieser Einrede müßte alsdann noch ein weiterer Tatbestand, sei es aus § 226 BGB., sei es aus sonstigen rechtlichen Momenten, hinzutreten.

b) ElsLothJZ. **08** 345 (Colmar). Die Anwendung des § 833 bleibt grundsätzlich neben dem Vertragsrechte bestehen und kann höchstens durch die Erwägung ausgeschlossen werden, daß etwa im Abschluß eines unentgeltlichen Transportvertrags unter den obwaltenden Umständen nach Treu und Glauben ein stillschweigender Verzicht auf Geltendmachung der Rechte aus § 833, ein vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung daraus gefunden wird.

c) RG. 67 431, JW. **08** 301. Eine Vereinbarung über den Ausschluß der Tierhalterhaftung kann nicht nur da angenommen werden, wo sich feststellen oder unterstellen läßt, die Beteiligten hatten an den Eintritt des Tierschadens gedacht und darin übereingestimmt, daß ein solches Ereignis gewisse Rechtsfolgen haben solle. Es kann unter Umständen als selbstverständlich erscheinen, daher als stillschweigend vereinbart zu erachten sein, daß ein Fuhrbesitzer, der eine unentgeltliche Mitfahrt gestattet, von der Haftung für die besondere Gefahr befreit sei, welcher derjenige sich aussetzt, der seine Person dem Fuhrwerk anvertraut.

d) RG. R. **08** II 451. Ob bei der Anstellung eines Kutschers die Haftung des Dienstherrn als Tierhalter stillschweigend vertraglich als ausgeschlossen zu gelten hat, ist eine nach der Gesamtlage des Einzelfalls zu beurteilende Tatfrage.

e) RG. WarneyersJ. **08** 260. Ob ein stillschweigender Ausschluß der Haftung anzunehmen ist, ist Frage der tatsächlichen Gestaltung des Einzelfalls.

f) RG. SchlHolstAnz. **08** 103. Ausschluß der Haftung des Tierhalters im Falle der Mitnahme des Verletzten zu einer Spazierfahrt. — SchlHolstAnz. **08** 122 (Kiel). Ausschluß der Haftung im Falle der Mitnahme des Verletzten aus Gefälligkeit. Der Umstand, daß der Tierhalter versichert ist, ist nicht geeignet, den Ausschluß der Haftung in Abrede zu stellen.

g) RG. JW. **08** 108, ZVersWes. **08** 87. Fall, in welchem in dem Ersuchen um unentgeltliches Mitfahren und in der Einwilligung des Tierhalters der Ausschluß der Tierhalterhaftung angenommen wurde.

h) SchlHolstAnz. **08** 201 (Kiel). Stillschweigender Ausschluß der Haftung des Tierhalters für einen Tierschaden ist in dem Falle angenommen, in welchem der Tierhalter den Verletzten zur Ausführung eines gemeinschaftlichen Geschäfts mitnahm (vgl. **RG. 65** 314, JDR. **6** § 833 Ziff. 6 b).

i) R. **08** II 301 (Frankfurt). Stillschweigender Ausschluß der Haftung ist in einem Falle angenommen, in dem jemand seine Pferde unentgeltlich einem Karnevalskomitee zur Verfügung gestellt hat, um dadurch das Vergnügen der an dem Karnevalszuge teilnehmenden demnächstigen Verletzten zu fördern.

k) RG. R. **08** II 590. Nach den in den Kreisen der Viehhändler herrschenden Anschauungen entspricht es nicht den Grundsätzen der Billigkeit, daß ein Tierhalter, der gegen Tierschäden versichert ist, und sein Geschäftsfreund, dem er aus Gefälligkeit die Benutzung seines Fuhrwerkes gestattet, die Haftung für Tierschäden durch stillschweigende Vereinbarung ausschließen. — **RG.** R. **07** 1534. Wenn ein Landwirt, dem die Gefahren der Viehtransporte bekannt sind und der in der Lage ist, sich gegen diese Gefahren durch zweckmäßige Vorkehrungen zu schützen, vertraglich einen derartigen Transport übernimmt, so ist die Annahme rechtlich nicht zu beanstanden, daß er damit auch die mit einem solchen Transport unzertrennlich ver-

bundene Gefahr vertraglich übernimmt. — **RG.** SeuffBl. **08** 623. Vertragsmäßiger Ausschluß der Tierhaftung durch Übernahme eines Viehtransports. — **RG.** R. **08** II 397. Ob bei einem Viehtransportvertrag Ausschluß der Tierhaftung als stillschweigend vereinbart zu gelten hat, ist nach der Eigenart des Einzelfalls zu entscheiden.

l) **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 3 f. JDR. **6** § 833 Ziff. 6 d.

m) BayRpflZ. **08** 363 (Zweibrücken). Fall, in welchem stillschweigender Ausschluß der Haftpflicht verneint wurde.

n) ElsLothJZ. **08** 624 (Colmar) Haftung eines Hengsthalters für die Verletzung einer Stute durch den Hengst beim Deckungsgeschäft. (Vgl. JDR. **5** § 833 Ziff. 5 g, **4** Ziff. **9** e).

6. SächsOLG. **29** 249 (Dresden). Haftung eines Tierhalters, dessen Hund laut bellend aus dem Hause hervorstürzt und einem Pferde zwischen die Beine läuft, für den Schaden, den das infolge Erschreckens durchgehende Pferd anrichtet. Mitwirkung des Tieres des Beschädigten. Das OLG. wendet § 254 entsprechend an. Teilung des Schadensanspruchs.

7. WürttJ. **19** 14 (Stuttgart). Mehrere Tierhalter haften als Gesamtschuldner.

8. Mitwirkendes Verschulden (f. JDR. **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 9; f. oben zu § 254).

RG. 67 120, JW. **08** 40. Anwendbarkeit des § 254 im § 833 mit eingehender Begründung bejaht. — Ebenso **RG.** JW. **08** 236 und BraunschwZ. **08** 19 (Braunschweig).

9. OLG. **17** 65. Keine Haftung des Betriebsunternehmers, auch wenn er Tierhalter ist (§ 135 GewUnfVersGes.).

10. Die Novelle zum § 833.

*v. Lippmann. Der Verf. erörtert im Anschluß an seine in SeuffBl. **08** 1015—1031 veröffentlichte Abhandlung „Zur Abänderung des § 833 BGB." die Gestaltung der Tierhaftung, welche sie durch das ÄnderungsG. vom 30. Mai 1908 im BGB. erhalten hat. § 833 BGB. vereinigt nun in der Fassung, die er durch das Änderungsgesetz erhalten, äußerlich zwei entgegengesetzte Grundsätze, in Satz 1 die Gefährdungshaftung, in Satz 2 die Verschuldungshaftung, letztere allerdings in der Erscheinung eines auf diesem Grundsatze beruhenden Entlastungsbeweises. Hierdurch ist zweierlei Recht geschaffen, dessen Abgrenzung sich zunächst an die Scheidung knüpft, die Satz 2 zwischen Tieren, Haustieren und Haustieren, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind. Nur die letztere Eigenschaft begründet die günstigere Stellung des Tierhalters. Der Verf. untersucht demgemäß auch den Begriff des Haustiers im Sinne des nunmehrigen § 833 BGB. und scheidet hiervon die Biene aus. Hinsichtlich der Bedenken, die schon dem Gesetzentwurfe gegenüber gegen die Unterscheidung nach der Art der Tiere und den Zwecken, denen zu dienen sie bestimmt sind, geltend gemacht worden waren, ist der Verf. der Ansicht, daß, abgesehen von dem Ausschlusse der ausschließlich nur zur Sicherheit, sei es der persönlichen oder sachlichen, gehaltenen Haustiere, innerhalb der ausgehobenen Zwecke der Tierhaltung, „Beruf, Erwerbstätigkeit, Unterhalt" der Gegensatz zum „Luxustier" den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage bilden dürfe, ob das schädigende Haustier unter den Satz 2 falle. Die Frage der Bestimmung des Tieres zu einem der in Satz 2 bezeichneten Zwecke vonseiten des Tierhalters ist entscheidend für die Stellung des Tierhalters unter die mildere Haftung und demgemäß auch maßgebend für die Entscheidung der Frage, ob der Tierhalter durch anderweitige Verwendung des Tieres die begünstigte Stellung verliert. Hinsichtlich der Zweifel und Bedenken, zu denen die Fassung der Voraussetzung der Befreiung von der Haft-

pflicht in Satz 2 in der Literatur und in den Gesetzgebungsverhandlungen Anlaß gegeben hat, kommt der Verf. zu dem Schlusse, daß die vom Tierhalter „bei Beaufsichtigung des Tieres" zu beobachtende Sorgfalt sich auf die erkennbare objektive Kausalität erstrecken müsse; der Tierhalter des Satz 2 aber, da es ihm gestattet sein müsse, einen anderen zu den Verrichtungen der Tierhaltung zu bestellen, damit den billigen Entlastungsbeweis des § 831 BGB. erlange. Die Prüfung der Frage, ob die vielumstrittenen Fragen aus dem Gebiete des § 833 äF., wie der Begriff des Tierhalters, die Zulassung der Einrede der höheren Gewalt, das Eingreifen Dritter, die Abwendung der Haftung durch Vertrag, zu deren Lösung ein Versuch nicht gemacht worden ist, auch für die Haftung des Satz 2 ihre volle Bedeutung behalten, ergibt, daß die Einrede der höheren Gewalt und das Eingreifen Dritter dem Satz 2 gegenüber eine andere Beurteilung erfordert als der Haftung aus Satz 1 gegenüber. Die wirtschaftliche Folge der Änderung wird sich nach Erachten des Verf. dahin feststellen lassen, daß der landwirtschaftliche und der gewerbliche Betrieb von der strengeren Haftung des § 833 Satz 1 durchgängig befreit sein, ungefähr noch ein Dritteil der Tierhaftpflichtigen, dagegen unter der strengen Haftung des § 833 Satz 1 verbleiben, diese aber von den davon Getroffenen gemäß der nunmehr geschaffenen einzigartigen Rechtsungleichheit um so härter empfunden werden wird.

§ 834. 1. BraunschwZ. **08** 18 (Braunschweig). In der Beauftragung, einen Pferdetransport auszuführen, kann die vertragsmäßige Übernahme der Aufsicht über die Tiere gefunden werden. Ist dies der Fall, so liegt ein Aufsichtsverhältnis im Sinne des § 834 vor. Der Aufsichtspflichtige hat zu beweisen, daß er bei Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

2. **RG.** R. **08** II 200. Beweispflicht des Verletzten für die Erfüllung seiner Vertragspflichten.

§ 835. 1. SächsOVG. **11** 198. § 835 enthält keine Andeutung darüber, daß die Schadensersatzleistung nur dann erfolgen soll, wenn ein schuldhaftes Verhalten des Jagdberechtigten vorliegt.

2. SeuffA. **63** 150 (Cassel). Eine unmittelbare Regreßpflicht desjenigen, aus dessen Bezirk das Wild, das den Schaden angerichtet hat, ausgetreten ist, gegenüber dem zum Wildschadensersatze verpflichteten Jagdberechtigten besteht nicht.

§ 836. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 127 s. JDR. **6** § 836 Ziff. 1.

2. R. **08** II 126 (Cassel). Unmittelbare Verletzung des Körpers des Verletzten durch den sich ablösenden Gebäudeteil ist nach § 836 nicht erfordert.

3. **a)** R. **08** II 89 (Cassel). Eine Ablösung von Teilen eines Gebäudes als Folge fehlerhafter Errichtung liegt nicht nur dann vor, wenn die Verbindung der einzelnen Gebäudeteile untereinander eine fehlerhafte ist und sich infolge dieser fehlerhaften Verbindung ein Teil löst, sondern auch dann, wenn die Ablösung des Gebäudeteils deshalb erfolgt, weil dieser Teil aus fehlerhaftem, d. h. für ein derartiges Gebäude ungeeignetem Materiale hergestellt ist.

b) R. **08** II 663 (Frankfurt). Loslösung von Teilen eines Werkes liegt dann nicht vor, wenn das Steuer eines auf einem Dache angebrachten Windmotors, das behufs Ersatzes durch ein anderes abgetrennt ist und auf einem mit dem Motor verbundenen Gerüste lagert, vom Winde heruntergeschleudert wird.

4. **RG.** SeuffA. **63** 451, EisenbE. **24** 383, BayRpflZ. **08** 166, JW. **08** 196. Der Kläger braucht nur zu beweisen, daß objektiv die Errichtung des Werkes und seine Unterhaltung mangelhaft war, nicht aber ein Verschulden des Beklagten. Der Beklagte hat zu beweisen, daß er zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

5. **RG.** R. **08** II 268. Vermag ein Bauwerk dem Herumklettern eines Kindes nicht standzuhalten und entsteht alsdann durch das Herabfallen eines Teiles ein Schaden, so ist § 836 anwendbar.

6. WürttJ. **20** 18 (Stuttgart). Ein „mit dem Grundstücke verbundenes Werk" liegt nicht nur bei einer festen Verbindung zwischen Werk und Grundstück vor. Ein Werk, welches auf einem bestimmten Grundstücke seinen dauernden Aufenthaltsort erhalten und bei welchem überdies durch besondere Herrichtung, nämlich durch Einebnung der Bodenfläche, eine gegenseitige Anpassung des Werkes und des Grundstücks aneinander stattgefunden hat, kann unbedenklich als mit dem Grundstücke „verbunden" angesehen werden. — Ein Werk ist dann fehlerhaft errichtet, wenn es vermöge seiner gegen die Regeln der Technik verstoßenden Konstruktion gegenüber äußeren Einwirkungen oder auch nur gegenüber dem Gesetze der Schwere nicht genügend Widerstandskraft besitzt und infolge hiervon einen Einsturz oder auch nur die Ablösung einzelner Teile befürchten läßt.

7. **RG.** R. **08** II 451. Hat der Hauseigentümer, nachdem ihm von einem Hausbewohner angezeigt worden war, die Treppe sei morsch, die Treppe durch einen zuverlässigen Tischlermeister ausbessern lassen, so liegt ihm nach Fertigstellung dieser Arbeit nicht die Pflicht ob, die Arbeit einer besonderen Prüfung zu unterziehen.

8. **RG.** R. **08** II 565. Ist jemand durch eine aus einem Fensterflügel herunterfallende Fensterscheibe beschädigt worden, so ist eine Haftung des Hausbesitzers aus § 836 nicht gegeben, wenn die Scheibe aus dem an sich in keiner Weise schadhaften Fensterflügel lediglich infolge starken Zuschlagens des Fensterflügels herausgebrochen ist.

9. **RG.** EisenbE. **24** 383, BayRpflZ. **08** 166, JW. **08** 196. Der Bahndamm mit dem darauf eingebetteten Schienengeleise ist ein mit dem Erdboden verbundenes Werk im Sinne des § 836. Ablösung von Teilen eines solchen Werkes liegt vor, wenn Schienen aus ihrer Lage weichen und brechen. Eine ordnungsmäßige Bahnanlage muß so beschaffen sein, daß ihre Sicherheit durch die regelmäßige Einwirkung der Witterung nicht in Frage gestellt wird.

10. a) SächsOLG. **29** 393 (Dresden). § 836 findet auf Leitungen von Elektrizitätswerken Anwendung. — Haftung des Eigenbesitzers eines Elektrizitätswerkes, wenn der unter einer Stromleitung angebrachte Schutzdraht dadurch, daß er auf die darunter befindliche Oberleitung einer elektrischen Straßenbahn fällt, Strom erhält und mit diesem Schaden anrichtet.

b) BayRpflZ. **08** 423 (Zweibrücken). Die auf den in den Boden eingerammten Masten ruhende elektrische Leitung ist eine mit dem Boden verbundene Anlage.

11. **RG.** PrVerwBl. **29** 395. Eine mit einer Kette an einem Gebäude befestigte Treppe ist kein mit dem Grundstücke verbundenes Werk im Sinne des § 836.

12. **RG.** DJZ. **08** 1341, BayRpflZ. **08** 464. Ein Restaurationszelt ist ein Bauwerk im Sinne des § 836. Haftung für eine Verletzung durch Herabstürzen einer Zeltstange.

§ 839. 1. PrVerwBl. **29** 621 (PrOVG.). Konfliktssache. Dafür, ob eine Handlung eines Beamten als amtliche anzusehen ist, ist stets die Abgrenzung des Kreises seiner Dienstgeschäfte durch die Aufsichtsbehörde entscheidend. Abgabe von Gutachten des Vorstehers einer staatlichen Anstalt zur Untersuchung von Nahrungs- und Genußmitteln. Zur Feststellung, daß ein Sachverständiger ein falsches Gutachten erstattet und bei dessen Ausarbeitung fahrlässig gehandelt, also seine Amtspflicht verletzt habe, genügt nicht die Tatsache, daß ein anderer, später gehörter Sachverständiger ein abweichendes Gutachten abgegeben hat. Es muß vielmehr dargetan werden, daß nach allgemein anerkannten Regeln des betreffenden Faches das Ergebnis der Begutachtung anders hätte sein müssen, daß eine bestimmte Untersuchungsmethode allgemein gültig sei und daß entgegen den dadurch bezeichneten

Grundsätzen des Faches ohne hinreichenden Anlaß eine abweichende Art der Untersuchung gewährt worden sei.

2. HansGZ. **08** Beibl. 226 (Hamburg). Von einer einem bestimmten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht im Sinne des § 839 kann nur dann die Rede sein, wenn die Dienstvorschrift, auf welcher sie beruht, gerade zum Schutze des rechtlichen Interesses der einzelnen Personen gegeben ist, die zu dem Beamten in Beziehungen treten. Keine Haftpflicht des durch Diebstahl Geschädigten, wenn ein Polizeibeamter es verabsäumt, den Dieb festzunehmen.

3. **RG.** JagdRZ. **08** 376, BayRpflZ. **08** 436, JW. **08** 653. Durch die Vorschrift des § 839 ist der Beamte nicht schlechthin der Haftung aus den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen in dem Falle, wenn er auch gegen seine Dienstpflicht verstoßen hat, enthoben. So kann sich ein Beamter insbesondere auch nach § 826 haftbar machen.

4. SchlHolstAnz. **08** 155 (PrOVG.). Der Beamte, der seiner Anweisung gemäß handelt, ist nach §§ 823, 839 nicht haftbar zu machen. Die Erfüllung der Amtspflicht kann begrifflich keine Überschreitung der Amtsbefugnisse begründen.

5. RheinA. **105** I 173 (Cöln). Wenn im § 839 der Verletzte bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung eines Beamten zunächst auf andere Ersatzmöglichkeiten verwiesen wird, so ist im Sinne des BGB. hierunter der Staat nicht zu begreifen.

6. a) RheinA. **105** I 177 (Düsseldorf). Der Umstand, daß der Beamte vom Staate regreßpflichtig gemacht werden kann, schließt die Anwendung des § 839 Abs. 1 Satz 2 nicht aus.

b) RheinA. **105** I 175 (Düsseldorf). § 839 Abs. 1 Satz 2 kann nicht dahin ausgelegt werden, daß er eine Erweiterung der partikularrechtlichen Haftung des Staates bedeutet.

7. OLG. **16** 299 (Colmar). Der Ausdruck „Rechtsmittel“ kann im § 839 nach dem Sinne und Zwecke der Vorschrift nicht in dem beschränkten technischen Sinne verstanden werden, in dem ihn die Prozeßordnungen gebrauchen. Vielmehr ist darunter jeder im geordneten Rechtszuge gegebener Rechtsbehelf zu verstehen (Einwendung bei dem Vollstreckungsgerichte gegenüber einer Handlung des Gerichtsvollziehers) s. unten Ziff. 12 d α und JDR. 2 § 839 Ziff. 2.

8. Köhler, R. **08** 848. Die Einschränkung des § 839 Abs. 2 greift nur Platz, wenn die Pflichtverletzung bei einem Urteil im formellen Sinne begangen wurde. Die Pflichtverletzung bei einem Beschlusse begründet auch ohne gleichzeitige Strafbarkeit eine bürgerliche Ersatzpflicht.

9. a) **RG. 68** 278, JustdBl. **3** 12. Haftung für fahrlässige Erteilung einer falschen oder doch irreführenden Auskunft, auch wenn der Beamte zu Erteilung nicht verpflichtet war (GruchotsBeitr. **46** 935, JDR. **1** § 839 Ziff. 10 c).

b) ZBlFG. **9** 323 Ziff. 254 (Oldenburg). Die Erteilung einer falschen Auskunft durch einen Beamten macht ihn nicht schon dann schadensersatzpflichtig, wenn die Auskunft Amtshandlung, sondern nur, wenn die richtige Auskunft Amtspflicht ist.

10. BraunschwZ. **08** 28 (Braunschweig). Ein Beamter, der den Kreis seiner amtlichen Befugnisse kennen muß, verletzt die Amtspflicht, wenn er eine unrichtige Bescheinigung unter der ihm als Beamten zukommenden öffentlichen Autorität ausstellt.

11. **RG.** R. **08** II 663. Ist einem Beamten eine Erkundigungspflicht (§ 2262 BGB.) nicht mit ausdrücklichen Worten vorgeschrieben, sondern nur mittels Schlußfolgerung festzustellen und zu erkennen, so kann die Unterlassung solcher Schlußfolgerung dem Beamten nicht ohne weiteres als Fahrlässigkeit angerechnet werden, zumal wenn auch sonst in der Rechtswissenschaft die Ansicht von dem Nichtbestehen der Ermittelungs- und Nachforschungspflicht vertreten ist.

12. Einzelne Fälle.

a) Notare (s. JDR. **6** Ziff. 7 c, **5** Ziff. 8 a).

α. Weißler, DNotV. **08** 173—182 (178), zählt das Entwerfen von Privaturkunden nicht zu den Amtshandlungen des Notars.

β. v. Amelunxen, DNotV. **08** 285—309, über amtliche berufsmäßige Verrichtungen der Notare.

γ. DNotV. **08** 432 (Cöln). Die Beratung der Parteien gehört nicht zu den amtlichen Obliegenheiten eines preußischen Notars.

δ. DNotV. **08** 434, SeuffA. **63** 145, BauersZ. **15** 237 (Breslau). Haftung des Notars für eine unrichtige Auskunft über die Verstempelung eines Vertrags.

ε. BraunschwZ. **08** 20 (Braunschweig). Inwieweit die Notare zur Ratserteilung verpflichtet sind, läßt sich nicht ein für allemal bestimmen, es kommt auf den Einzelfall an.

ζ. **RG.** DNotV. **08** 435 = **RG.** JW. **07** 511, JDR. **6** § 839 Ziff. 7 c Abs. 1.

η. WürttJ. **20** 19 (Stuttgart). Haftung des Notars für Versehen bei Aufnahme von Wechselprotesten.

ϑ. ZBlFG. 8 625, SeuffBl. **08** 460 (BayObLG.). Eine Feststellung, daß den Erblasser „das Schreiben sehr anstrenge", ersetzt nicht dessen Unterschrift und kann auch nicht durch das „zittrige Aussehen" des als Handzeichen beigefügten Kreuzes genügend zur gesetzlichen Feststellung der Schreibunfähigkeit ergänzt werden. Eine soche mangelhafte Feststellung durch den Notar begründet als fahrlässige Amtspflichtverletzung einen Ersatzanspruch des im nichtigen Testamente Bedachten.

ι. RheinA. **105** I 170 (Cöln). Haftung eines rheinischen Notars (vgl. JDR. **6** § 839 Ziff. 7c aE.).

b) Subhastationsrichter (s. JDR. **6** Ziff. 7 d).

RG. R. **08** II 126. Haftung des Subhastationsrichters für die Kosten eines nicht ordnungsmäßig abgehaltenen Versteigerungstermins (Haftung für die Kosten der Beschwerde und des zweiten Versteigerungstermins; keine Haftung für die Differenz zwischen dem Ergebnisse des ersten und des zweiten Versteigerungstermins).

c) Grundbuchbeamte.

R. **08** II 90 (BayObLG.). Haftung eines Grundbuchbeamten bei Anlegung des Grundbuchs.

d) Gerichtsvollzieher.

α. OLG. **16** 299, R. **08** 165 (Colmar). Aus einer unter Verstoß gegen § 809 ZPO. vorgenommenen Pfändung haftet der Gerichtsvollzieher aus § 839 BGB. für Schadensersatz. „Rechtsmittel" im Sinne des Abs. 3 dieses Paragraphen ist nicht in dem beschränkten Sinne der Prozeßordnungen, sondern im allgemeinen als Rechtsbehelf zu verstehen, dessen sich der Verletzte gegenüber der die Amtspflicht verletzenden Handlung des Beamten bedienen kann (s. oben Ziff. 7).

β. BraunschwZ. **08** 26 (Braunschweig). Der Gerichtsvollzieher, der gelegentlich einer Amtshandlung eine Rechtsauskunft über ein ihm fremdes Rechtsgebiet gibt, handelt als Privatperson und verletzt durch unrichtige Auskunft keine Amtspflicht.

γ. SächsRpflA. **08** 87 (Dresden). Haftung des Staatsfiskus für ein von einem Gerichtsvollzieher durch Nichtausführung eines Pfändungsauftrags begangenes Versehen.

δ. DJZ. **08** 144 (Colmar) s. JDR. **6** § 839 Ziff. 7 g.

ε. R. **08** II 126 (Frankfurt). Haftung des Gerichtsvollziehers.

e) α. **RG.** R. **08** II 56. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit eines ländlichen Gemeindevorstehers, der sein Amt als Ehrenamt bekleidet, darf nicht derselbe Maßstab angelegt werden wie bei besonders vorgebildeten Berufsbeamten.

β. BraunschwZ. **08** 22 (Braunschweig). Haftung eines Gemeindevorstehers aus fahrlässiger Beglaubigung von Unterschriften.

f) R. **08** II 301 (Hamburg). Keine Ersatzpflicht Dritter gegen einen Polizeibeamten, der einen Verbrecher trotz Haftbefehls entkommen läßt, wegen des ihnen durch die Flucht des Verbrechers entstandenen Schadens.

g) BraunschwZ. **08** 24 (Braunschweig). Fall, in welchem ein Gendarm für einen ungerechtfertigten Akt der Gewerbepolizei (Schließung einer Schaubude) in Anspruch genommen wurde. Abweisung der Klage wegen fehlender Fahrlässigkeit.

h) SeuffBl. **08** 773 (Zweibrücken). Haftpflicht des Lehrers, der bei Züchtigung eines Schülers einen anderen Schüler verletzt. Der Volksschullehrer ist Beamter im Sinne des § 839. Eigenes Verschulden des Verletzten.

§ 842. 1. HessRspr. **9** 19 (Darmstadt). Die Begriffe „Erwerb" und „Fortkommen" sind nicht identisch; der letztere Begriff ist ein allgemeiner, der insbes. auch die Gefährdung des Kredits (§ 824) und die Verletzung der Ehre umfaßt.

2. **RG.** JW. **08** 455. Zu ersetzen ist auch der Schaden, den jemand durch die Aufgabe seines Geschäfts oder durch die Veräußerung seines Geschäfts infolge der Verletzung einen Schaden erleidet. Nach § 842 sind die Nachteile zu ersetzen, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt.

3. **RG.** JW. **08** 550. Zahlungen, die zu bestimmten Heilzwecken und zu bestimmten Kurgebrauche dem Geschädigten im voraus auf Grund einstweiliger Verfügungen geleistet werden, sind auf die Ersatzforderung wegen Verlustes der Erwerbsfähigkeit und wegen Vermehrung der Bedürfnisse anzurechnen, wenn der Geschädigte sie nicht zu dem bestimmten Zwecke verwendet hat. Soll eine Anrechnung ausgeschlossen werden, so muß der Geschädigte beweisen, daß die Beträge, weil der nächste Zweck nicht zu erreichen war, doch im Sinne der einstweiligen Verfügung und ihrer Bestimmung verwendet sind. — Schadensersatzrenten dürfen nur in vierteljährlichen Vorauszahlungen zuerkannt werden. Eine andere Art der Zahlung, sei es in Gestalt einer Nachzahlung, sei es in anderen Zeitabschnitten (Jahren), ist unzulässig.

4. EisenbE. **24** 273 (Braunschweig) = JDR. **6** § 842.

§ 843. 1. a) Berücksichtigung der künftigen Gestaltung der Erwerbsfähigkeit (s. JDR. **6** § 843 Ziff. 1, **5** Ziff. 1). **RG.** EisenbE. **25** 34, **24** 387, JW. **08** 140 f. Es gibt Fälle in denen davon ausgegangen werden darf, daß ein bestimmter Erwerb dem Schadensersatzberechtigten ohne den vom Gegner zu vertretenden Vorgang bis ins hohe Greisenalter möglich gewesen sein würde, und des weiteren solche Fälle, in denen die Beurteilung der künftigen Gestaltung zufolge der Einwirkung des fortschreitenden Alters dem Gerichte zur Zeit nicht oder nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit möglich ist und ihm deshalb auch eine Berücksichtigung jenes Umstandes nicht angesonnen werden kann. In Fällen der letzteren Art ist die Zuerkennung einer Rente ohne zeitliche Begrenzung — auf Lebensdauer — im Hinblick auf § 843 BGB., § 287 ZPO. zweifellos dann rechtlich außer Bedenken, wenn die Möglichkeit, daß ohne den die Haftpflicht begründenden Vorfall eine Aufhebung oder Abnahme der Erwerbsfähigkeit in einem früheren Zeitpunkt eintreten konnte, in dem Betrage der ausgeworfenen Renten Berücksichtigung und einen gewissen Ausgleich gefunden hat. Ein solcher Ausgleich könnte dadurch geschaffen werden, daß die einzelnen Renten um etwas niedriger als der Betrag des in der betreffenden Periode dem Verletzten entgehenden Verdienstes angesetzt würden. Er mag aber nach Umständen auch da vorliegen, wenn die durch den Unfall aufgehobene oder geminderte Erwerbsfähigkeit des Verletzten im ganzen als Gegenstand der Ersatzleistung in der Art bewertet ist, daß der gesamte Rentenbezug das nach freier Überzeugung des Gerichts entsprechende Äquivalent für den erlittenen Erwerbsverlust bildet und danach die einzelnen Rentenbeträge innerhalb

der Rentendauer nur die auf die einzelnen Jahre verrechneten Teile jener Gesamtvergütung darstellen.

b) **RG.** R. **08** II 13. Bei Bemessung der Rente ist grundsätzlich die künftige Gestaltung der Sachlage zu berücksichtigen, die nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge auch ohne Dazwischentreten des die Schadensersatzpflicht begründenden Ereignisses die Erwerbsfähigkeit des Verletzten gemindert oder ganz aufgehoben haben würde. In dieser Beziehung kommt besonders in Betracht, daß im hohen Lebensalter die körperlichen und geistigen Kräfte regelmäßig abnehmen und hierdurch die Erwerbsfähigkeit gemindert und schließlich ganz aufgehoben wird. Es gibt aber Fälle, in denen eine Beurteilung der künftigen Gestaltung der Dinge dem Gerichte nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit möglich ist und ihm deshalb auch deren Berücksichtigung nicht angesonnen werden kann (ebenso **RG.** JW. **08** 140, R. **08** II 90).

c) HessRspr. **9** 64 (LG. Gießen). Berücksichtigung der künftigen Gestaltung der Dinge auch bei der Feststellungsklage. Ist die Wahrscheinlichkeit, daß der Getötete dem Dritten gegenüber später unterhaltspflichtig geworden wäre, eine ganz fernliegende, so ist der Anspruch zu versagen.

2. a) **RG.** SeuffA. **63** 454, JW. **08** 273 (vgl. ebd. 451). Bei Schadensersatzansprüchen ist nicht die reine abstrakte Erwerbsmöglichkeit zu berücksichtigen, ein wirklich entstandener Schaden soll ausgeglichen werden. Die Erwerbs f ä h i g k e i t ist dasjenige wirtschaftliche Gut, dessen Verlust oder Minderung zu ersetzen ist, in dem Maße jedoch, in welchem dadurch dem Verletzten ein Schaden erwachsen ist. Da dieser Schaden nur in der Zeit nach dem Unfalle liegen kann, die Entschädigung für die Zukunft zu leisten ist, kommt es auf den tatsächlichen Erwerb des Verletzten v o r dem Unfall allerdings nicht wesentlich an; dieser ist nur eines der Momente, die für die Feststellung des Schadens von Wert sind. Maßgebend für den Schadensersatzanspruch ist der Gebrauch, den die verletzte Person nach den Verhältnissen, in denen sie lebt, in der Zeit nach dem Unfall ohne dessen Dazwischentreten von ihrer Erwerbsfähigkeit voraussichtlich gemacht haben würde. Eine Person, die von den Einkünften ihres Kapitalvermögens lebt, die von ihrer Erwerbsfähigkeit bisher keinen Gebrauch gemacht hat und aller Voraussicht nach auch in aller Zukunft davon keinen Gebrauch machen wird, hat einen Schaden durch den Verlust ihrer Erwerbsfähigkeit nicht erlitten; es kann ihr also auch keiner ersetzt werden. Für den Fall, daß sie später in die Lage kommen würde, ihre Erwerbsfähigkeit auszunutzen, ist ihr der Weg der Feststellungsklage gegeben, sich die Verwirklichung dieses etwa noch aus der unerlaubten Handlung später ihr entstehenden Schadensersatzanspruchs zu sichern. Über Ersatzansprüche einer Ehefrau s. unten zu § 845 Ziff. 1a.

b) **RG.** EisenbE. **24** 371. Der Vermögensnachteil aus der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten besteht in dem Unterschiede des möglichen Erwerbes vor und nach dem Unfalle. Wenn der Verletzte vor dem Unfalle von seiner Arbeitskraft dauernd keinen oder nur geringen Gebrauch gemacht hat, so entsteht ihm voraussichtlich insoweit auch für die Zukunft aus dem Unfalle kein Vermögensnachteil. Sache des Verletzten ist es, darzutun, daß er in der Zukunft seine Arbeitskraft verwertet haben würde, wenn er einen Leistungsanspruch auf Schadensersatz erheben will. Der Ersatzpflichtige hat zu beweisen, daß der Verletzte in Zukunft auch ohne den Unfall nichts oder weniger verdient haben würde, wenn feststeht, daß er vor diesem Ereignis einen bestimmten und dauernden Erwerb gehabt hat.

3. **RG. 68** 429, EisenbE. **25** 75, JW. **08** 473. Werden mehrere Verpflichtete auf Grund derselben unerlaubten Handlung auf Leistung von Schadensersatz wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit in Anspruch genommen, so kann die Frage, auf welche Weise Schadensersatz zu leisten ist, nur einheitlich den sämtlichen Verpflichteten gegenüber beantwortet werden, und es ist diejenige Form zu wählen, die sich aus den Verhältnissen des Berechtigten und der sämtlichen Ver-

pflichteten als die geeignete ergibt. Nach der Gesamtheit der hiernach zu ermittelnden Umstände ist zu beurteilen, ob ein wichtiger Grund für die Gewährung einer Kapitalabfindung im Sinne von § 843 überhaupt vorliegt. Wenn der eine der auf Grund der unerlaubten Handlung zum Schadensersatze Verpflichteten den verlangten Schadensersatz zugleich wegen Verletzung seiner Vertragspflichten zu leisten hat, so kommen ihm gegenüber auch die Vorschriften in den §§ 249 ff. in Betracht. Der Richter ist aber bei Anwendung der Vorschrift im § 251 nicht unter allen Umständen verpflichtet, dem Berechtigten eine Kapitalabfindung zuzusprechen. Der Ersatzpflichtige hat den Gläubiger „in Geld" zu entschädigen; der Richter ist daher berechtigt, ohne an die für die Fälle des § 843 aufgestellte Voraussetzung gebunden zu sein, nach freiem Ermessen auf eine Kapitalabfindung zu erkennen; er ist dazu aber nicht verpflichtet, denn eine Geldrente ist ebenfalls eine Entschädigung in Geld.

4. **RG.** DJZ. **08** 1343 über Bemessung der Rente bei einem nach dem schädigenden Ereignis eingetretenen Berufswechsel.

5. SeuffA. **63** 20 (Dresden). Es besteht keine Verpflichtung für den Verletzten, seine beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit durch Wahl eines anderen Berufs auszugleichen (vgl. **RG. 53** 48).

6. HansGZ. **08** Beibl. 148 (Hamburg). Der Schadensersatz eines Verletzten ist nicht bloß nach der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit überhaupt zu bemessen; der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den Fall, daß der Verletzte an häuslichen Verrichtungen verhindert oder in solchen Verrichtungen erschwert ist.

7. **RG.** R. **08** II 566. Beschäftigt die Ehefrau in ihrem selbständigen Erwerbsgeschäfte nebenbei ihren kranken und anderweitig verdienstlosen Ehemann mit, so bildet der Unterhalt des Ehemanns keinen abzugsfähigen Bestandteil der Geschäftsunkosten.

8. HansGZ. **08** Beibl. 275 (Hamburg). Befugnis des Vaters eines minderjährigen Kindes, die zur Heilung erforderlichen Aufwendungen zu liquidieren.

9. **RG.** R. **08** II 90. Bei einem Metzgermeister, der in seinem Gewerbebetriebe selbst körperlich mittätig ist, bedeutet eine dauernde Minderung der körperlichen Arbeitskraft regelmäßig auch einen Verlust der Erwerbstätigkeit.

10. **RG.** JW. **08** 451. Bei Festsetzung der Rente ist ein zwischen dem Verletzten und dem Schadensersatzpflichtigen bestehendes Dienstverhältnis zu berücksichtigen.

11. **RG. 64** 350, EisenbE. **24** 118 s. schon JDR. **6** § 843 Ziff. 3.

§ 844. 1. **RG.** JW. **08** 552. Ersatzansprüche der in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau wegen Tötung ihres Ehemanns. Geht das Gesamtgut ganz in die Nutzung der Klägerin über, so ist ihr ein Schaden überhaupt nicht entstanden. Als Entschädigung für die Ehefrau kann nur diejenige Quote des aus der Arbeitskraft ihres Ehemanns erzielten Gewinns in Rechnung kommen, die davon nach den besonderen Verhältnissen, insbesondere der Zahl der ebenfalls zu unterhaltenden Kinder, aber auch der Lebensweise des Ehemanns auf den aus seinem Vermögen für die Klägerin zu leistenden Teil des Unterhalts entfallen sein würde, wogegen derjenige Teil außer Betracht zu bleiben hat, der von dem Ehemanne zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse zurückbehalten, sowie zum Unterhalte der Kinder verwendet worden wäre. In demselben Verhältnisse können deshalb auch nur die Kosten einer Ersatzkraft für die Arbeitsleistung ihres Ehemanns der Klägerin zur Ausgleichung des Verlustes an ihrem Unterhalt infolge des Wegfalls der Arbeitskraft ihres Ehemanns zugesprochen werden.

2. **RG.** EisenbE. **24** 290, ZVersWes. **08** 122, JW. **08** 109. Die Ehefrau des Getöteten hat einen Anspruch auf Schadensersatz nur für die Zeit der mutmaßlichen Dauer des Lebens ihres getöteten Ehemanns. Das Kind des Getöteten kann außerdem nur Ersatz für diejenige Zeit verlangen, für welche er nach den §§ 1602, 1603 einen Unterhaltsanspruch an seinen Vater gehabt haben würde.

3. a) **RG.** WarneyersJ. **08** 514. Das Recht der Frau, Schadensersatz wegen Tötung des Mannes zu verlangen, erlischt weder deshalb, weil sie von ihrem Ehemanne getrennt lebte, noch weil sie angeblich ein ehebrecherisches Leben führte. Der letztere Umstand hätte die Klägerin nach §§ 1611 Abs. 2, 2335 BGB. nur auf das Recht beschränkt, den notdürftigen Unterhalt zu verlangen. Dies ist im Verfahren über den Betrag zu entscheiden.

b) **RG.** R. **08** II 398. Bei der der Witwe und den Kindern eines Verunglückten zuzubilligenden Entschädigung sind in Anrechnung zu bringen die Bezüge, welche der Witwe und den Kindern seit dem Tode des Ehemanns und Vaters zufließen, z. B. eine etwaige Pension, ferner die entsprechenden Quoten der Einkünfte aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen, welche bei Lebzeiten des Verunglückten zum Unterhalte der Ehefrau und anteilmäßig auch zum Unterhalte der unterhaltsbedürftigen Kinder mit verwendet worden wären und die nach dem Tode des Ehemanns und Vaters für jenen Zweck verwendbar geblieben sind. Stellt sich dabei heraus, daß das Berufseinkommen des Verstorbenen und die Rente aus Kapitalvermögen ungefähr gleich groß gewesen sind, so ist die Annahme rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Ehefrau und die Kinder, wenn der Ehemann bzw. Vater am Leben geblieben wäre, von diesem aus dem Berufseinkommen und der Kapitalrente je zur Hälfte unterhalten worden wären.

c) **RG.** R. **08** II 90, EisenbE. **24** 287. Erhebt ein uneheliches Kind des Getöteten einen Rentenanspruch, so muß es darlegen, inwiefern es durch den Tod des außerehelichen Erzeugers seines Unterhaltsanspruchs verlustig gegangen ist.

d) **RG.** EisenbE. **24** 186 s. JDR. **6** § 844 Ziff. 5 e.

4. **RG. 68** 45, JW. **08** 241 (s. oben zu § 812 Ziff. 7r). Der Anspruch der Witwe eines durch Überfahren getöteten Bergmanns aus der unerlaubten Handlung auf Schadensersatz und der Anspruch der Witwe gegen den Knappschaftsverein entspringen aus selbständigen Rechtsgründen. Sie bestehen nebeneinander, die Geltendmachung des einen schließt nicht den anderen aus. Wenn auch beide Ansprüche nebeneinander bestehen, so ist damit doch nicht die Frage entschieden, ob etwa die Witwenrente, die vom Knappschaftsvereine gezahlt wird, die Verpflichtung des Verletzers gegen die Witwe aus dem Grunde mindert, weil diese insoweit den von ihrem Manne ihr zu gewährenden Unterhalt nicht verloren hat.

5. **RG.** EisenbE. **24** 161 s. JDR. **6** § 844 Ziff. 6 Abs. 2.

6. ElsLothJZ. **08** 345 ff. (352) (Colmar) über den Einfluß der Wiederverheiratung auf den Unterhaltsanspruch gegen den Tierhalter.

7. **RG.** JW. **08** 9. Die Frage der Zeitdauer der Renten gemäß § 844 gehört zum Verfahren über den Grund im Sinne des § 304 ZPO.

8. **RG.** JW. **08** 554. Keine Anrechnung der Lebensversicherungssumme auf die Rente der Witwe (**RG.** JW. **07** 23, 130, JDR. **6** § 843 Ziff. 3).

9. **RG.** EisenbE. **24** 272 = **RG.** JDR. **6** § 844 Ziff. 8.

§ 845. 1. a) **RG.** SeuffA. **63** 454, JW. **08** 273 (s. oben zu § 843 Ziff. 2 a). Eine Ehefrau kann einen Schaden nur geltend machen, wenn i h r Vermögen beschädigt ist, wenn sie selbst für sich durch ihre Arbeit oder einen selbständigen Gewerbebetrieb einen Erwerb sich verschafft hat oder verschafft haben würde und hierin durch die unerlaubte Handlung gehindert worden ist (§ 1367). Insoweit sie nur für den Ehemann in dessen Hausstande tätig oder ihm in seinem Gewerbebetriebe behilflich war und sein würde (§ 1356), ist nicht ihr, sondern nur ihrem Ehemann ein Schaden entstanden, dessen Ersatz das Gesetz im § 845 ihm auch gesichert hat (**RG. 63** 195, **64** 323, JW. **06** 469). Für den Fall, daß sie in der Zukunft, sei es durch Auflösung der Ehe, sei es durch Änderung der Verhältnisse, auf eigene Erwerbstätigkeit angewiesen sein würde, wird sie den Weg der Feststellungsklage zur Sicherung ihres Schadensersatzanspruchs beschreiten müssen; eine Rente nach § 843 kann der nicht

einem Erwerbe selbständig nachgehenden Ehefrau nur insoweit zugesprochen werden, als es sich nicht um Verlust der Erwerbstätigkeit, sondern um die Vermehrung ihrer Bedürfnisse handelt, und als der Wegfall ihrer Tätigkeit im Hausstand oder insbesondere im Gewerbebetrieb ihres Ehemanns mittelbar sie im Bezuge des von dem Ehemann ihr zu leistenden Unterhalts (§ 1360) verkürzt (**RG. 47** 84, JW. **05** 341).

b) **RG.** R. **08** II 398. Wenn eine Ehefrau gemäß § 1356 ihre Erwerbstätigkeit lediglich im Hauswesen des Ehemanns betätigt, so kann s i e regelmäßig für den Verlust oder die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Schadensersatz fordern, vielmehr ist insoweit lediglich der E h e m a n n wegen der ihm völlig oder zum Teil entgehenden Dienste der Ehefrau forderungsberechtigt.

c) **RG.** R. **08** II 56. Recht des Ehemanns zur Erhebung der Klage, wenn die Ehefrau durch einen erlittenen Unfall in der Leistung der bisher von ihr verrichteten Dienste behindert ist.

2. **RG.** R. **08** II 398. Ist aus Anlaß der Verletzung der Mutter eine Tochter, die bis dahin sich in einer ihr vollen Unterhalt bietenden Erwerbsstellung befunden hat, als Ersatz für die infolge des Unfalls aufgehobene oder geminderte Arbeitskraft der Mutter in den elterlichen Haushalt zurückgekehrt, so stellen sich die Kosten des Unterhalts der Tochter ohne weiteres als eine Folge des Unfalls dar und sind daher dem Vater von dem aus dem Unfall Ersatzpflichtigen zu erstatten.

§ 846. **RG.** JW. **08** 554. Zulässigkeit der Eideszuschiebung über die eine eigene Schuld des Getöteten begründenden Tatsachen an die Witwe.

§ 847. 1. R. **08** II 370 (Hamburg). Der nicht vermögensrechtliche Schaden, welcher nach § 847 ersetzt verlangt werden kann, muß gerade in denjenigen Rechtsgütern eingetreten sein, deren Verletzung § 847 voraussetzt (Leben, Gesundheit, Freiheit, Frauenehre). Ist Nervosität die Folge der Verletzung eines dieser Lebensgüter, so besteht kein Bedenken, dem Verletzten für die Nervosität eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren. Ist aber die Nervosität nur auf die ausgestandene Todesangst und damit verbundene seelische Aufregungen zurückzuführen, dann ist ein Anspruch aus § 847 nicht begründet, weil Todesangst und Seelenschmerzen keine Verletzungen des Körpers oder der Gesundheit darstellen.

2. a) **RG.** EisenbE. **24** 383, BayRpflZ. **08** 166, JW. **08** 196 (s. JDR. **6** § 847 Ziff. 1). Die Forderung von Schmerzensgeld setzt eine unerlaubte Handlung des Beklagten voraus. Weder vertragliches Verschulden noch das HaftpflG. gestatten die Heranziehung des § 847 (**RG. 65** 21, JW. **07** 827, **RG. 57** 55). Ebenso **RG.** WarneyersJ. **08** 334.

b) **RG.** R. **08** II 700. Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann nur auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen erhoben werden.

c) **RG.** JW. **08** 480. § 847 kommt nur bei Ersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung in Betracht.

3. SeuffA. **63** 61 (Hamburg) = JDR. **6** § 847 Ziff. 4.

4. HansGZ. **08** Beibl. 68 (Hamburg). Auch bei fremdem Verschulden (§ 831) kommt § 847 in Betracht. Die abweichende Ansicht OLG. **12** 120, HansGZ. **05** Beibl. 131, ist fallen gelassen.

5. SächsOLG. **29** 97 (Dresden). Bei Bemessung der „billigen Entschädigung in Geld" für andere als Vermögensnachteile im Sinne von § 847 sind die persönlichen und Vermögensverhältnisse beider Teile in Betracht zu ziehen (vgl. **RG. 63** 105). Vorliegend ist, um zu einem „billigen" Ausgleiche zu gelangen, die Heftigkeit und die Dauer der vom Kläger erlittenen und ihm noch bevorstehenden Schmerzen und andererseits zu berücksichtigen, daß der Beklagte sie nicht schuldhaft herbeigeführt hat (§ 833), das Tier auch zu seinem Handelsbetrieb erforderlich gewesen ist.

6. **RG.** JW. **08** 550. Ein reichlicher Ersatz des Vermögensschadens beseitigt r e c h t l i c h nicht den Anspruch auf Leistung einer Entschädigung wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist.

7. R. **08** II 494 (Augsburg). Das Schmerzensgeld umfaßt auch die Entschädigung für erlittene psychische Nachteile.

8. HansGZ. **08** Beibl. 243 (Hamburg). Kein Schmerzensgeld kann beansprucht werden, wenn jemand durch Schuld seines Gegners ins Wasser gestürzt ist, Todesangst ausgestanden und einen Nervenchok erlitten hat.

9. OLG. **17** 67 (Stuttgart) § 146 LandwUVG. schließt Schmerzensgeld gemäß § 847 aus.

§ 848. **RG.** R. **08** II 426. Hat ein Eisenbahnunternehmer ohne Kauf und ohne Enteignung eine im Eigentum eines anderen stehende Grundfläche zur Eisenbahnanlage gezogen, so ist es nicht zu beanstanden, wenn als W e r t e r s a t z der Betrag zugesprochen wird, der im Falle einer — an sich zulässig gewesenen — Enteignung der streitigen Fläche zu zahlen gewesen wäre.

§ 849. R. **08** II 494 (Hamburg). Neben dem ihm durch Urteil zugesprochenen entgangenen Gewinne, welchen Kläger mit dem in den Grund gebohrten Kahne hätte machen können, kann Kläger nicht auch Zinsen auf den Betrag verlangen, welcher ihm als Wertersatz für den Kahn zugebilligt wird.

§ 852. 1. **RG.** SeuffA. **63** 136 = JDR. **6** § 852 Ziff. 1.

2. **RG.** ElsLothJZ. **08** 102, LeipzZ. **08** 231, SeuffA. **63** 102 = **RG.** JDR. **6** § 852 Ziff. 2.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1050, JW. **08** 10. Wenn nach § 852 bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubten Handlungen die dreijährige Verjährung erst mit dem Zeitpunkte beginnen soll, in dem derjenige, gegen den die unerlaubte Handlung gerichtet war, von der Person des dafür Haftpflichtigen und von dem Schaden Kenntnis erlangt hat, so ist unter dieser letzteren Kenntnis allerdings nicht schlechthin das Wissen des Verletzten davon, daß er überhaupt geschädigt sei, zu verstehen. Eine solche Handlung kann neben sich sofort zeigenden schädlichen Wirkungen auch erst später hervortretende haben, die vielleicht auch erst beim Hinzutritte nachträglich eingetretener Umstände, dem Verletzten Nachteile bereiten oder für ihn in einer von ihm von vornherein nicht erkannten Weise schädlich sind. Soweit in solchen Fällen ein erst nachträglich eingetretener Schaden zu dem von Anfang an vorliegenden hinzugetreten ist oder dem Verletzten eine ihm nachteilige Wirkung der unerlaubten Handlung erst später bekennt oder von ihm als Folge der Handlung erkannt wird, beginnt die Verjährung für den Ersatzanspruch wegen dieser Schäden erst von der Zeit an, wo er Kenntnis von diesem auf die unerlaubte Handlung zurückführenden Schaden erlangt. Auf der anderen Seite ist der Beginn der Verjährung wegen des ganzen Schadens nicht davon abhängig, daß der Verletzte die Höhe des Vermögensnachteils, den er durch die wider ihn begangene widerrechtliche Handlung erleidet, noch nicht zu bestimmen vermag.

4. SeuffA. **63** 21 (Dresden). Die Verjährungsfrist beginnt trotz Ungewißheit über die Höhe des Schadensersatzanspruchs zu laufen.

5. **RG.** LeipzZ. **08** 599. Ist der Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung verjährt, so ist es auch der Unterlassungsanspruch.

6. OLG. **17** 428, HansGZ. **08** Hptbl. 49 (Hamburg). S. oben zu § 638 Ziff. 2 b. Bei fahrlässiger Beschädigung einer Sache seitens des Unternehmers beim Werkvertrage tritt nur die Verjährung des § 638, nicht auch die des § 852 ein, selbst wenn ein konkurrierender Anspruch aus einer unerlaubten Handlung gegeben wäre.

7. HansGZ. **08** Beibl. 7 (Hamburg). Auf die Verjährung des § 852 kann sich auch die Versicherungsgesellschaft berufen, welche vom Verletzten aus zediertem Rechte des Tierhalters aus seiner Haftpflichtpolice in Anspruch genommen wird.

8. RG. LeipzZ. 08 163. Bei einer vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Schädigung müssen die Voraussetzungen des § 852 vor diesem Zeitpunkt erfüllt sein, wenn die dreijährige Verjährung am 1. Januar 1900 ihren Lauf nehmen soll.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Literatur: Bender, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz (Gewahrsam) haben? Karlsruhe 1908. — Colberg, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Bonn 1908. — Kaemmerer, Die Zulässigkeit der Stellvertretung im Besitzerwerbe nach dem Rechte des BGB. Halle a./S. 1908. — Przibilla, Zur Lehre vom mittelbaren Besitze, JW. 08 394—398. — Rohde, Studium im Besitzrechte (Abschnitt XVI, XIX, XX). Düsseldorf 1908.

§ 854. 1. *Kaemmerer, Stellvertretung im Besitzerwerbe. Auf den Besitzerwerb durch eine juristische Mittelsperson finden die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. weder direkte noch analoge Anwendung (22, 28), auch nicht insoweit, als der Besitzerwerb eine Rechtshandlung ist. Denn ein sog. „Erfolgswille", der den sog. „Vertretungswillen" mitumfaßt, ist nicht Tatbestandsmerkmal des Besitzerwerbes. Es liegt also kein eigentliches „Handeln im frenden Namen" vor (25). Gleichwohl trägt man den Bedürfnissen der Verkehrsanschauung Rechnung, wenn man den in der bisherigen Rechtsentwickelung (32—39) gebräuchlichen Ausdruck „Stellvertretung im Besitzerwerbe" beibehält, hierunter aber in ausdehnender Interpretation die juristische Mitwirkung eines Dritten beim Besitzerwerbe versteht, die bewirkt, daß in dem Momente der Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache seitens des Dritten als Vertreter der Vertretene Besitz erwirbt (319). Diese Art der Stellvertretung hat das BGB. in den §§ 855 und 868 erschöpfend geregelt. Hinsichtlich der Person des Erwerbers lassen sich folgende Leitsätze aufstellen (100, 105, 112): I. Für die Tradition: Liegt keine ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung der Mitwirkenden bezüglich der Person des Besitzerwerbes vor, so entscheidet hierüber: a) im Falle des § 868 grundsätzlich die Erwerbskausa, d. h. das Hauptrechtsverhältnis, auf Grund dessen die Tradition erfolgt. Falls der Vertretene Gläubiger dieser Kausa ist, wird er mittelbarer Besitzer. Andernfalls erlangt der Vertreter Alleinbesitz. Ebenso, wenn zwischen ihm und dem Vertretenen eine besondere Vereinbarung besteht, kraft dessen jener Alleinbesitzer werden soll; b) im Falle des § 855 dagegen die Abhängigkeitskausa, d. h. das innere Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen. Ist dies ein Abhängigkeitsverhältnis der im § 855 genannten Art, so verschafft der Vertreter dem Vertretenen im Momente der Übergabe Alleinbesitz (150). II. Für die Okkupation: Ist die Innenbeziehung ein Verhältnis nach § 868, so verschafft der Okkupierende dem Okkupationsberechtigten mittelbaren Besitz. Andernfalls (§ 855) wird dieser Alleinbesitzer (151).

2. *Bender, Können juristische Personen strafrechtlichen Besitz haben? Die juristische Person ist willens- und handlungsfähig und daher in der Lage, tatsächliche Sachherrschaft im Sinne des § 854 auszuüben. Das Organ der juristischen Person ist dabei weder Besitzmittler noch Besitzdiener, sondern Repräsentant der juristischen Person; diese selbst ist unmittelbarer Besitzer. Desgleichen ist die juristische Person Inhaber des Gewahrsams im Sinne der §§ 808 f. ZPO. über die durch ihre Organe verwahrten Sachen; das Organ ist nicht als Dritter im Sinne des § 809 ZPO. zu betrachten. Desgleichen ist auch die juristische Person selbst, nicht ihr Organ, Inhaber des strafrechtlichen Gewahrsams im Sinne der §§ 246, 242 StGB. über die von ihr durch das Organ beherrschten Sachen.

3. Colberg, Lehre vom Besitzbegriff, ist der Ansicht, daß die Frage, ob nach dem jetzigen Rechte an dem Willenserfordernisse beim Besitze begrifflich

festzuhalten sei, vom BGB. selbst nicht entschieden worden sei. Die somit vom Gesetzgeber freigegebene Auslegung führe aber dahin, daß auch für das heutige Besitzrecht in Übereinstimmung mit dem früheren Rechtszustand in Deutschland das Willenserfordernis bestehe. Der nach wie vor erforderliche Wille sei regelmäßig nicht der animus domini des römischen Rechtes, sondern der weniger starke Wille, der partikularrechtlich in Deutschland in weitem Umfange zum rechtlich geschützten Besitze begrifflich verlangt wurde. Colberg definiert deshalb den Besitz als die von einer Person gewollte tatsächliche Gewalt dieser Person über eine Sache (66). In dem zweiten Teile des Buches (75 ff.) bespricht Colberg sodann im einzelnen die Ansichten der Schriftsteller, welche das Erfordernis des Willensmoments für den Besitzbegriff nach heutigem Rechte bestreiten und derjenigen, welche an diesem Willensmomente festhalten.

4. **RG.** R. **08** 620. Hat der Eigentümer eines Ziegelofens einem anderen das Recht eingeräumt, aus dem Ziegelofen seinen Bedarf an Ziegelsteinen zu entnehmen und auch daraus kommissionsweise zu verkaufen, so erwirbt der letztere Besitz nur an denjenigen Steinen, die er für sich oder für andere aus dem Steinbruche tatsächlich entnimmt.

§ 855. I. *Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. XIX u. XX. Unter § 855 fallen zwei heterogene Kategorien von Rechtsverhältnissen, in welchen jemand für einen anderen die tatsächliche Gewalt ausübt, nämlich die Fälle der Besitzgehilfenschaft, in welchen der andere die unmittelbare tatsächliche Gewalt hat, die jener nur für ihn ausübt, und sodann die Fälle der eigentlichen Besitzdienerschaft, in welchen nicht der andere, sondern der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt hat. Die erste Kategorie hat keinerlei Bestandteil. Die Bestimmung des § 855 war für sie überflüssig. Von der zweiten Kategorie wird folgendes behauptet: a) Die Besitzdienerschaft ist, wofür Beweise beigebracht werden, nichts anderes als der auf einem durch den Willen des Beteiligten hergestellten mittelbaren tatsächlichen Gewaltverhältnisse des Vertretenen, nicht von einem solchen unabhängig rechtsvorschriftlich auf der Kausa beruhende, römische Besitz durch Stellvertreter. Dieser ist in das BGB. übernommen, jedoch einerseits mit einer weitgehenden Beschränkung, andererseits unter einer Ausdehnung. Die Beschränkung besteht darin, daß er nur da eintritt, wo für den Vertretenen ein dem unmittelbaren völlig gleichwertiges mittelbares tatsächliches Gewaltverhältnis besteht, das dem Vertretenen, weil sich die Sache unter seinen Augen oder wenigstens in seinem Hause und Hofe oder sonstigen von ihm bewirtschafteten und beherrschten Räumen befindet, die Möglichkeit gewährt, jederzeit zu der Sache zu gelangen und auf sie tatsächlich einzuwirken. Wo es beim Übergange der tatsächlichen Gewalt auf den jetzigen Gewalthaber auf ein solches Verhältnis nicht abgesehen ist, tritt § 868 ein. Die Ausdehnung des römischen Besitzes durch Stellvertreter im BGB. liegt darin, daß Besitzdienerschaft auch dann besteht, wenn der, ohne daß der andere dies will, in dem unmittelbaren Gewaltverhältnisse zur Sache sich Befindende die Anweisungen des anderen in Beziehung auf die unter den Augen oder in den Räumen des bisherigen Besitzers verbleibende Sache zu befolgen bereit ist. b) Besitz aus § 855 entsteht nicht ohne den Willen des Besitzdieners, den Anweisungen des anderen in Beziehung auf die Sache Folge zu leisten. Es wird, ganz wie nach richtiger Ansicht im römischen Recht der Besitz durch einen Stellvertreter, beendigt, sobald der Besitzdiener den ernstlichen Entschluß manifestiert, dem anderen in Beziehung auf die Sache nicht mehr zu gehorchen. Der Besitzdienerwille ist, abgesehen von dem örtlichen Momente, das allein Wesentliche der Besitzdienerschaft. c) Die Besitzdienerschaft beruht entweder auf einem zwischen Besitzer und Besitzdiener bestehenden Abhängigkeitsverhältnis allgemeiner Natur oder auf momentaner Veranlassung. Ersterenfalls kommt es nur auf das tatsächliche, nicht auf das rechtliche Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses an.

Das tatsächliche Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses ergibt eine Vermutung für das Vorhandensein des Besitzdienerwillens, dem gegenüber der Beweis zulässig ist, daß der Besitzdiener den ernstlichen Willen kundgegeben habe, den Anweisungen des anderen in Beziehung auf die Sache nicht zu gehorchen. Wo kein allgemeines Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzer und Besitzdiener besteht, beruht die Besitzdienerschaft darauf, daß, wenn jemand eine Sache von einem anderen vorübergehend überlassen wird oder dieser sie einseitig an sich nimmt, um daran unter des anderen Augen oder in dessen Räumen Handlungen vorzunehmen, die Beteiligten regelmäßig des Willens sind, daß der andere die Gewalt über die Sache nicht aufgeben, der die Gewalt Erlangende diese nur vorbehaltlich jederzeitigen Eingriffs des anderen haben, also den Anweisungen des anderen in Beziehung auf die Sache Folge leisten will. Besitzdienerschaft tritt daher nicht ein, wenn trotz des Vorhandenseins der übrigen Voraussetzungen aus den Umständen folgt, daß jener Wille nicht vorhanden ist. d) Wenn die Besitzdienerschaft auf einem Abhängigkeitsverhältnis allgemeiner Natur beruht, erleidet die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses keine Änderung, falls die Ausübung des von vornherein auf Konsumtion unter den Augen oder in den Räumen des bisherigen Besitzers angelegten Verhältnisses ausnahmsweise und vorübergehend außerhalb dieser örtlichen Lage sich abspielt. Wo das allgemeine Abhängigkeitsverhältnis fehlt, erlischt der Besitz, sobald der Besitzdiener die Sache aus den Augen und den Räumen des Herrn verbringt. e) Ob ein Fall momentaner Besitzdienerschaft vorliegt, darüber entscheidet neben dem örtlichen Erfordernisse nur der Wille der Beteiligten, insbesondere des Besitzdieners. Dieser muß aus den Umständen geschlossen werden. Er kann vorhanden sein, trotzdem der Besitzdiener die Gewalt infolge eines Vertrags hat. Auch kommt es auf die Dauer des Verhältnisses nicht wesentlich an, noch darauf, ob der Besitzdiener ein Interesse an dem Gewaltverhältnisse hat, wenn er dieses Interesse dem anderen gegenüber nur nicht aktuell werden lassen will. Es ist in jedem einzelnen Falle durch Interpretation, wobei die Übung des Verkehrs zur Hand geht, festzustellen, ob der Besitzdienerwille vorhanden ist. Hierzu wird eine reichhaltige Kasuistik gegeben. Die Erfordernisse des Erwerbes und Verlustes des Besitzes aus § 855 werden unter Vergleichung der römischen Lehre vom Besitze durch Stellvertreter speziell besprochen.

II. **RG.** 16. 6. 08, JW. **08** 527. Besitzdiener im Sinne des § 855 kann auch derjenige sein, der vereinbartermaßen nur auf kurze oder unbestimmte Zeit eine Sache in seine tatsächliche Gewalt für einen anderen derart bringt, daß er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat.

§ 861. **RG. 68** 386 ff., JW. **08** 447. Der mittelbare Besitzer hat den Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz gegen seinen — des unmittelbaren Besitzers — Willen verloren hat (vgl. Planck, Note 1a zu § 869).

§ 862. 1. **RG.** 15. 11. 07, SeuffA. **63** 364, 25. 2. 08, JW. **08** 274. Eine Besitzstörung kann auch durch bloße Worte oder Drohungen verübt werden.

2. KGBl. **08** 107 (KG.) über Besitzstörung durch Anbringung von Geschäftsschildern.

§ 865. Besitz am Inhalt eines Stahlkammerschrankfachs (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** zu § 865). Gumbel, Stahlkammerfachvertrag, erörtert 22 ff. die Besitzfragen (vgl. oben zu § 535 Ziff. I 3a). Er nimmt zunächst gegen Wettstein (JDR. **2**) an, daß der Kunde unmittelbarer Besitzer des Faches und seines Inhalts ist. Den Besitz am Fache erlangt er mit dem Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrags, der Übergabe der Schlüssel und der Zuweisung eines bestimmten Faches (bestimmte Nummer). Gegen Heinrici, GruchotsBeitr. **44** 825 (JDR. **1** Ziff. 2), nimmt er aber an, daß Kunde und Bank gemeinschaftliche un-

mittelbare Besitzer sind. Die Bank gebe zwar dadurch, daß sie dem Kunden die Möglichkeit einräumt, das Fach zu benutzen, ihren Alleinbesitz auf, sie gebe aber dadurch, daß sie sich den Mitverschluß vorbehält, die Herrschaft nicht völlig aus der Hand.

§ 866. *H. Müller, Verträge der Post 84 ff. Der Mieter eines Postschließfachs erlangt durch Einlegung der Gegenstände — auch Postanweisungen, Paketadressen und Ablieferungsscheine zu Wert- und Einschreibbriefen — Besitz an ihnen; die Post hat Mitbesitz.

§ 868. 1. *Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. XVI, enthält eine rechtsphilosophische Einleitung in die Neuordnung des Besitzes durch Stellvertreter im BGB. (vgl. auch JDR. **6** Ziff. 1). Der kurze Inhalt ist folgender: Um des meist faktischen, aber auch rechtlichen Interesses willen, das die tatsächliche Gewalt über die Sache für die Person hat, wird sie, obgleich an sich ein bloß faktischer Zustand, vom Gesetze zu einem Rechtsverhältnis erhoben. Ist das tatsächliche Gewaltverhältnis der Person zu der Sache ohne das Recht auf den Besitz vorübergehend von einer Person auf eine andere gelangt, so dient das Gewaltverhältnis nicht immer bloß dem Interesse des Gewalthabers, sondern recht häufig auch dem des anderen, von dem der Gewalthaber seine Gewalt herleitet. Zuweilen steht auch überhaupt kein Interesse des Gewalthabers, wenigstens kein dem anderen gegenüber aktuelles, hinter dem Gewaltverhältnisse, sondern nur ein Interesse des anderen. In diesem letzteren Falle besteht ein mittelbares tatsächliches Gewaltverhältnis des anderen zu der Sache, an welches das Gesetz die Besitzrechte und -pflichten knüpfen kann und alsdann knüpfen muß, wenn das mittelbare Gewaltverhältnis dadurch, daß die Sache sich unter den Augen oder in Haus und Hof des anderen befindet und dieser folglich jederzeit zu ihr gelangen kann, zu einem dem unmittelbaren Gewaltverhältnisse völlig gleichwertigen wird — Besitzdienerschaft des § 855 —. Besteht ein aktuelles Interesse des Gewalthabers und daneben ein Interesse des anderen hinter dem Gewaltverhältnisse, so hat der andere auch mittelbar keine tatsächliche Gewalt über die Sache, und es ist daher nicht dieser, der faktisch nicht Besitzer ist, sondern der Gewalthaber als Besitzer anzuerkennen, während dem anderen zum Schutze seines Interesses nur gewisse Wirkungen des Besitzes des Gewalthabers, welche diesem entbehrlich sind, beigelegt — § 868 — und zur Erhaltung dieser Wirkungen Rechtsmittel, welche den Schutz des Besitzes des Gewalthabers bezwecken, eingeräumt werden können. Es wird weiter ausgeführt, wie sich diese Prinzipien speziell und kasuistisch gestalten.

2. Przibilla, JW. **08** 395 ff. (vgl. auch JDR. **5** Ziff. I). Wenn das Gesetz sagt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter usw.", so ist damit keineswegs gesagt, der Besitzmittler müsse nun auch objektiv in jeder Beziehung die Stellung, die Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers usw. haben. § 868 stellt damit vielmehr ein subjektives Erfordernis auf, das bereits beim Vorliegen eines putativen Rechtsverhältnisses gegeben ist. Es ist somit die objektive Gültigkeit des dem unmittelbaren Besitze zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht erforderlich, es genügt, daß der Mittler subjektiv als Nießbraucher, als Mieter besitzt. Dies gilt sowohl bei Anfechtbarkeit als auch bei Nichtigkeit des für den Besitz kausalen Rechtsverhältnisses. Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ist, daß jemand auf Grund eines von ihm anerkannten konkret bestimmten, durch Vertrag oder Gesetz begründeten Rechtsverhältnisses, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, eine Sache in unmittelbarem Besitze hat.

3. Strauß, Fundrecht 30 f. § 868 ist dahin auszulegen, daß als gemeinsames typisches Merkmal der vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle „die Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz auf Zeit" bezeichnet werden sollte. Die An-

vertrauung des Besitzes als ein weiteres Merkmal aufzustellen, hat der Gesetzgeber unterlassen. Das Kriter'um für das Besitzverhältnis des § 868 bildet daher lediglich die Frage, ob zwischen dem unmittelbaren Besitzer und einem anderen ein Rechtsverhältnis besteht, das den unmittelbaren Besitzer dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet (aM. Strohal, Sachbesitz 22 ff., Endemann 126 f., Staudinger Anm. I 2 und Planck [3] Anm. 2 b β zu § 868).

4. Gegen Thiesing, ABürgR. **20** 240 ff. (JDR. **1** Ziff. 2), jedoch in Übereinstimmung mit Pudor, JW. **05** 314 und Geißler, JW. **05** 521 f. (JDR. 4 Ziff. 1), bejaht Przibilla, JW. **08** 395 ff., die Frage, ob der Veräußerer einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache als mittelbarer Besitzer zu betrachten sei.

5. **RG.** 18. 9. 08, **69** 197. Der Verkäufer, der sich bei der Übergabe bis zur Tilgung der Kaufgeldschuld das Eigentum der verkauften Sache vorbehält, erlangt dadurch den mittelbaren Besitz an der Sache. So bereits **RG. 54** 396.

§ 869. **RG. 69** 197, JW. **08** 681, DJZ. **08** 1401. Durch § 869 ist dem mittelbaren Besitzer die volle Rechtsstellung der §§ 861, 862 eingeräumt worden, er hat auch das Recht zu der Einwendung aus Abs. 2 der §§ 861, 862 (vgl. auch oben zu § 861).

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die Erörterung über die Rechtsnatur der dinglichen Einigung ist nunmehr in den — man darf wohl sagen: wohlverdienten — Ruhestand getreten. Ob dieser jedoch von längerer Dauer sein wird oder nur als Ruhe vor dem Sturme aufzufassen ist, ist mehr als zweifelhaft. Dagegen hat der § 892 BGB. mit seinen zahlreichen, auch für die Praxis bedeutsamen Streitfragen in Sawitz einen guten Bearbeiter gefunden; s. dessen Selbstbericht zu § 892 Ziff. I 1. Der für das Rechtsleben wohl nicht sehr erhebliche, aber nicht wenige und recht feine wissenschaftliche Fragen zur Beantwortung stellende § 928 BGB. ist aus seinem Dornröschendasein geweckt worden; zwei umfangreiche Arbeiten — die eine von Bendix, die andere von Kranichfeld — haben ihm diesen Dienst erwiesen. — Im übrigen ist die Erkenntnis der Tragweite der allgemeinen Vorschriften des Grundstücksrechts durch die Rechtsprechung gefördert worden. Die für die Frage der Notwendigkeit der Auflassung entscheidende Auffassung über die sog. Anteilsanwachsung bei der oHG. ist auch im Berichtsjahre sowohl vom RG. wie vom KG. (s. zu § 925 Ziff. III 1 a b) behandelt worden, ohne daß der grundsätzliche Standpunkt verlassen worden wäre, den das RG. in seiner früheren Entscheidung (s. JDR. **6** zu § 925 Ziff. 6 a) eingenommen hat. Auch der Streit über den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Tätigkeit des Grundbuchrichters beschäftigt noch immer die Gerichte (s. zu § 878 Ziff. 2).

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Obernecks Reichsgrundbuchrecht ist in 4. Auflage erschienen. Im übrigen sind zusammenfassende Darstellungen des Liegenschaftsrechts ebensowenig wie neue Auflagen früher erschienener derartiger Werke zu verzeichnen. Von Einzelschriften ist auch hier das über das eigentliche Gebiet des § 892 BGB. stellenweise hinausgreifende Werk von Sawitz, Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. (Berlin 1908), zu nennen. S. auch die Literaturübersicht zu § 928 BGB.

§ 873. 1. Einigung. Vertrag zugunsten Dritter. Böhler, BadRpr. **08** 211. Wenn eine Kaufpreishypothek zugunsten eines Dritten, z. B. einer Sparkasse, bestellt ist, so ist sie nichtig, wenn der Dritte nicht die für ihn durch den Besteller abgeschlossene Einigung genehmigt. Denn es fehlt alsdann an der erforderlichen Einigung; die Einigung im Gewand eines Vertrags zugunsten Dritter ist nicht zulässig.

2. Rechte am eigenen Grundstücke. Predari, GruchotsBeitr. **52** 472. Es wird sich nicht bestreiten lassen, daß das BGB. nur ausnahmsweise die

Begründung eines Rechtes am eigenen Grundstücke zuläßt und daß für die Dienstbarkeit eine solche Ausnahme nicht besteht.

3. Die Vorschrift des Abs. 2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot § 21, führt gegen Simon aus: Die bindende Einigung bewirkt nicht eine Verfügungsbeschränkung, enthält nicht ein Veräußerungsverbot, sondern die Bindung schützt den Käufer nur gegen den Wegfall des erfüllten Erfordernisses der Einigung. Die Erfüllung des zweiten Erfordernisses, der Eintragung, zu sichern, ist nicht ihre Aufgabe (s. JDR. **2** zu § 873 Ziff. 8, **3** zu § 873 Ziff. III, **4** zu § 873 Ziff. III, **5** zu § 873 Ziff. II).

§ 874. R. **08** II 302 Ziff. 1802 (KG.). Bei der Eintragung einer Hypothek ist die Zulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in Ansehung des dinglichen Rechtes nach § 874 BGB., in Ansehung der Forderung nach § 1115 BGB. zu beurteilen.

§ 875. 1. **RG.** 27. 11. 07/15. 1. 08, R. **08** II 165 Ziff. 980. Hat ein Hypothekengläubiger einem Notar eine formgerechte Löschungsbewilligung mit der Weisung übersandt, sie dem Grundstückseigentümer nach Zahlung des Hypothekenkapitals auszuhändigen, hat der Notar sie aber vor Zahlung herausgegeben, so muß der Gläubiger die bewirkte Löschung der Hypothek gegen sich gelten lassen.

2. R. **08** II 234 Ziff. 1385, DJZ. **08** 370 (Rostock). § 875 BGB. ist auf das Erbpachtrecht unanwendbar (vgl. näheres unten zu Art. 63 EGBGB.).

§ 877. 1. Nachträgliche Eintragung der Goldklausel. *Mayer, BayRpflZ. **08** 199 ff., 216 ff., 262 ff. Zur nachträglichen Eintragung der Goldklausel zu einer Hypothek ist die Zustimmung der in der Zwischenzeit seit der Eintragung der Hypothek eingetragenen dinglich Berechtigten erforderlich, wenn sie diesen gegenüber wirksam sein soll. Ihre Entbehrlichkeit kann nicht aus § 1119 BGB. abgeleitet werden. Erkennt man der Goldklausel die Fähigkeit zu, einen „Rang" im technischen Sinne der dinglichen Berechtigungen zu haben (so Planck, BGB. § 1119 Bem. 1, § 877 Bem. 2 Abs. 2, Endemann, Lehrb. d. b. R. II § 117 4 b, OLG. **9** 313), so ist ihre nachträgliche Eintragung den Zwischenberechtigten gegenüber wirksam nicht schon durch die Eintragung im Gleichrange mit der Hypothek selbst — diese begründet nur den relativen Rang nach dem entsprechend anzuwendenden § 880 Abs. 5 —, sondern erst durch die Eintragung ausdrücklich im „Range vor" diesen Belastungen oder im „Range in der Ziff. X." der Hypothek selbst. Zu dieser Eintragung, nicht auch zu jener Gleichrangeintragung, ist die Zustimmung der Zwischenberechtigten erforderlich. Spricht man der Goldklausel die Rangfähigkeit ab, so ist sie den Zwischenberechtigten gegenüber wirksam schon mit der Eintragung überhaupt, und ist zu dieser Eintragung die Zustimmung der Zwischenberechtigten erforderlich. Die nachträgliche Eintragung der Goldklausel zu einer Hypothek hat für die in der Zwischenzeit seit der Eintragung der Hypothek eingetragenen Berechtigten die rechtliche Bedeutung, daß der Gläubiger der Hypothekforderung sich bei einer von ihm betriebenen Zwangsvollstreckung eine unter Außerachtlassung der Goldklausel erfolgende Zahlung seiner Forderung (samt Zinsen und Kosten, § 1118 BGB.) von einem seiner Hypothek nachstehenden dinglich Berechtigten nicht gefallen zu lassen braucht, wenn diesem gegenüber die Goldklausel wirksam ist.

2. Die Erhöhung des Hypothekenkapitals. HessRspr. **9** 6 (LG. Darmstadt). Die Erhöhung des Hypothekenkapitals stellt sich als keine in den Rahmen der Änderung eines bestehenden Rechtes fallende unselbständige Erweiterung der Hypothek, sondern als eine selbständige Neubelastung des Grundstücks dar, die nicht mit der früher eingetragenen Hypothek zu einer einheitlichen verschmolzen werden darf, wie das die Folge wäre, wenn es sich lediglich um eine Änderung des Inhalts eines Rechtes handelte. Dem praktischen Bedürfnisse

nach Vereinigung zweier Hypotheken zu einer einheitlichen ohne Löschung der bisherigen Hypothek und Neueintragung kommt § 66 GBO. entgegen, der für mehrere Hypotheken eines Gläubigers, die die nämlichen Grundstücke belasten und gleichen Rang haben oder im Range unmittelbar aufeinanderfolgen, auf Antrag mit Zustimmung des Eigentümers die Erteilung eines Hypothekenbriefs für die mehreren Hypotheken in der Weise zuläßt, daß der Brief die sämtlichen Hypotheken umfaßt.

3. Erhöhung des Zinssatzes. BadRpr. **08** 289 (LG. Karlsruhe). Wenngleich bei der ursprünglichen Eintragung der Hypothek eine künftige etwaige Erhöhung des niedrigeren Normalzinssatzes auf über fünf vom Hundert, „bis zu 6 v. H." vorbehalten wird, um eintretendenfalls eine solche Erhöhung im Range der Hypothek ohne die Zustimmung der Nachhypothekare eintragen lassen zu können, so wird dadurch die nach §§ 877 und 873 neben der Einigung zur dinglichen Wirksamkeit erforderliche Eintragung der tatsächlich erfolgten Änderung, d. h. der Erweiterung der Hypothek für einen höheren Zinssatz, als den eingetragenen von 4 v. H., nicht entbehrlich gemacht.

4. Rangänderung. a) BayRpflZ. **08** 313, ZBlFG. **9** 187 (BayObLG. 19. 6. 08). Die Rangänderung zwischen Sicherungshypotheken ist eine Änderung des Inhalts der zurücktretenden Hypothek oder der beiden Hypotheken und kann als solche nach den §§ 873, 877 BGB. durch Einigung des Eigentümers und des Gläubigers und Eintragung in das Grundbuch bewirkt werden. Sollten andere Rechte inmitten stehen, so könnte mit dieser Änderung des Inhalts der einen Hypothek die Änderung des Inhalts der anderen Hypothek dahin verbunden werden, daß sie das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück insoweit gewährt, als die Befriedigung unbeschadet der Rechte der anderen Beteiligten geschehen kann. Eine solche Änderung des Inhalts der Hypotheken ist durch den § 880 nicht ausgeschlossen. Der § 880 trifft Bestimmung über die unmittelbare Änderung des Rangverhältnisses, die er als eine Angelegenheit der Inhaber der beteiligten Rechte behandelt; die Änderung des Inhalts der Hypotheken durch Zusammenwirken des Eigentümers und des Gläubigers führt mittelbar zu dem nämlichen Ergebnisse. **b)** Boehm, R. **08** 740, bekämpft die JDR. **6** zu § 877 Ziff. 1 a angeführte Entsch. des KG. insoweit, als diese den Rang einer Hypothek zu deren Inhalt rechnet. **c)** Die Entsch. des KG., JDR. **6** zu § 877 Ziff. 1 a, auch RJA. **9** 51.

§ 878. 1. OLG. **17** 352 (Celle). Ist die Eintragung einer Hypothek beim Grundbuchrichter beantragt, so geht sie, wenn vor der Eintragung die Zwangsversteigerung eingeleitet wird, dem Versteigerungsgläubiger vor.

2. LeipzZ. **08** 95 (LG. Leipzig). Bezüglich der Konkursmasse ist der Verwalter ausschließlich verfügungsberechtigt, er allein ist dem Grundbuchamte gegenüber zu Verfügungen legitimiert. Aus § 7 KO. folgt nur, daß, wenn der Gemeinschuldner tatsächlich die Verfügungsmöglichkeit hat und davon Gebrauch macht, daraus rechtlich zwischen ihm und seinem Kontrahenten Wirkungen entstehen können. Nicht aber folgt daraus, daß, weil solche entstehen können, dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter nebeneinander ein Verfügungsrecht zukommt in subjektiver Begrenzung derart, daß die Verfügungen des Gemeinschuldners gegenüber Dritten, die des Konkursverwalters gegenüber den Konkursgläubigern wirken und für diese verschiedenen Personengebiete gleichberechtigt bestehen. Ein solches System wäre ein System der Rechtsverwirrung (vgl. JDR. **1** zu § 878 Ziff. 2, **4** zu § 878 Ziff. 1, 2, **5** zu § 878 Ziff. 1, 2, **6** zu § 878 Ziff. 1).

§ 880. 1. Fälle der Rangänderung. **a)** **RG.** 2. 10. 08, **69** 326, R. **08** II 591 Ziff. 3267, ZBlFG. **9** 234 Ziff. 337. Der Vorrang vor einer im Grundbuche bereits eingetragenen Post kann auch für eine erst noch einzutragende Post eingeräumt werden. Die Fassung des § 880, wo von einer nachträglichen Änderung des Rangverhältnisses die Rede ist, steht nicht ent-

gegen. Allerdings tritt die nachträgliche Änderung des Ranges der zurücktretenden Post erst in Wirksamkeit, wenn die Post, für die der Vorrang eingeräumt worden ist, durch Eintragung entsteht (s. JDR. **6** zu § 880 Ziff. 4b). **b)** BayNotZ. **08** 60, R. **08** II 495 Ziff. 2824, ZBlFG. **9** 187, SeuffBl. **08** 941 (BayObLG. 19. 6. 08). Zum Rangtausche zwischen Hypotheken desselben Gläubigers genügt die Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner oder die Zustimmung des Eigentümers zu der einseitigen Erklärung des Berechtigten. Die Meinung, ein solcher Rangtausch sei nicht möglich, weil auch eine Einigung zwischen dem vortretenden und dem zurücktretenden Gläubiger nötig, diese aber mangels Verschiedenheit der Personen unmöglich sei, widerspricht der herrschenden Meinung (s. JDR. **1** zu § 880 Ziff. 2, **5** zu § 880 Ziff. 4). **c)** Herold, SächsRpflA. **08** 253. Tritt eine Hypothek gleichzeitig vor mehreren anderen zurück, so räumt sie an sich diesen ihren Rang nach Verhältnis der Forderungsbeträge gleichartig ein. Soll dies, wie wohl meist der Fall, so ausgeschlossen werden, daß der Vorrang den vortretenden Hypotheken gemäß des zwischen ihnen bestehenden Ranges eingeräumt werden soll, so muß dies sowohl in den Eintragungsunterlagen, als auch in der Eintragung selbst zum Ausdrucke kommen. Räumen dagegen mehrere Hypotheken gleichzeitig einer anderen den Vorrang ein, so erlangt diese eben vor jeder der zurücktretenden den Vorrang, ohne daß dies Einfluß auf den Rang jener Hypotheken untereinander haben kann (s. JDR. **3** zu § 880 Ziff. 3a—c, **5** zu § 880 Ziff. 5b, **6** zu § 880 Ziff. 1a—c).

2. Voraussetzungen der Rangänderung. OLG. **17** 151 (KG. 27. 6. 07). Allerdings ist nach § 880 Abs. 2 zur Änderung des Rangverhältnisses unter mehreren Rechten außer der Eintragung in das Grundbuch die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten erforderlich. Von dem formellen Grundbuchrechte wird indessen zur Erleichterung des Grundstücksverkehrs von dem Nachweise der Einigung in der Regel abgesehen und als Grundlage für die Eintragung der Rechtsänderung die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, für genügend erklärt. Speziell zur Eintragung einer Vorrechtseinräumung ist die Bewilligung des zurücktretenden Berechtigten genügend; nur bei zurücktretenden Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden wird nach Satz 2 außerdem noch die Zustimmung des Eigentümers verlangt.

3. Wirkung der Rangänderung. **RG.** 24. 10. 06, GruchotsBeitr. **52** 1055. Das RG. hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß für den dinglichen Umfang einer bewilligten Vorrechtseinräumung die Willensmeinung der Parteien auch dann als maßgebend angesehen werden muß, wenn der Inhalt der Einigung in der Grundbucheintragung nicht vollständig zum Ausdrucke gelangt ist (**RG.** V. **59** 313). In solchem Falle ist die Vorrechtseinräumung durch ihre Eintragung im Grundbuche nur in dem Umfange dinglich wirksam geworden, als die ihr zugrunde liegende Einigung nach dem wirklichen Willen des das Vorrecht Einräumenden reicht.

§ 881. 1. Rangvorbehalt. **a)** OLG. **17** 342 (Breslau). Erst wenn der Grundstückseigentümer von seiner höchstpersönlichen Befugnis Gebrauch gemacht und das dem Umfange nach bestimmte Recht mit dem Range vor dem Rechte, welches zurücktreten soll, zur Entstehung gebracht hat, ist ein der Pfändung unterworfenes Recht vorhanden. Solange das aber nicht geschehen ist, folgt aus der Rechtsnatur des Rangvorbehalts, daß ein für sich allein übertragbares und als solches pfändbares Recht noch gar nicht besteht. **b)** R. **08** II 165 Ziff. 981 (BayObLG. 31. 1. 08). Wenn auch der Rangvorbehalt gegenüber einer Vollstreckungshypothek nicht wirkt, so ist der Gläubiger einer solchen Hypothek doch nicht befugt, in den vorbehaltenen Rang selbst einzudringen. Das Rangeinräumungsrecht des Eigentümers unterliegt auch nicht der Pfändung (s. JDR. **6** zu § 881 Ziff. 2 a, b).

2. *Grabner, ZBlFG. 9 90, 91. Einem Rangvorbehalt ähnlich wirkt ein durch einstweilige Verfügung an den Grundstückseigentümer erlassenes, im Grundbuch eingetragenes Veräußerungsverbot, zur Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek über die nächst freie Hypothekenstelle zu verfügen (s. oben Ziff. 1 zu § 136). Der Eintrag gehört in die dritte Abteilung.

§ 883. I. Wesen der Vormerkung. 1. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 115 ff. Die Vormerkung ist eine Rechtslage, aus der unter bestimmten Voraussetzungen dem durch sie Gesicherten dingliche Rechte entstehen. In analoger Anwendung des § 892 greift auch zugunsten des Erwerbers des durch Vormerkung gesicherten Rechtes die publica fides Platz, und die Vormerkung bildet dann auch Objekt der publica fides, aber nicht der durch sie gesicherte obligatorische Anspruch.

2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot § 20, erörtert das Verhältnis zwischen diesem und der Vormerkung. Die Vormerkung hindert die Ersitzung nicht (197). Vgl. oben zu § 135.

II. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. Vormerkung eines Anfechtungsanspruchs. **RG.** 5. 11. 08, **67** 39. Die Sicherung des Rückgewähranspruchs des anfechtenden Gläubigers kann nicht durch Vormerkung oder Widerspruch, sondern nur dadurch erfolgen, daß nach § 938 Abs. 2 ZPO. durch einstweilige Verfügung die Veräußerung des Grundstücks verboten und daraufhin eine Verfügungsbeschränkung eingetragen wird (s. JDR. **3** § 883 Ziff. 10, **4** zu § 883 Ziff. 4 a, **5** zu § 883 Ziff. 2 c, **6** zu § 883 Ziff. 2 c).

2. Vormerkung eines Wiederkaufsrechts. a) **RG.** 17. 10. 08, **69** 281, R. **08** II 663 Ziff. 3612, JW. **08** 717. Da schon durch die Einräumung eines Wiederkaufrechts ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichtetes bedingtes Rechtsverhältnis zwischen den Vertragschließenden entsteht, kraft dessen bei Eintritt der Bedingung der Berechtigte die Eigentumsrückgewähr verlangen darf, so kann die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des aus einem Wiederkaufsrechte hergeleiteten Anspruchs auf Rückauflassung des veräußerten Grundstücks bereits erfolgen, bevor noch der Berechtigte die Erklärung, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, abgegeben hat. Hieraus ergibt sich aber, daß bei Ausübung des vorgemerkten Wiederkaufsrechts zwischenzeitlich eingetragene Hypotheken dem Wiederkaufsberechtigten gegenüber rechtsunwirksam sind. b) **RG.** 15. 6. 08, ZBlFG. **9** 332 Ziff. 322, DJZ. **08** 1172. Ein Wiederkaufsrecht kann durch Vertrag gemäß § 328 BGB. zugunsten einer anderen Person als des Verkäufers bedungen werden, auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks. Der durch Ausübung des Wiederkaufsrechts nach §§ 497, 433 BGB. entstehende Auflassungsanspruch kann schon vor Ausübung des Wiederkaufsrechts als künftiger Anspruch vorgemerkt werden (s. auch JDR. **2** zu § 883 Ziff. 4 b, **3** zu § 883 Ziff. 11, **4** zu § 883 Ziff. 6, **5** zu § 883 Ziff. 3, **6** zu § 883 Ziff. 2 c).

3. Vormerkung eines persönlichen Vorkaufsrechts. **RG.** 5. 11. 07, **67** 48. Die Sicherung des persönlichen Vorkaufsrechts durch Vormerkung ist zulässig, weil schon durch die Einräumung dieses Rechtes die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründet wird.

4. Vormerkung eines Ankaufsrechts. Böhler, BadNotZ. **08** 165. Eine Vormerkung ist zulässig zur Sicherung des aus dem sog. Ankaufsrecht entstehenden Anspruchs.

5. Vormerkung einer Unterhaltsforderung. **RG.** 2. 11. 08, R. **08** II 664 Ziff. 3613. Wegen einer Unterhaltsforderung kann nicht eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Sicherungshypothek in die Grundstücke des Schuldners angeordnet werden.

6. Vormerkung gegenüber dem Nacherben. Heine, R. **08** 708 f. Derjenige, welchem die Rechte eines allein zum Nacherben Berufenen durch Rechtsgeschäft übertragen oder für den sie im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet sind, kann, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören, eine Sicherstellung gegen benachteiligende Verfügungen des Nacherben durch eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung der Grundstücke, oder auf Übertragung sonstiger zum Nachlasse gehörender Rechte an Grundstücken erlangen, sofern nur das Recht des Nacherben im Grundbuche zur Eintragung gelangt ist.

7. Vormerkung von Rechten an Grundstücksanteilen. RheinARV. **26** 60, ZBlFG. **9** 115 Ziff. 122 (LG. Crefeld). Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche zur Erhaltung des Rechtes auf Einräumung von Hypotheken an unabgeteilten Anteilen von Gesamteigentümern ist unzulässig.

8. Vormerkung zwecks Rückgewähr eines Erbbaurechts. Schefold, DJZ. **08** 171 ff. Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf dereinstige Rückgewähr des Erbbaurechts ist vormerkungsfähig, aber er kann doch nur gegen den ersten Inhaber des Erbbaurechts oder seine Erben geltend gemacht werden. Seine Wirksamkeit gegen die Einzelnachfolger des ersten Inhabers kann dadurch verwirklicht werden, daß dem ersten Erwerber und jedem nachfolgenden die Verpflichtung auferlegt wird, seinem Nachfolger die Verpflichtung zur Rückgewähr des Erbbaurechts aufzuerlegen, insbes. wenn die Bestimmung hinzugefügt wird, daß im Falle der Versäumung dieser Obliegenheit der Anspruch auf Rückgewähr des Erbbaurechts fällig sein soll.

9. WürttRpflZ. **09** 13 (Stuttgart). Der Antrag einer (im Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. lebenden) Ehefrau, durch einstweilige Verfügung für das eingebrachte Gut auf den zum Gesamtgute gehörigen Grundstücken eine Sicherungshypothek vorzumerken, ist zulässig. S. unten Ziff. III 2 a.

III. Vormerkung für bedingte und künftige Ansprüche. 1. *Bendix, SeuffBl. **73** 271. Auch einem künftigen oder bedingten Anspruche kann zwar die Sicherung durch Vormerkung zuteil werden. Aber die Rechtsänderung, auf die der Anspruch abzielt, kann nur ein bereits bestehendes Immobiliarrecht betreffen. Die Berufung auf die Sondervorschrift des § 1179 für die bekämpfte Ansicht ist verfehlt. Daß man die Aufnahme dieser Bestimmung für notwendig erachtete, beweist gerade, daß die künftige Eigentümerhypothek nicht schlechthin, sondern nur in jenem besonderen Falle, der ihre Beseitigung, nicht aber ihren Fortbestand bezweckt und voraussetzt, den Gegenstand der Vormerkung bilden sollte. Es kommt noch hinzu, daß in der Bewilligung der Vormerkung eine Verfügung liegt, was das KG. allerdings in Abrede stellt, und solche Verfügung kann dem Grundstückseigentümer, der nur die Aussicht auf künftigen möglichen Erwerb einer Eigentümerhypothek hat, nicht zugestanden werden (s. auch JDR. **5** zu § 883 Ziff. 7, **6** zu § 883 Ziff. 3).

2. a) ElsLothJZ. **08** 202 (Colmar). Der Gläubiger einer Geldforderung hat keinen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek, auch nicht einen künftigen, d. h. einen durch einen Anfangstermin betagten (Fuchs Bem. 3 a zu § 883 BGB.). Selbst der Vollstreckungsgläubiger, dem durch die §§ 866 und 932 ZPO. ein Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek gegeben ist, hat, da hier lediglich eine Vollstreckungsmaßregel in Frage steht, keinen obligatorischen Anspruch im Sinne des § 883 BGB. und kann daher die Eintragung einer Vormerkung nicht beanspruchen. S. aber oben Ziff. II 9. **b**) BayNotZ. **08** 39, 40, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 189 (LG. Zweibrücken). Eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung eines geschenkten Grundstücks für den Fall, daß der Beschenkte vor dem Schenker stirbt (retour conventional

des französischen Rechtes, C. c. Art. 951), ist zulässig. Denn der Beschenkte erleidet durch den Vertrag eine obligatorische Beschränkung hinsichtlich seines Eigentums, da er sich obligatorisch eines Teiles der Vollbefugnisse des § 903 BGB., nämlich des Rechtes begeben hat, über das Grundstück, sei es durch Verfügung unter Lebenden, sei es durch Verfügung von Todes wegen unter Verletzung des Rückgewähranspruchs des Schenkers zu verfügen. Der Umstand, daß dieser Anspruch des Schenkers noch über die Lebenszeit des eingetragenen Beschenkten fortwirkt und auf seine Erben übergeht, ändert nichts an der bereits vorher für den eingetragenen Beschenkten wirksam gewordene — obligatorische — Verfügungsbeschränkung. c) SächsRpflA. **08** 118 (LG. Freiberg). Vormerkung zur Sicherung eines vertragsmäßigen bedingten Anspruchs auf Rückübereignung ist zulässig.

IV. Bewilligung der Vormerkung. ZBlFG. **9** 332 Ziff. 323, RheinNotZ. **08** 268 (KG. 2. 5. 07). Bestimmte Worte sind für die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung nicht vorgeschrieben; ist der Sinn der Bewilligung klar, so ist der Wortlaut der Eintragung vom Grundbuchrichter festzustellen. Ist daher in einem Kaufvertrag über ein Grundstück für den Verkäufer ein Rücktrittsrecht vereinbart und dessen Eintragung vom Käufer bewilligt, so muß die Eintragung einer Vormerkung des Anspruchs auf Rückauflassung als bewilligt gelten, falls nicht ein abweichender Wille der Beteiligten bestimmt erkennbar ist.

V. Umschreibung der Vormerkung. ZBlFG. **9** 336 Ziff. 348, SeuffBl. **08** 836 (KG. 30. 3. 08). Die zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragene Vormerkung kann nur auf Grund der Bewilligung des Eigentümers oder eines diesen zur Abgabe der Bewilligung verurteilenden rechtskräftigen Urteils, nicht aber auf Grund eines den Eigentümer zur Zahlung der Schuld verurteilenden Urteils in eine Sicherungshypothek umgeschrieben werden (s. auch JDR. **4** zu § 883 Ziff. 2, **6** zu § 883 Ziff. 4).

VI. Die Bauhandwerkervormerkung. 1. KGJ. **35** A 314 (KG. 19. 9. 07). Die Pfändung einer Bauhandwerkerforderung ergreift auch die zur Erhaltung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragene Vormerkung und ist im Wege der Grundbuchberichtigung im Grundbuche zu vermerken. Die Eintragung ist auch zulässig, wenn die Pfändung für eine den Betrag von 300 M. nicht übersteigende Forderung erfolgt ist.

2. ZBlFG. **9** 168 Ziff. 204, R. **08** II Ziff. 2553 (KG. 2. 3. 08). Ist in einem Vertrag über die Bebauung mehrerer selbständiger Grundstücke die Vergütung einheitlich für die gesamten Bauarbeiten vereinbart, so kann der Unternehmer die Einräumung einer Gesamtsicherungshypothek an den bebauten Grundstücken verlangen. Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs kann im Wege der einstweiligen Verfügung bei den sämtlichen bebauten Grundstücken angeordnet werden.

§ 885. R. **08** II 495 Ziff. 2825, SeuffA. **63** 62 (Königsberg). Die einstweilige Verfügung einer Vormerkung nach § 885 BGB. erfordert keine besondere Gefährdung.

§ 888. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 58. § 888 Abs. 2 ist analog anzuwenden, wenn das Veräußerungsverbot den Anspruch auf Übereignung einer Mobilie schützt.

§ 890. S. die Bemerkungen zu § 5 GBO.

§ 891. *Lübkemann, ZBlFG. **8** 491 ff. Die Vermutung aus § 891 BGB. ist nicht unwiderleglich (vgl. unten zu § 1138 Ziff. 3).

§ 892. I. Inhalt des Grundbuchs. 1. Im allgemeinen. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. Inhalt des Grundbuchs

ist prima facie alles, was in einem gültigen (26 ff.) Grundbuch in gesetzlich zulässiger Weise eingetragen ist. Also nicht inhaltlich unzulässige Eintragungen und nicht Eintragungen, die unter Verletzung von Formvorschriften erfolgt sind, sofern diese Vorschriften Mußvorschriften sind, auch nicht gefälschte, d. h. von Unzuständigen vorgenommene Eintragungen (42 ff.). Die §§ 894, 899 BGB. vermögen nicht den Ausschnitt anzugeben, der nach § 892 Grundbuchinhalt bildet, da diese Paragraphen nur sekundäre Funktion haben, d. h. erst Platz greifen, wenn etwas nach § 892 Grundbuchinhalt und damit Objekt der publica fides ist; sie haben, wenn die Untersuchung ergibt, daß etwas Inhalt des Grundbuchs bildet, das durch den Wortlaut der §§ 894, 899 nicht gedeckt ist, analoge Anwendung zu finden. Analog wendet sie auch schon die herrschende Lehre im Falle des § 1189 BGB. an. Ausnahmen vom Prinzipe bedürfen gesonderter Untersuchung. Solche Untersuchung ergibt, daß die in der Beschreibung (Bestandsverzeichnis ꝛc.) des Grundbuchs enthaltenen tatsächlichen Angaben, soweit sie das Grundstück individualisieren (Bestandsangaben), Grundbuchinhalt bilden, nicht dagegen die Qualitätsangaben, Nachrichten über das Zubehör und rechtliche Eigenschaften des Grundstücks; wohl aber wiederum die Angaben über die subjektiv dinglichen Rechte, aber nur, sofern sie auch im Grundbuche des belasteten Grundstücks eingetragen sind (47—81). Von Grundstücksrechten bilden Grundbuchinhalt alle die, die der Eintragung bedürfen, um zur Entstehung zu gelangen, ferner die, die der Eintragung zwar nicht zur Entstehung, wohl aber zur Wirksamkeit gutgläubigen Dritten gegenüber bedürfen — hierzu rechnen auch die Fälle der §§ 1075, 1287, 1154 Abs. 1 BGB., § 848 ZPO. —, endlich die eintragungsfähigen, aber in keiner Weise eintragungsbedürftigen Rechte (Servituten nach Art. 187 EGBGB., Reallasten nach Art. 114 daselbst, Pfandrechte nach Art. 118 daselbst u. a.). Zwar entfällt bei den letztgenannten die negative Seite der publica fides, die positive aber bleibt bestehen. Ausgeschlossen vom Grundbuchinhalte sind dagegen die Rechte, deren Eintragung unzulässig ist (wie Vorkaufsrecht der Miterben, Notwegs- und Überbaurente, öffentliche Lasten, Nachbarrechte (81—103). Von den Verfügungsbeschränkungen sind unfähig, Grundbuchinhalt zu werden, die im öffentlichen Interesse begründeten (Verkehrsunfähigkeit einer Sache, Mangel der Geschäftsfähigkeit, Beschränkungen der Ehefrau im gesetzlichen Güterstande, bestimmte strafrechtliche Vermögensbeschlagnahmen, landesrechtliche Beschränkungen nach Artt. 115, 117, 119 EGBGB.); es bilden Grundbuchinhalt die relativen, mögen sie auf Gesetz oder Anordnung eines Gerichts oder sonstigen Behörde beruhen, nicht aber die rechtsgeschäftlichen. Wohl aber dürfen im Grundbuch aufgenommen werden und bilden, eingetragen, Grundbuchinhalt die Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung zu einem Rechtsgeschäft über Grundstücksrechte, vertragliche Ausschließung der Verfügung über Grundstücksrechte nach §§ 399, 413 BGB., die Rechtshängigkeit, aber nicht, weil es sich hier um Verfügungsbeschränkungen handelt, sondern um eigentümliche Modifizierungen des Inhalts von Grundstücksrechten (§ 873). Endlich zählt auch die Vormerkung (als Rechtslage!) und der Widerspruch zum Grundbuchinhalte (103—120).

2. Die sog. tatsächlichen Angaben. a) BadRpr. 08 107 (Karlsruhe). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nur auf die Rechtsverhältnisse, nicht auf die bloß tatsächlichen Angaben. Zu den tatsächlichen Angaben gehört aber auch die Größe des Grundstücks. Niemand kann sich darauf verlassen, daß ein Grundstück das im Grundbuch angegebene Maß mißt (Helbling, BadGBDW. § 356 Note e). Hierüber kann im allgemeinen kein Zweifel herrschen. Zweifelhaft ist nur, ob der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf derartige tatsächliche Angaben dann erstreckt, wenn diese dazu dienen, das Grund-

stück zu individualisieren. **b)** SeuffBl. **08** 239 (BayObLG.). Der öffentliche Glaube erstreckt sich nicht auf das Vorhandensein des Grundstücks und ebensowenig auf das Vorhandensein eines Rechtes, das im Titel als Bestandteil des Grundstücks im Sinne des § 96 BGB. bezeichnet ist. **c)** ZBlFG. **9** 331 Ziff. 316, HessRspr. **9** 82 (LG. Mainz). Beruht das im Grundbuch unrichtig angegebene Flächenmaß eines Grundstücks darauf, daß ein zu einem anderen Grundstücke gehöriger Geländestreifen zu jenem vermessen worden ist, so liegt eine dem § 892 BGB. unterfallende Unrichtigkeit vor, und es kann gemäß § 899 BGB. ein Widerspruch eingetragen werden. Es handelt sich nicht nur um tatsächliche Unrichtigkeit. **d)** HessRspr. **9** 150 (LG. Mainz). Öffentlicher Glauben des Grundbuchs in Ansehung des Flächeninhalts des Grundstücks. **e)** Consbruch, R. **08** 765: Die Angaben über den Umfang des Grundstücks betreffen die Rechtsverhältnisse und nicht die tatsächlichen Angaben. S. dazu Schneider, R. **08** 874, der eine Ausgleichung zwischen Grundbuch und Wirklichkeit durch eine örtliche Besitzaufsicht, wie sie früher in Nassau durch die Feldgerichte geübt wurde, befürwortet. **f)** S. auch oben Ziff. 1 u. JDR. **1** zu § 892 Ziff. 4, **2** zu § 892 Ziff. 1, **3** zu § 892 Ziff. 2, **4** zu § 892 Ziff. 1, **5** zu § 892 Ziff. I 1, **6** zu § 892 Ziff. I 1.

3. Die Doppelbuchung. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 35 ff. Bei Doppelbuchung eines Grundstücks sind beide Grundbücher gültig und fähig, daß ihr Inhalt der publica fides unterliegt. § 39 GBO. spricht nicht dagegen, die ratio des § 892 erfordert diese Lösung (Verkehrssicherheit!), die praktische Durchführung ist möglich und nicht unerquicklicher als bei einer anderen der aufgestellten Lösungen. Dagegen Güthe, R. **08** 334.

II. Grenzen des öffentlichen Glaubens. 1. **RG.** 25. 2. 08, **68** 152, R. **08** II 331 Ziff. 1972. § 892 beruht keineswegs auf dem allgemeinen Grundsatze, daß der gute Glaube bei Abschluß der auf Rechtserwerb gerichteten Geschäfte stets zu schützen sei. Der gute Glaube heilt vielmehr dem Rechtserwerb anhaftende Mängel nur in den Fällen, die besonders im Gesetze bezeichnet sind. Der § 892 BGB. insbesondere bestimmt, daß bei Gutgläubigkeit des Erwerbers der Erwerb eines eingetragenen Rechtes sich trotz der Unrichtigkeit des Grundbuchs rechtsgültig vollzieht. Über die „Anfechtung" von Rechtsgeschäften, die ihrem Begriffe nach nur gegen an sich rechtsgültige Geschäfte gerichtet werden darf, ist im § 892 BGB. nichts bestimmt. Die Frage, ob der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch die Nichtkenntnis einer Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags dartun könne, ist schon deshalb zu verneinen, weil das Grundbuch zur Kundmachung dieser Tatsachen nicht bestimmt ist und sie aus ihm nicht ersichtlich sind. Daher steht die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 § 892, wonach bei dem Erwerb eines eingetragenen Rechtes für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung maßgebend ist, dem Anfechtungsbeklagten als solchem nicht zur Seite.

2. **RG.** 14. 10. 08, **69**, 263, R. **08** II 700 Ziff. 3800, JW. **08** 710. Der Schutz des Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf Mängel des zum Erwerbe der Hypothek erforderlichen Übertragungsgeschäfts, insbesondere nicht auf die Geschäftsunfähigkeit der eingetragenen Hypothekengläubigerin. Wohl aber umfaßt der öffentliche Glaube die Rechtsbeständigkeit der Hypothekeintragung, so daß der gutgläubige Erwerber die Hypothek auch dann als eine rechtsgültig begründete erwirbt, wenn die Hypothek von vornherein nicht rechtswirksam bestellt worden ist.

3. **RG.** 27. 5. 08, R. **08** II 467 Ziff. 2670, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 188. Der im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs gemachte Eigentumserwerb wird nicht dadurch wieder rückgängig, daß der Erwerber später Erbe des veräußernden Nichteigentümers geworden ist.

4. *Bendix, SeuffBl. 73 272. Der Gläubiger, für den zwischen der unrechtmäßigen Löschung einer Hypothek und ihrer Wiedereintragung im Wege der Berichtigung eine Vormerkung auf Grund des § 648 BGB. eingetragen ist, kann sich auf seinen guten Glauben nicht berufen. Das nimmt das KG., KGJ. **33** A 277, an und zwar mit Recht, weil die Vormerkung ein dingliches Recht weder in bedingter noch unbedingter Weise schafft, so daß der § 892 BGB. schon deshalb keine Anwendung findet; ist die Vormerkung und Vollziehung einer einstweiligen Verfügung eingetragen, so liegt nicht einmal ein rechtsgeschäftlicher Erwerb vor, wie ihn die §§ 892, 893 voraussetzen.

III. Abs. 1 Satz 2. Verfügungsbeschränkungen. 1. Herold, SächsRpflA. **08** 209. § 892 Abs. 1 BGB. faßt unter „die Verfügungsbeschränkung zugunsten einer bestimmten Person" zusammen: a) Das Veräußerungsverbot im Sinne von §§ 135, 136 BGB.: Die Verfügungsmacht des Berechtigten besteht weiter, aber er darf von ihr nicht Gebrauch machen, darf nicht verfügen. b) Die Beschränkung in der Verfügungsmacht, die durch Konkurseröffnung, Nachlaßverwaltung, Vorerbschaftsverwaltung oder Testamentsvollstreckung eintritt: dem Berechtigten wird die Fähigkeit zu verfügen ganz oder teilweise entzogen, er kann deshalb nicht mehr verfügen. c) Die Beschränkung im Rechte durch auflösende Bedingung oder Befristung: der Berechtigte darf und kann verfügen, aber sein Recht leidet an einem Mangel, es endet mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermins, und es wird die Verfügung des Berechtigten deshalb insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung oder Befristung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. — Diese ihrer rechtlichen Natur nach sonst so verschiedenen Beschränkungen haben nun doch zweierlei miteinander gemein. Einmal nämlich können ihnen entgegen vorgenommene Verfügungen durch Genehmigung gemäß §§ 184, 185 BGB. konvaleszieren. Dann aber ist ihnen gemeinsam, daß ihnen gegenüber die Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Gerade dies hat sie eben auch gleichartig schutzbedürftig gegen den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gemacht und zu ihrer Zusammenfassung im § 892 BGB., sowie dazu geführt, daß sie ins Grundbuch gehören, ihre Nichteintragung das Grundbuch unrichtig erscheinen läßt und ihre Eintragung im Wege der Grundbuchberichtigung herbeigeführt werden kann (vgl. **RG. 61** 228 ff., insbes. 232). — Die Eintragung dieser Beschränkungen erzeugt nicht etwa erst ihre Rechtswirksamkeit, sondern verhindert nur, daß sie infolge des Rechtserwerbes gutgläubiger Dritter untergehen, die ihnen zustehende Wirkung erhält sich, durch die Eintragung geschützt, weiter, richtet sich aber sonst völlig nach der besonderen rechtlichen Natur der Beschränkung.

2. *du Chesne, PosMSchr. **08** 22 ff. Ist eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen, so wird durch die Öffentlichkeit des Grundbuchs unmittelbar der gute Glaube des Erwerbers des betroffenen Rechtes an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers außerhalb des Buches zerstört und so mittelbar der öffentliche Glaube der Eintragung über das den Gegenstand der Verfügung bildende Recht wirkungslos gemacht.

3. Einzelne Fälle. a) OLG. **17** 31 (Colmar). Der Miet- und Pachtvertrag begründet, auch wenn er gegen Dritte Wirkung hat, keine Verfügungsbeschränkung für den Eigentümer. Dessen Verfügungen über das Miet- oder Pachtgrundstück sind auch dem Mieter oder Pächter gegenüber wirksam; nur muß der Dritte, zu dessen Gunsten er verfügt hat, in der Ausübung seines Rechtes die aus dem Miet- oder Pachtvertrage sich ergebenden Beschränkungen sich gefallen lassen. Es ist hiernach nicht zulässig, auf Grund des angemeldeten Pachtvertrags eine Verfügungsbeschränkung einzutragen. b) R. **08** II 302 Ziff. 1803 (KG. 19. 12. 07). Die Bestimmung der Satzung eines ritterschaftlichen Kreditvereins, daß

der Eigentümer bis zur völligen Tilgung aller auf seinem Grundstück eingetragenen Mitgliederdarlehn nicht über die Hypothek verfügen dürfe, ist keine Verfügungsbeschränkung, sondern — soweit sie dinglichen Inhalt haben und wirksam sein sollte — eine Änderung des Inhalts der Hypothek. c) R. **08** II 398 Ziff. 2335. (BayObLG.). Betrifft die Enteignung lediglich ein auf dem Grundbesitz des Enteignungsberechtigten lastendes Recht, so wird die Verfügungsbeschränkung an und für sich nur auf dem Grundbuchblatte für dieses, nicht aber auf demjenigen für das herrschende Grundstück eingetragen. Erfolgt auf dem zweiten Blatte gleichwohl gemäß § 8 Abs. 1 GBO. ein Vermerk, so genießt er nicht öffentlichen Glauben und hindert jedenfalls nicht die Veräußerung des herrschenden Grundstücks samt dem als dessen Bestandteil (§ 96 BGB.) geltenden Rechte.

IV. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. **RG.** 14. 10. 08, **69**, 263, R. **08** II 688 Ziff. 3745. Für den guten Glauben des Erwerbers einer Hypothek, die ihm auf Grund eines Kaufvertrags mit dem Bevollmächtigten einer geisteskranken Person als Teil des Kaufpreises abgetreten ist, kommt es auf den Zeitpunkt der Abtretung an, wenn der Kaufvertrag später durch den der Vollmachtgeberin bestellten Vormund genehmigt ist, nicht auf den Zeitpunkt der Genehmigung (s. JDR. **5** zu § 892 BGB. Ziff. V).

2. Herold, SächsRpflA. **08** 279. § 892 Abs. 2 BGB. bestimmt, daß, wenn zu dem Erwerb eines Rechtes die Eintragung erforderlich ist, für die Kenntnis des Erwerbers — in der Regel — die Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung maßgebend ist. Dies darf nicht dahin verstanden werden, daß sich auch vor der Eintragung der, welcher das Recht erwerben will, auf seinen guten Glauben berufen und trotz etwaiger Unrichtigkeit des Grundbuchs seine Eintragung fordern könne. Die Bestimmung hat vielmehr nur Bedeutung für den vollzogenen Rechtserwerb und wird das Recht eben nicht erworben, wenn der Grundbuchbeamte nach pflichtgetreuem Ermessen und insbesondere, weil er die Unrichtigkeit des Grundbuchs erkannt hat, die Eintragung zurückweist.

§ 894. I. Wesen des Berichtigungsanspruchs. *Dochnahl, IheringsJ. **53** 303 ff. a) Der Berichtigungsanspruch ist, soweit er sich auf dingliche Rechte stützt, dinglichen Charakters. Vermöge seiner absoluten Natur strebt das dingliche Recht danach, sich gegen jedermann durchzusetzen. Die Grundbucheinrichtung darf seiner absoluten Wirkung keine Schranke setzen. Unrichtige Eintragungen im Grundbuche beeinträchtigen aber das dingliche Recht. Der dingliche Anspruch hat dem entgegenzuwirken. Soweit das dingliche Recht reicht, steht ihm der dingliche Anspruch schützend zur Seite (304—306). b) Der Berichtigungsanspruch ist nicht stets negatorischer Natur, er kann auch konfessorische Bedeutung haben oder die Richtung der rei vindicatio verfolgen. c) Die Klage auf Grundbuchberichtigung ist die Klage aus dem geschützten Rechte, sie ist nicht gewährt wegen eigenmächtiger Verdrängung aus dem Buchbesitze, hat also mit einer Besitzschutzklage keine Verwandtschaft. Namentlich ist sie also nicht gegeben zum Schutze bloßer Buchrechte. § 894 BGB. macht aufs bestimmteste die (materielle) Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Voraussetzung der von ihm gewährten Klage. d) Die Bestimmungen der §§ 986 Satz 1 und 1004 Abs. 2 BGB. sind auf den Grundbuchberichtigungsanspruch analog anzuwenden. Denn die in den §§ 986 und 1004 BGB. enthaltenen Vorschriften beherrschen das System der dinglichen Rechte, und auch der Berichtigungsanspruch ist, soweit er sich auf dingliche Rechte stützt, dinglichen Charakters. Demnach ist der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ausgeschlossen: α. wenn der durch die gegenwärtige Buchlage Bevorzugte einen — wenn auch nur obligatorischen — Anspruch auf den gegenwärtigen Buchzustand hat; β. wenn der Buch-

berechtigte von einem Dritten sein Buchrecht ableitet und der Dritte einen Anspruch auf den zu seinen Gunsten bestehenden Buchzustand besitzt. (Beispiele s. 304.)

II. Zulässigkeit des Berichtigungsanspruchs. 1. **RG.** 15. 2. 08, **68** 25. Ein Grundstück ist ein räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche. Solange es an der räumlichen Abgrenzung fehlt, entbehrt die Eigentumsklage (Vindikation), gleichviel ob damit Herausgabe eines Grundstücks oder Anerkennung des Eigentums und Berichtigung des Grundbuchs verlangt wird, der erforderlichen Bestimmtheit des Gegenstandes; sie kann nur zum Ziele führen, sofern und soweit dieser Mangel gehoben wird.

2. R. **08** II 57 Ziff. 316 (Stuttgart). Der Bürge, welcher für den Hauptschuldner bezahlt hat, kann von dem befriedigten Hypothekengläubiger (nötigenfalls klageweise) die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahin verlangen, daß die Hypothek auf ihn (den Bürgen) umgeschrieben wird.

3. ZBlFG. **9** 165 Ziff. 185, BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). Der Bürge, der die durch eine Sicherungshypothek gesicherte Forderung bezahlt hat, kann von dem bisherigen Gläubiger die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die gesicherte Forderung verlangen, die zur Berichtigung nach § 22 GBO. genügt (§§ 403, 412 BGB.); er kann aber auch den Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. erheben.

III. Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs. Schopper, R. **08** 76. Der Berichtigungsanspruch kann zwar ohne das dingliche Recht nicht selbständig in dem Sinne übertragen und gepfändet werden, daß der Zessionar bzw. der Pfändungsgläubiger von dem eingetragenen Nichtberechtigten die Zustimmung zu einer Umschreibung des dinglichen Rechtes auf sich selbst anstatt auf den berechtigten Zedenten bzw. Schuldner verlangen könnte; denn dadurch würde der Berichtigungsanspruch in seinem Inhalt und in seinem Wesen geändert (§ 399 BGB.). Allein nach § 851 Abs. 2 ZPO. kann eine nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Diese Voraussetzungen liegen vor: Die Eigentümergrundschuld, zu deren richtigen Eintragung der Berichtigungsanspruch dient, ist der Pfändung unterworfen, und der Berichtigungsanspruch selbst ist seiner juristischen Natur nach den Herausgabeansprüchen zur Seite zu stellen, deren Pfändbarkeit in der Literatur nicht mehr bestritten wird. Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs wird gemäß §§ 829, 857 Abs. 1 ZPO. mit der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an denjenigen wirksam, gegen den der Berichtigungsanspruch besteht. Dieser ist der Drittschuldner. Es dürfen aber weder die Pfändung noch die Überweisung des Berichtigungsanspruchs in das Grundbuch eingetragen werden; denn der Gegenstand dieser Pfändung und Überweisung, der Berichtigungsanspruch selbst, ist nicht eintragungsfähig (Lobe, ZBlFG. **2** 642), und der Pfändungsgläubiger kann nicht mehr Rechte als sein Schuldner haben. Dagegen kann der Pfändungsgläubiger, der sich den gepfändeten Berichtigungsanspruch des Schuldners zur Geltendmachung hat überweisen lassen, an Stelle des Schuldners einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eintragen lassen. Dieser Eintrag würde freilich nicht hindern, daß nun der Schuldner, zu dessen Gunsten der Widerspruch eingetragen wird, über seine Eigentümergrundschuld einem gutgläubigen Dritten gegenüber mit Zustimmung des eingetragenen Nichtberechtigten zum Nachteile des Pfändungsgläubigers rechtswirksam verfügt. Bei der Eintragung des Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs kann jedoch erwähnt werden, daß er von dem Pfändungsgläubiger des Berichtigungsanspruchs erwirkt worden ist. Ein derartig gefaßter Widerspruchseintrag dürfte den Pfändungsgläubiger in ausreichender Weise schützen (s. JDR. **2** zu § 894 Ziff. 3, **3** zu § 894 Ziff. 2, **4** zu § 894 Ziff. 2, **6** zu § 894 Ziff. III).

§ 899. 1. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 119. Der Widerspruch zählt zum Inhalte des Grundbuchs nach § 892.

2. a) BayRpflZ. **08** 207, R. **08** II 234 Ziff. 1384, SeuffBl. **08** 765 (BayObLG. 6. 3. 08). Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß genügt nicht zur Eintragung eines Widerspruchs gegen das eingetragene Recht des Drittschuldners. Die Überweisung ersetzt nach § 836 ZPO. die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängt, sie ermächtigt den Gläubiger zur Geltendmachung des überwiesenen Anspruchs, aber sie gibt ihm kein weitergehendes Recht gegen den Drittschuldner, der Gläubiger kann den Anspruch gegen den Drittschuldner nur in derselben Weise geltend machen, wie sein Schuldner ihn geltend zu machen haben würde. Wie der Schuldner nach § 899 BGB. die Eintragung des Widerspruchs in Ermangelung der Zustimmung des Eingetragenen nur auf Grund einer einstweiligen Verfügung erwirken könnte, so hängt auch die Eintragung des Widerspruchs für den Gläubiger von dieser Voraussetzung ab. **b)** ZBlFG. **9** 114 Ziff. 118 a, Elf. LothZJ. **08** 304 (Colmar). Die Sicherung eines Berichtigungsanspruchs erfolgt lediglich durch Eintragung eines Widerspruchs; dieser setzt aber eine einstweilige Verfügung mit Glaubhaftmachung der Rechtsänderung voraus.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Fabian, Die Notstandspflicht des Eigentümers. Berlin 1908. — Kipp, Luftschiffahrt und Grundeigentum, JW. **08** 643—645.

§ 903. 1. *Führich, Rechtssubjekt und Kirchenrecht (I. Teil) 81 ff. Das Wesen des Eigentumsrechts besteht in der Bestimmung einer Sache (ihrer ganzen Substanz nach) für eine Person. Die Befugnisse und Mächtigkeiten, die man gewöhnlich als den Inhalt des Eigentumsrechts bezeichnet, sind natürliche Folgen dieser Bestimmung.

2. **RG.** R. **08** 331. Der Eigentümer ist in der Benutzung seines Eigentums auch durch die auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes liegenden Normen beschränkt.

3. **RG.** R. **08** 127 f., JW. **08** 142 f. Das der unbeschränkten Benutzung des Eigentums entgegenstehende Gesetz kann auch eine (Bau-)Polizeiverordnung sein (Art. 2 EGBGB.). Diese gesetzliche Eigentumsbeschränkung (Baubeschränkung) kann aber nur derjenige (Nachbar) geltend machen, der einen privatrechtlichen Anspruch auf ihre Beobachtung hat.

§ 904. *Fabian. Der § 904 statuiert ist erster Linie eine Pflicht, nämlich die Pflicht des Eigentümers, die Einwirkung des in Not Befindlichen oder des Nothelfers zu dulden (Notstandspflicht des Eigentümers). Das Notstandsrecht ist erst eine Folge dieser Pflicht. Die gewaltsame Durchführung des Notstandsrechts läßt sich aus dem Paragraphen selbst nicht rechtfertigen, wohl aber unter Zuhilfenahme des Selbsthilferechts aus § 229 BGB., dessen Voraussetzungen und Wirkungen dann für sich zu beurteilen sind. Der Rechtssatz, daß der Schaden dort verbleiben muß, wo er zunächst entstanden ist (casum sentit dominus), gibt den Rechtsgrund für die Ersatzpflicht ab. Sind Handelnder und Gefährdeter nicht identisch, so haftet primär der Gefährdete und nicht der Handelnde, als der vom Notstande zunächst Betroffene. Die Haftung des Geretteten ergibt sich aus dem Rechtsgrunde der Ersatzpflicht.

§ 905. 1. Einwirkungen durch Luftschiffe. **a)** Kipp, JW. **08** 643 ff. Daß eine Einwirkung auf mein Grundstück in Höhe oder Tiefe meine Interessen nicht verletzt und deshalb von mir zu dulden ist, ist schlechthin nur denkbar unter der Voraussetzung, daß der Urheber der Ein-

wirkung mir für die mit ihr verbundenen Gefahren aufzukommen hat. Müßte der Grundeigentümer die Gefahren tragen, die die Luftschiffahrt in großer Höhe über seinem Grundstücke mit sich bringt, so müßte er die Kreuzung seines Grundstücks verbieten können. Soll er sie dulden müssen, weil sie sein Interesse nicht berührt, so muß anerkannt werden, daß der Luftschiffer ihm für allen Schaden verantwortlich ist. **b)** Ludowieg, JW. **08** 705. Die Sondervorschrift im § 905 Satz 2 bezieht sich lediglich auf die in großer Höhe oder Tiefe vor sich gehenden Einwirkungen. Wenn aber ein Ballon oder Sandsack auf ein Grundstück herunterfällt, so wird damit auf dieses selbst eine Einwirkung ausgeübt, die sein Eigentümer stets verbieten konn. Ob das Luftschiff im Augenblicke des Absturzes sich in großer oder geringer Höhe befand, ist dabei vollkommen gleichgültig. Der Grundstückseigentümer kann, auch wenn das Luftschiff sich in größter Höhe befand und dann infolge eines unverschuldeten Zufalls abstürzte, die Abwehrrechte des Eigentümers (mit der aus § 904 sich ergebenden Einschränkung) ausüben. Es handelt sich nicht um eine Einwirkung, die in großer Höhe auf den Luftraum vorgenommen wird, sondern um eine solche, die auf dem Gebäude oder Erdboden geschieht. — Wollte man aber auch lediglich das Verhalten des Luftschiffers vor dem Absturze berücksichtigen, so würde § 905 Satz 2 doch nicht Anwendung finden, weil dann, wenn der Ballon abstürzt, der Grundstückseigentümer sicherlich ein Interesse an der Ausschließung des Ballons aus seinem Luftraume hat. — Da eine den Grundstückseigentümer zugunsten der Luftschiffahrt beschränkende Vorschrift somit nicht besteht, ist die Schadensersatzpflicht des Luftschiffers ohne Rücksicht auf ein Verschulden nicht zu begründen.

2. R. **08** 664 (Cassel). Der Eigentümer eines Wiesengrundstücks kann die Beseitigung einer über das Grundstück in einer Höhe von $9^1/_2$ m geführten Drahtseilbahn verlangen, auch wenn sich auf der Wiese selbst ein Tragegerüst nicht befindet und unter den Drähten Schutzgitter angebracht sind.

§ 906. I. Pritze, Rechtsverhältnisse an Bienen 13, will den § 906 auch beim Eindringen von Bienen anwenden; da man es mit Körpern zu tun habe, die von verhältnismäßig geringem Volumen sind, liege eine „ähnliche Einwirkung" im Sinne des § 906 vor.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** **RG.** R. **08** 399. Eine Verurteilung dahin gehend, der Beklagte habe die schädlichen Zuführungen zu unterlassen, „soweit nicht der § 906 solche gestatte", ist allerdings nicht einwandsfrei. Sachgemäßer wäre es gewesen, den Umfang des Untersagungsrechts im Anschluß an den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift in der Urteilsformel selbst zu bestimmen. **b)** **RG.** R. **08** 538. Wird ein Fluß durch Zuleitungen aus einer gewerblichen Anlage, auf die der § 26 GewO. keine Anwendung findet, verunreinigt, so kann der geschädigte Nachbar auf Unterlassung der Verunreinigung des Wassers klagen. Hat er statt dessen auf geeignete Vorkehrungen zur Verhütung weiterer Verunreinigung des Wassers geklagt, so darf dieser Antrag regelmäßig dahin verstanden werden, daß es dem Beklagten freistehen soll, welche Vorkehrungen er treffen und ob er, statt solche Vorkehrungen zu treffen, die Zuleitung überhaupt unterlassen wolle.

2. Ortsüblichkeit (s. JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. II 4, **4**, **5**, **6** Ziff. II 2). **a)** **RG.** 28. 12. 07, HanſGZ. **08** Beibl. 173, EisenbE. **25** 27. Für die Frage der Gemeingewöhnlichkeit einer immittierenden Grundstücksbenutzung kommt es auf die Häufigkeit und Gleichmäßigkeit der Benutzung anderer Nachbargrundstücke sowohl hinsichtlich der Art als auch des Rechtes sowie der Zeit an. Die Einwirkungen herbeiführende Benutzung von Grund und Boden zum Eisenbahnbetrieb ist nicht gleichwertig dem Befahren mit schweren Lastwagen. **b)** **RG.** 15. 2. 08, R. **08** 201. Entscheidend für die Duldungspflicht des Grundeigentümers ist, ob außer dem einzelnen — dem immittierenden — Grundstück auch noch andere Grundstücke in derselben örtlichen Lage in einer Weise benutzt werden, daß daraus für die Nachbargrundstücke,

und zwar nicht nur vereinzelt, sich ähnliche schädliche Einwirkungen ergeben; es muß hinsichtlich der Art, des Maßes und der Zeit der schädlichen Einwirkungen die Benutzung der Nachbargrundstücke im wesentlichen die gleiche sein. Ein Eisenwerk kann sich nicht darauf berufen, daß gleiche und noch stärkere Einwirkungen durch den benachbarten Straßenbahnverkehr und Eisenbahnbetrieb verursacht werden. **c)** SchlHolstAnz. **08** 321 (Kiel) hat den Betrieb eines Pensionats in einer Villengegend auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse nicht für eine unzulässige Störung erachtet. **d)** **RG.** 28. 12. 07, R. **08** 92. In einer Fabrikstadt muß der Grundeigentümer sich die mit dem Betrieb einer Fabrik gewöhnlich verbundenen Belästigungen gefallen lassen, auch wenn die in Frage stehenden Grundstücke nicht in einer Fabrikgegend liegen. **e)** HansGZ. **08** Beibl. 236 (Hamburg). Im Hamburger Stadtviertel Hammerbrook kann sich kein Nachbar gemäß § 906 darüber beschweren, daß eine Fabrik mit Lärm und Staubentwickelung betrieben wird. **f)** R. **08** 370 HansGZ. **08** Beibl. 265 (Hamburg). In der Gegend einer Großstadt, in welcher das Grundeigentum zum weitaus überwiegenden Teile zu Wohnzwecken ausgenutzt wird und ein industrieller Betrieb nur ausnahmsweise stattfindet, braucht ein Eigentümer Geräusch verursachende ruhestörende Nachtarbeiten in einer Nachbarfabrik nicht zu dulden. Das gilt auch dann, wenn durch den Bebauungsplan in dieser Gegend die Anlage von Fabriken ausdrücklich gestattet wird. **g)** **RG.** 28. 12. 07, R. **08** 91. Hinsichtlich der Frage der Duldungspflicht ist die Gemeingewöhnlichkeit des die Immission verursachenden T u n s im wesentlichen und für den Regelfall nichts anderes als der vom gewöhnlichen Sprachgebrauch in Kürze angewendete Ausdruck: Ortsüblichkeit der Immission. **h)** **RG.** R. **08** 91. Der Nachbar muß sich die auf dem Nachbargrundstücke durch Abbruchs- und Bauarbeiten verursachten Immissionen, falls sie nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken der in Betracht kommenden Lage als gewöhnliche anzusehen sind, auch dann gefallen lassen, wenn die Beeinträchtigungen aus besonderen Gründen im Einzelfall als besonders erheblich erscheinen.

3. Schadensersatz bei Immissionen ohne Verschulden (s. JDR. **5** u. **6** Ziff. II 3). **a)** R. **08** 201, PosMSchr. **08** 9 (Königsberg). Wenn die Abwehr schädigender Immissionen dem Eigentümer des leidenden Grundstücks gegenüber dem Eigentümer des anderen Grundstücks unmöglich gemacht wird, dann ist eine Schadensersatzklage auch ohne Nachweis eines Verschuldens zulässig. In diesem Falle erscheinen für die Schadensersatzpflicht, wenigstens dann, wenn Eigentümer des Grundstücks, von dem die Immissionen ausgehen, der Staat ist, die Voraussetzungen des auch jetzt noch geltenden § 75 Einl. ALR. gegeben. **b)** **RG.** R. **08** 370 (s. JDR. **6** Ziff. 2). Läßt eine Provinzialverwaltung auf einer ihr gehörigen Heidefläche durch einen selbständigen Unternehmer Kultivierungsarbeiten ausführen und entsteht hierbei infolge Benutzung eines Dampfpflugs ein Heidebrand und greift das Feuer dann weiter auf die benachbarten Waldungen über, so ist eine Schadenshaftung der Provinz n i c h t o h n e N a c h w e i s e i n e s V e r s c h u l d e n s gegeben.

4. Beeinträchtigung durch Bordellbetrieb (s. JDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 6, **4** Ziff. II 3). **RG.** 29. 2. 08, R. **08** 234. Der Bordellbetrieb auf einem Grundstücke, der die äußeren Grenzen dieses Grundstücks nicht überschreitet, und die Nachbargrundstücke nur insoweit beeinflußt, als er deren Mietertrag und damit deren Wert herabsetzt, enthält keine „reale" Einwirkung auf diese Nachbargrundstücke im Sinne der §§ 903, 906 (vgl. **RG.** **50** 228).

5. **RG.** 13. 11. 07, SeuffBl. **08** 697. Wenn der Verkauf eines Grundstücksteils zu Betriebszwecken eines bestimmten Unternehmens erfolgt ist, braucht der Verkäufer und dessen Besitznachfolger die durch den Betrieb des Unternehmens verursachten Einwirkungen auf das Restgrundstück dann nicht zu dulden, wenn sie erst nach

einer Reihe von Jahren nach dem Vertragsabschluß infolge späterer Ereignisse eintreten.

6. Wesentliche Beeinträchtigung. a) R. 08 201 (Frankfurt). Zur Annahme einer wesentlichen Beeinträchtigung der Benutzung eines Grundstücks genügt es, wenn das Wohnen auf dem Grundstück an Annehmlichkeit verliert und dadurch der Wert des Grundstücks herabgemindert wird. b) **RG.** 30. 11. 07, R. **08** 57. An der Wesentlichkeit einer Beeinträchtigung ändert es nichts, wenn der Eigentümer des benachbarten Grundstücks nur in einem besonderen, ihm aber frei stehenden Gewerbebetriebe empfindlich gestört wird.

7. **RG.** R. **08** 57. Gegenüber der Negatorienklage kann der Beklagte nicht damit gehört werden, daß durch zu hohe Anforderungen hinsichtlich der Vermeidung schädlicher Einflüsse auf die Nachbargrundstücke eine bestimmte Industrie vernichtet werde, oder daß dem Kläger eine Verpflichtung zum Selbstschutz obliege oder daß der Beklagte — von dem Ausnahmefalle des § 26 GewO. abgesehen — die bestmöglichen Einrichtungen zur Vermeidung lästiger Einwirkungen getroffen habe. Auch kann die Frage der Ortsüblichkeit von Zuführungen nicht nach den Verhältnissen anderer Städte und Örtlichkeiten beurteilt werden.

8. **RG.** R. **08** 566. Bei Entscheidung der Frage, ob ein Grundstücksbesitzer die von einem benachbarten Fabrikgrundstück ausgehenden Geräusche und Erschütterungen sich gefallen lassen muß, sind die von den einzelnen Maschinen ausgehenden Geräusche und Erschütterungen nicht lediglich für sich allein, sondern auch in ihrer Gesamtwirkung zu prüfen.

9. a) **RG.** 8. 1. 08, JW. **08** 142 f. Die Eigentumsstörungsklage hat zur Voraussetzung, daß die Einwirkung auf das fremde Grundstück körperlich, sinnlich wahrnehmbar ist. Die bloße Entziehung von Licht und Luft durch einen auf der Grenze errichteten Bau genügt nicht. b) RheinA. **105** I 159 (Düsseldorf). § 906 bezieht sich nicht auf Flüssigkeiten. Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **48** 938. c) R. **08** 451 (Frankfurt a. M.). Die Verantwortlichkeit einer Landgemeinde ist dann gegeben, wenn sie die Röhrenleitung eines von ihr auf ihrem Eigentum angelegten Kanals ohne Grund vor dem Besitztum eines Bewohners offen endigen läßt und nicht verhindert, daß die Dorfbewohner durch Benutzung des Kanals in schädlicher Weise auf das Eigentum des Anliegers einwirken, insbesondere dadurch, daß sie in den Kanal Jauche, Kot usw. einführen.

10. **RG.** 28. 12. 07, R. **08** 92. Für die Frage, ob der gegen den Nachbarn erhobene Anspruch auf Herstellung von Einrichtungen, durch welche weitere Störungen — Belästigung durch Geräusche, Qualm und Rauch — vermieden werden, gerechtfertigt ist, kommt es auf den Zustand z. Zt. der Klagerhebung an. Durch die Herstellung abhelfender Einrichtungen während des Prozesses wird der Kläger nur dann klaglos gestellt, wenn infolge dieser Einrichtungen weitere Störungen nicht mehr vorkommen können.

11. a) **RG.** 25. 3. 08, BadRpr. **08** 160. Der Eigentümer eines Grundstücks kann von dem Eigentümer eines Nachbargrundstücks, das an eine Stadtgemeinde zur Errichtung einer Polizeiwachtstube mit Arrestzellen vermietet worden ist, nicht beanspruchen, daß die Beeinträchtigung seines Grundstücks durch den Lärm, der von der Benutzung des Nachbargrundstücks als Polizeiwachtstube und Arrestlokal ausgeht, beseitigt und daß dieser Lärm weiterhin unterlassen werde. Nur lärmverhindernde Vorrichtungen können in Frage kommen. b) EisenbE. **24** 357 (Cöln). Eine Eisenbahnfahrkartendruckerei ist wegen Störung durch nächtlichen Betrieb privaten Einsprüchen nicht entzogen.

12. Beweislast (s. JDR. **1** Ziff. 6, **2** Ziff. 7, **3** Ziff. II 7, **5** Ziff. II 5). **RG.** 4. 7. 08, R. **08** 566 f. Hat der Eigentümer eines Grundstücks dargetan, daß von dem Nachbargrundstück auf sein Grundstück störende Geräusche herüber-

dringen, so ist es Sache des Besitzers des Nachbargrundstücks, darzulegen, daß einer der im § 906 erwähnten, die negatorische Klage ausschließenden Ausnahmefälle vorliegt (ebenso **RG.** 3. 10. 08, JW. **08** 682 f.)

13. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 5, jetzt auch SeuffA. **63** 321.

§ 907. 1. Unter Anlagen sind nach OLG. Colmar, DJZ. **08** 1351, ElsLothrZ. **34** 73 ff. nur solche Anlagen zu verstehen, die, sei es selbsttätig oder unter menschlichem Zutun mittels Hinüberleitens ihrer Bestandteile oder mittels Zuführens greifbarer oder doch sinnlich wahrnehmbarer Stoffe, die Grenze des Nachbargrundstücks zu überschreiten drohen, nicht dagegen solche, die sich strenge auf der Oberfläche des Grundstücks des sie Errichtenden halten, nicht unmittelbar und positiv in das Gebiet des Nachbargrundstücks hinübergreifen, wenn sie dieses vielleicht auch, negativ wirkend, z. B. durch Entziehung früher zugeflossenen Lichts, beeinträchtigen. Ähnlich schon **RG. 51** 253, JDR. **1** Ziff. 1 a.

2. **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 173. Auf § 907 kann ein Schadensanspruch wegen Entziehung von Licht und Luft — mag diese Entziehung nur vorübergehend, z. B. durch Aufstellen einer Bauplanke, oder dauernd, z. B. durch Aufführung einer Straßenüberbrückung vor dem klägerischen Grundstück, erfolgen — n i c h t gegründet werden (vgl. JDR. **6** Ziff. 3).

3. **RG.** JW. **08** 301. Als ein Anspruch aus § 907 stellt sich auch der Anspruch eines Anliegers eines (öffentlichen) Flusses gegen einen anderen Anlieger auf Unterlassung der Errichtung eines Stauwerkes in dem Flusse wegen Beeinträchtigung des Grundstücks des ersten Anliegers dar.

§ 909. 1. R. **08** 495 (Augsburg). Die Bestimmung des § 909 ist nicht bloß dann anwendbar, wenn die Schaffung eines dauernden Zustandes vorliegt, sondern auch dann, wenn es sich nur um eine vorübergehende Maßnahme handelt. Zur Begründung der Haftpflicht für Schadensersatz aus § 909 ist ein Verschulden, wenn auch nur ein fahrlässiges, erforderlich (vgl. JDR. **5** Ziff. II b). Bedient sich bei Vertiefungsarbeiten der Grundstückseigentümer der Tätigkeit eines Baumeisters, so haftet er nicht bloß aus § 831, sondern er hat auch die Pflicht der Überwachung.

2. SeuffA. **64** 70 (Zweibrücken). Der Anspruch des Nachbarn auf Beseitigung richtet sich auch gegen den, mit dessen Willen der mit dem Eigentume des Nachbarn in Widerspruch stehende Zustand aufrechterhalten wird.

§§ 912 ff. RheinA. **105** I 53 (Cöln). Seitens der Stadtgemeinde als Straßeneigentümerin kann nicht die Beseitigung von im Luftraume städtischer Straßen liegenden Erkern verlangt werden, da die §§ 912 ff. beim Überbau auf eine öffentliche Straße keine Anwendung finden (ebenso W o l f f, Bau auf fremden Boden 10).

§ 912. 1. FrankfRundsch. **42** 37 ff. (Frankfurt a. M.). Auch da, wo vor dem 1. Januar 1900 demjenigen, der gegen eine Grenzüberscheitung durch Überbau Widerspruch erheben wollte, eine Inanspruchnahme des Gerichts oblag, ist diese Pflicht seitdem fortgefallen; es genügt einfacher Widerspruch.

2. OLG. Hamburg, JDR. **6** Ziff. II 2 b, jetzt auch SeuffA. **63** 153.

§ 914. A b s. 2. *S a w i t z, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 83 ff. Die vertragsmäßige Feststellung der Höhe des Notwegs und Überbaurente bedarf der Eintragung im Grundbuche des rentenverpflichteten Grundstücks und kann eingetragen werden in die Beschreibung des Grundbuchs des rentenverpflichteten Grundstücks. Inhalt des Grundbuchs nach § 892 bildet dann die Angabe über die Höhe der Rente; das Rentenrecht selber nur unter der Voraussetzung, daß Überbau und Notweg noch zu dulden ist; denn mit Wegfall der Duldung erlischt kraft Gesetzes die Rente. — Der Verzicht auf die Rente bedarf gemäß der eigentümlichen Bedeutung, die ihm für beide Grundstücke zukommt, der Eintragung in die Grundbücher beider Grundstücke.

§ 917. LG. Mühlhausen, DIZ. **08** 588. § 917 BGB., welcher die gesetzliche Eigentumsbeschränkung des „Notwegs" aufstellt, setzt voraus, daß einem Grundstücke die zur „ordnungsmäßigen" Benutzung erforderliche „Verbindung mit einem öffentlichen Wege" fehlt. Diese „Verbindung" kann nur ein „Weg" sein. Der Inhalt des Rechtes deckt sich daher mit demjenigen einer „Wegegerechtigkeit". Da eine Eigentumsbeschränkung eine Ausnahme von der an sich unbeschränkten Herrschaft des Eigentümers vorschreibt, ist jede Erweiterung über den vom Gesetze bestimmten Rahmen unzulässig. Ein Notweg, dessen Richtung der Eigentümer des herrschenden Grundstücks bei Eintritt eines Bedürfnisses selbst bestimmen darf, ist unvereinbar mit der Bestimmung des § 917 Abs. 1 Satz 2.

§ 919. **RG.** (Straff.) 13. 2. 08, SchlHolstAnz. **08** 236. Durch die Rechtskraft des Urteils in einer Grenzscheidungsklage wird die Ungewißheit des Grenzzuges beendet und die Unterlage geschaffen für das Verfahren nach § 919. — Die Grenzscheidungsklage und die Grenzabmarkungsklage können miteinander verbunden werden.

§ 921. **RG.** IDR. **6** Ziff. 2, jetzt auch BayRpflZ. **08** 42, GruchotsBeitr. **52** 1061 ff., SeuffBl. **08** 539.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Form der Auflassung. 1. KGJ. **35** A 253, SeuffBl. **08** 56 (KG.). Die Auflassung bedarf der Beurkundung nach Maßgabe der §§ 168 ff. FGG. Zur Unterschrift gehört die Vollziehung des Namens unter, also räumlich nach der Erklärung.

2. SeuffBl. **08** 509, BayRpflZ. **08** 127, R. **08** II 268 Ziff. 1565, ZBlFG. **8** 619 (BayObLG.). Das Prozeßgericht und der beauftragte Richter sind zur Beurkundung der Auflassung in einem vor ihnen geschlossenen Vergleiche nicht zuständig.

3. HessRspr. **9** 46 (LG. Mainz). Die Zustimmung zur Auflassung bedarf nicht der Auflassungsform, da sie zu der Auflassung hinzutritt; es genügt, wenn die Zustimmungserklärung nach Abgabe der Auflassungserklärung in der Form des § 29 GBO. eingereicht wird. Die Gleichzeitigkeit der Auflassungserklärung wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Wenn daher der Ehemann und die Ehefrau ihre Erklärung in getrennten Urkunden vor dem Notar abgegeben haben, und zwar der Ehemann die Auflassungserklärung und die Ehefrau die Zustimmungserklärung, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Eheleute miteinander Rücksprache genommen haben, daß namentlich die Ehefrau dem Ehemanne gegenüber erklärt hat, mit der Veräußerung des Grundstücks einverstanden zu sein. Es wird daher in der Regel nichts im Wege stehen, wenn der Grundbuchrichter den Nachweis der Abgabe der Zustimmungserklärung gegenüber dem anderen Ehegatten daraus herleitet, daß beide Eheleute ihre Erklärungen in der nach § 29 GBO. vorgeschriebenen Form, wenn auch in getrennten Urkunden, abgegeben haben (vgl. Güthe, GBO. § 19 Anm. 48).

4. Freymuth, ZBlFG. **9** 93. Bürgermeister und Stadtrat können auch bei der Auflassung die Stadtgemeinde ohne weiteres, d. h. ohne besondere Vollmacht des Magistrats, rechtswirksam vor dem Grundbuchamte vertreten. Ein Bedenken könnte man daraus entnehmen, daß die Auflassung nicht schriftlich, sondern mündlich erklärt und die mündliche Erklärung nur beurkundet wird. Aber dieses Bedenken greift nicht durch .... Denn ob die Willenserklärung in Schriftform oder mündlich abgegeben worden ist, ist für den Begriff des Vorliegens eines „schriftlichen" Vertrags unerheblich; erheblich ist nur, ob die Festlegung der Erklärung in einer Urkunde erfolgt ist — sei es eine privatschriftliche oder gerichtliche bzw. notarielle — oder nicht. Ist ein solches Schriftstück vorhanden, so liegt ein „schriftlicher" Vertrag vor, und zwar entweder ein einfacher, privatschriftlicher oder ein feierlicher, behördschriftlicher Vertrag.

II. Auflassung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht. R. **08** II 326 Ziff. 1946, ZBlFG. **9** 40 Ziff. 50 (BayObLG.). Auch für die nachträgliche Genehmigung einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht erklärten Auflassung gilt (im Gegensatze zur Genehmigung des obligatorischen Kaufvertrags) das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit beider Vertragsteile.

III. Notwendigkeit der Auflassung. 1. **a)** **RG.** 23. 5. 08, **68** 410, RJA. **9** 193, FrankfRundsch. **42** 54, ZBlFG. **9** 277. In dieser Entsch. tritt der V. Sen. dem Urteile des I. Senats vom 23. Februar 1907 (JDR. **6** zu § 925 Ziff. 6 a) bezüglich der Anteilsanwachsung sowohl für den Fall des § 142 HGB. wie auch für den Fall der Vereinbarung der Geschäftsübernahme durch einen der zwei Gesellschafter bei. **b)** KGJ. **36** A 204, RJA. **9** 220, ZBlFG. **9** 297, R. **08** II 723 Ziff. 3932 (KG. 27. 4. 08). Das RG. hat es in **RG. 65** 227 (s. JDR. **6** zu § 925 Ziff. 6 a) ausdrücklich abgelehnt, das von ihm aufgestellte Akkreszenzprinzip auf alle Fälle zu erstrecken, in denen bei der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft Gesellschaftsvermögen auf einen der bisherigen Gesellschafter übergehen soll. Es legt vielmehr für die Anwendung dieses Prinzips entscheidendes Gewicht darauf, daß die Übernahme des Geschäfts — also des von der Gesellschaft bis zu ihrer Auflösung betriebenen — mit Aktiven und Passiven — also mit sämtlichen Aktiven und Passiven dieses bisherigen Gesellschaftsgeschäfts — vereinbart sei. Es hat ausdrücklich hervorgehoben, daß das Akkreszenzprinzip nur dann Geltung erhalte, wenn trotz der Aufhebung des subjektiven Gesellschaftsverbandes die objektive Grundlage der Gesellschaft, das Geschäft, fortdauere. Dagegen ergibt sich die Notwendigkeit der Auflassung behufs Überführung des bisher der Gesellschaft gehörenden Grundstücks in das Sondervermögen eines der Gesellschafter ohne weiteres. **c)** R. **08** II 278 Ziff. 1651 (KG. 3. 2. 08). Wenn ein Grundstück, dessen Eigentümerin eine aus zwei Gesellschaften bestehende, demnächst in Liquidation getretene offene Handelsgesellschaft ist, zwecks Auseinandersetzung dem einen Gesellschafter mit der Maßgabe übereignet werden soll, daß dieser dagegen den anderen Gesellschafter und die Liquidationsmasse von der Haftung für die auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken zu befreien hat, so ist zum Übergange des Eigentums auf den übernehmenden Gesellschafter die Auflassung erforderlich.

2. **a)** **RG.** 9. 11. 07, SchlHolstAnz. **08** 254. Zur Teilung eines Nachlaßgrundstücks in der Weise, daß das Eigentum an den Grundstücken den Miterben nach Bruchteilen zustehen soll, bedarf es der Auflassung. **b)** NaumburgAK. **08** 46 (KG. 5. 9. 07). Die Auflassung ist entbehrlich, wenn die sämtlichen Erben einem Miterben ihre Erbanteile dinglich übereignen (§ 2033 BGB.). Der Annahme einer solchen Übereignung steht der Umstand nicht entgegen, daß die Miterben einzelne Nachlaßgegenstände an einen Dritten veräußert haben. **c)** KGJ. **35** A 213 (KG.). Beim Güterstande des märkischen Provinzialrechts hört der überlebende Ehegatte mit der Wahl der Rücknahme des eigenen Vermögens nicht auf, Erbe des erstverstorbenen zu sein; die Nachlaßgegenstände fallen jedoch ohne weiteres in das Alleineigentum der anderen Erben. Für den Grundbuchverkehr genügt zum Nachweise des Eigentumsüberganges ein allen Erben erteilter Erbschein, in dem bezeugt wird, daß der überlebende Ehegatte Erbe ohne Anteil am Nachlasse sei.

3. **a)** ZBlFG. **9** 331 Ziff. 319, R. **08** II Ziff. 3140 (Colmar). Im Sinne des BGB. (§ 1821 Ziff. 1) liegt ein Übertragungs- und zugleich ein Erwerbsakt vor, wenn die an einer Gemeinschaft zur gesamten Hand Beteiligten diese hinsichtlich eines Grundstücks aufheben und dafür Miteigentum nach Bruchteilen begründen. Was für den Fall der Umwandlung des Gesamteigentums in Bruchteilseigentum gilt, hat in erhöhtem Maße für den Fall zu gelten, daß das bisherige Gesamt- in Alleineigentum eines der Beteiligten umgewandelt wird. Ein solcher Vertrag bedarf bei Beteiligung von Minderjährigen

vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung. **b**) ZBlFG. **9** 40 Ziff. 52, HessRspr. 8 37 (LG. Mainz). Soll ein Grundstücksteil, der Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft ist, persönliches Eigentum des einen Ehegatten werden, so ist sowohl Ehevertrag wie Auflassung erforderlich.

4. KGJ. **35** A 289 (KG. 31. 10. 07). Ist das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft unter Ausschluß der Liquidation übertragen, so gehen Rechte, die im Grundbuche für die übertragende Gesellschaft eingetragen sind, kraft Gesetzes auf die übernehmende Gesellschaft über und hat die Umschreibung auf diese im Wege der Berichtigung zu erfolgen.

5. R. **08** II 268 Ziff. 1564, SchlHolstAnz. **08** 243, OLG. **17** 153 (KG.). Bei der Vereinigung zweier politischer Gemeinden ist für einen privatrechtlichen Übertragungsakt (Auflassung) hinsichtlich der einzelnen Vermögensgegenstände kein Raum.

IV. Rechtswirksamkeit der Auflassung. 1. SeuffA. **63** 151 (Stuttgart). Zum Eigentumserwerb ist nicht nur erforderlich, daß die Erwerbsabsicht des Erwerbers, sondern auch, daß der Übertragungswille des Veräußerers bestanden hat. Sonst fehlt es an der notwendigen Einigung. Auch eine persönliche Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung ist alsdann nicht vorhanden, da es an einem dem § 313 BGB. genügenden Vertrage fehlt.

2. R. **08** II 615 Ziff. 3389, BayRpflZ. **08** 467 (BayObLG. 23. 10. 08). Durch die Auflassung eines Grundstücks als solche erlangt der Minderjährige lediglich einen rechtlichen Vorteil. Dem steht auch nicht, wie Neumann, BGB. Bem. 1 b zum § 107, annimmt, die mit dem Besitz oder dem Eigentum an Grundstücken verbundene Pflicht zur Tragung gewisser öffentlicher Lasten entgegen. Denn diese Pflicht ist eine Wirkung des Besitzes oder des Eigentums und gehört nicht zum Inhalte der Auflassung.

V. Abs. 2. Bedingte Auflassung. 1. BayNotZ. **08** 99 (LG. Frankenthal). Veräußert ein Vater als gesetzlicher Vertreter seiner minderjährigen Kinder deren Grundstück an eine Ortskrankenkasse, so kann die Wirksamkeit der Auflassungserklärung im Vertrage von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und von der statutenmäßig notwendigen Zustimmung der Generalversammlung der Kasse abhängig gemacht werden. Ein solcher Vorbehalt macht die Auflassung nicht zu einer unzulässigen „bedingten" Auflassung.

2. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 150. Das Gesetz kennt trotz des § 925 Abs. 2 auflösend bedingtes und befristetes Grundeigentum, nämlich das des Vorerben. Dazu kommt der landesrechtliche Fall des Fideikommisses. Läßt das Gesetz ein solches Eigentum zu, dann auch seine Verwertung. Wiewohl also die Veräußerung seitens des Vorerben im Grunde eine bedingte ist, ist sie doch zulässig.

3. **RG.** 7. 3. 08, JW. **08** 270. Die Auflassung als solche steht dem unveränderten Fortbestand eines bedingten Kausalgeschäfts keineswegs entgegen; nur da ist eine Änderung anzunehmen, wo sie nach den Umständen des Falles als von den Vertragsteilen gewollt anzusehen ist.

4. Weigelt, R. **08** 206 f. Die Auflassung wird nicht dadurch gehindert, daß sie und das Zustandekommen des zugrunde liegenden Vertrags von der Genehmigung eines Dritten abhängig gemacht sind. Die Gültigkeit des Vertrags ist aufschiebend bedingt durch die Genehmigung des Dritten. Der Veräußerer ist jedoch nach § 137 BGB. dadurch nicht in der Verfügung beschränkt, ebensowenig ist eine Verfügungsbeschränkung des Erwerbers darin enthalten. Da die Auflassung abstrakt ist, hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen, ob die Bedingung eingetreten ist.

VI. Verhältnis der Auflassung zum Grundgeschäfte. R. **08** II 664 Ziff. 3616 (BayObLG.). Die Auflassung setzt nicht die vorherige Schließung

eines Vertrags über die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zwischen den nämlichen Personen voraus.

§ 927. *Bendix, ABürgR. **32** 172, 174. § 927 Abs. 1 Satz 3 ist auf den nach § 928 verzichtenden Eigentümer unanwendbar, weil dieser nicht mehr Eigentümer im Sinne der auf Satz 1 zurückweisenden Bestimmung ist. § 927 setzt voraus, daß der auszuschließende Eigentümer formell und materiell Berechtigter und von dem die Ausschließung Betreibenden verschieden ist.

§ 928. Literatur: Bendix, Der sog. Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken nach bürgerlichem Rechte, ABürgR. **32** 140—265. — Kranichfeld, Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und deren Folgen. Leipzig 1908.

1. *Bendix aaO. Das römische Recht kennt keinen Unterschied zwischen der Dereliktion beweglicher und unbeweglicher Sachen, dagegen das deutsche, das die Erfüllung bestimmter Formvorschriften bei dem Verzicht auf Grundeigentum verlangt (155). Nach dem Rechte des SächsBGB. und des bayerischen Entwurfs, den Vorbildern des § 928 BGB., bleibt der Grundeigentümer, der seinen Verzicht im Grundbuche hat eintragen lassen, bis zur Eintragung des Erwerbers, also auch nach der Aufgabe des Grundstücks, dessen Eigentümer (159). Der Grundstücksverzicht ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formal-abstraktes Rechtsgeschäft (160, 162). Die Anfechtung dieses Rechtsgeschäfts hat gegenüber dem Fiskus zu erfolgen, da dieser Anfechtungsgegner ist. Die Bewilligung des Fiskus zur Löschung des eingetragenen Verzichts berechtigt den Eigentümer, den Verzicht wieder löschen zu lassen (161). Die Besitzentäußerung gehört nicht mehr zum Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken (162). Nötig ist ein formeller Eintragungsantrag. Der Verzicht ist bis zur Eintragung widerruflich, weil das Rechtsgeschäft des Verzichts nicht in der Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte, sondern in dieser und in der auf Antrag hin erfolgten Eintragung sich vollendet, der Antrag aber nach § 32 GBO. zurückgenommen und damit die Vollendung des Rechtsgeschäfts verhindert werden kann (167). Der Eigentumsvermerk darf bei der Verzichtseintragung nicht gelöscht werden. Der Verzicht ist in folgender Form einzutragen: „Der Eigentümer hat den Verzicht am .... erklärt. Eingetragen am ....“ Die Verzichtseintragung enthält keine Widerlegung der Rechtsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB. Nach diesem wird der Eigentümer auch nach der Verzichtseintragung als solcher weiter vermutet. Der Verzicht des Fiskus auf sein Aneignungsrecht und seine Einwilligung in die Löschung der Eintragung des Eigentümerverzichts berechtigen zu dessen Löschung (177). Die Rechtsfolge des Verzichts, die Entstehung des Rechtes zur Aneignung, gehört zum Tatbestande des Verzichtsrechtsgeschäfts. Jedoch ist grundbuchmäßig in Preußen eine Löschung der Verzichtseintragung nicht vorgesehen und daher zur Zeit undurchführbar (179). Der Antrag auf Eintragung des Fiskus zur Aneignung des aufgegebenen Grundstücks ist ausschließlich die formelle Voraussetzung für die Eintragung des Fiskus. Die Aneignung ist gänzlich formalisiert und wird durch die auf Antrag erfolgte Eintragung ohne Besitzergreifung wirksam (186). Das Aneignungsrecht des Fiskus ist dinglicher Natur; es gewährt das dem Derelinquenten gegenüber beschränkte Recht, schädliche Einwirkungen auf das aufgegebene Grundstück zu verbieten und die Aufrechterhaltung des Zustandes zur Zeit der Dereliktion zu verlangen; es ist übertragbar (189 f.). Die alte Lehre von dem dominium pendens ist für die Konstruktion der Rechtslage des Grundstücks nach dem Verzichte des Eigentümers und vor der Ausübung des Aneignungsrechts seitens des Fiskus heranzuziehen. Die Theorie Hellwigs von der juristischen Persönlichkeit des Grundstücks während dieser Zeit ist unhaltbar. Dagegen hat die alte Lehre der Prokuleianer, nach der die Derelektion die Okkupation ermöglicht und erst durch diese zum Eigentumsverluste des Derelinquenten führt, im § 928 BGB. wieder ihren Einzug gehalten. Der § 928 BGB.

stellt eine dieser Lehre entsprechende „Kombination von derivativem und originärem Erwerbe" dar (195 ff.). Der Verzicht ist eine dauernde Beschränkung der Verfügungsmacht des Eigentümers zugunsten des Fiskus, ohne daß er das Eigentum selbst beseitigt (244). Die Bedeutung des Verzichts besteht praktisch darin, daß der Eigentümer nicht mehr passiv legitimiert ist, sei es, daß er dies im Prozesse selbst geltend machen muß, sei es, daß die Klage gegen ihn als verzichtenden Eigentümer des Grundstücks nicht schlüssig ist (212 ff.).

2. Kranichfeld, Die Aufgabe des Eigentums an Grundstücken und deren Folgen. Die Aufgabe des Grundeigentums nach § 928 BGB. ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das völlig unabhängig von dem einseitigen Rechtsgeschäfte der Aneignung ist. Regelmäßig werden die beiden Rechtsgeschäfte auch in keiner Beziehung zueinander stehen. Immerhin wäre der Fall denkbar, daß ein Grundstückseigentümer im Einverständnisse mit dem Aneignungsberechtigten sein Eigentum aufgäbe, um diesem die Aneignung zu ermöglichen. Auch hier würde es sich nicht um eine Übertragung des Eigentums, sondern nur um zwei einseitige Rechtsgeschäfte handeln, also auch hier nicht um ein Verfügungsgeschäft im engeren Sinne. Infolgedessen bedarf ein dahin gehender Vertrag nicht der Form des § 313 BGB. Immerhin ist zuzugeben, daß ein mit dem Aneignungsberechtigten abgeschlossener Vertrag, wodurch sich der Eigentümer zur Aufgabe seines Grundstücks verpflichtet, obligatorische Wirkung haben kann (so auch Fuchs § 928 1 a). Zur Sicherung dieses Anspruchs auf Aufhebung des Eigentums kann sich der Aneignungsberechtigte eine Vormerkung nach BGB. § 883 eintragen lassen. Der Aneignungsberechtigte kann dann auch von dem Rechtsnachfolger des verpflichteten Eigentümers die Aufgabe des Eigentums verlangen (18 f.). — Nicht fähig zur Bewirkung der Aufgabe des Grundeigentums ist der Testamentsvollstrecker. Denn ihm sind unentgeltliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände — und das ist die Aufgabe nach § 928 — nur gestattet, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2205 BGB.); beides kann nicht der Beweggrund der Aufgabe sein, da diese lediglich den Verlust des Eigentums bezweckt und eine Aufgabe aus einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht undenkbar ist Aber auch der Erbe selbst ist im Falle des Bestehens des Amtes eines Testamentsvollstreckers nicht zur Aufgabe des Grundeigentums legitimiert (§ 2211 Abs. 1 BGB.). Ein dingliches Vorkaufsrecht hindert den Eigentümer nicht an der Aufgabe. Denn nach § 1097 BGB. beschränkt sich das Vorkaufsrecht ausschließlich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer; das Vorkaufsrecht besteht weiter an dem Grundstück und bleibt auch nach dessen Aneignung bestehen. Dem Zwangsverwalter eines Grundstücks ist dessen Aufgabe schlechterdings untersagt, denn er hat das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten, mit welcher Pflicht die Aufgabe unvereinbar ist (§ 152 ZVG.). Im Falle des Miteigentums ist der Verzicht eines Miteigentümers auf seinen Bruchteil nach § 928 zulässig. Dagegen ist natürlich die Aufgabe des ganzen Grundstücks durch einen Miteigentümer allein unzulässig, hierzu ist vielmehr gemeinschaftliche Erklärung aller Miteigentümer erforderlich (26 f.). — Es ist notwendigerweise in der Verzichtserklärung der Antrag auf Eintragung mit enthalten. Ein besonderer Eintragungsantrag nach § 13 GBO. ist daher, als vollkommen überflüssig, unnötig. Ebenso bedarf es nicht einer Eintragungsbewilligung (34 f.). — Da die Verzichtserklärung zugleich Eintragungsantrag ist, verbietet sich ihre bedingte oder befristete Abgabe (36). — Der Verzicht ist sofort mit seiner Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt unwiderruflich (37). — Mit dem Augenblicke, wo der gültig erklärte Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird, geht das Eigentum des bisherigen Eigentümers unter, das Grundstück wird herrenlos (42). — Die dinglichen Rechte Dritter am Grundstücke werden durch die Aufgabe des Eigentums nicht berührt, da ihnen ja das Verhältnis zum Grundstück als solchem unabhängig von der Person

des Eigentümers eigen ist. Eine Veränderung führt die Aufgabe jedoch bei einer dem bisherigen Eigentümer zustehenden Hypothek oder Grundschuld herbei. Die Hypothek wandelt sich aus einer Eigentümerhypothek in eine gewöhnliche Hypothek um. Ferner fallen die Beschränkungen, die sich daraus ergeben, daß der Berechtigte aus der Hypothek oder Grundschuld zugleich Eigentümer des belasteten Grundstücks war (vgl. §§1177 Abs. 2, 1197 BGB.), fort. Der Eigentümer wird nunmehr berechtigt, aus seiner Hypothek die Zwangsvollstreckung in das aufgegebene Grundstück zu betreiben (45). — Die Aneignung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, gerichtet auf ursprünglichen Eigentumserwerb (55). — Das Aneignungsrecht ist ein fiskalisches öffentliches Recht. Deswegen ist die Zulässigkeit seiner Übertragung an andere im ganzen oder in einem einzelnen Falle nicht nach den Vorschriften des Zivilrechts zu bestimmen. Immerhin ist nicht abzusehen, warum eine derartige Übertragung der Ausübung des Aneignungsrechts nicht zulässig sein soll. Im Falle der Übertragung erwirbt dann der, dem die Ausübung des Aneignungsrechts übertragen ist, originäres Eigentum an dem Grundstücke. Natürlich ist diese Übertragung nur möglich, solange der Fiskus von seinem Rechte noch nicht Gebrauch gemacht hat (56 f.). — Eine irgendwie geartete Form für die Aneignungserklärung schreibt das BGB. nicht vor, sie ist danach formfrei. Die Aneignungserklärung ist materielles Erfordernis der Aneignung. Ihre gültige Erklärung ist Voraussetzung der den Erwerb durch Aneignung bewirkenden Eintragung, sie unterliegt demnach den im § 29 GBO. gegebenen formellen Vorschriften. Da der erklärte Aneignungswille nur das Ziel haben kann, den Antrag des Aneignungsberechtigten herbeizuführen, so enthält die Erklärung mit Notwendigkeit den Eintragungsantrag, mithin bedarf es nicht noch der besonderen Stellung eines solchen. Die Aneignungserklärung muß unbedingt und unbetagt sein, sie ist sofort mit ihrem Eingehen beim Grundbuchamt unwiderruflich. Eine Eintragungsbewilligung ist hier ebenso wie beim Verzicht unmöglich (60). — Über den Vertreter nach §§ 58, 787 ZPO. s. 67 ff. — Über den Pfleger nach § 1913 BGB. s. 77 ff. — Die Aufgabe des Erbbaurechts in der Form des § 928 ist nach der in der Literatur vorwiegenden Meinung unzulässig. Dieser unbedingten Ablehnung der Aufgabemöglichkeit ist jedoch nicht beizutreten. Denn das Gesetz bestimmt an sich die analoge Anwendung der Vorschriften über Grundstücke, und ein innerer Grund, dieses Prinzip hier zu durchbrechen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr dürften dieselben Gründe, die den Gesetzgeber zur Ermöglichung der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstücke bewogen, für das Erbbaurecht in gleicher Weise gelten. Denn der Erbbauberechtigte kann ebenso wie der Grundstückseigentümer ein Interesse daran haben, von seinem Rechte befreit zu werden (81).

3. a) SächsOLG. **29** 174 (Dresden). Der der Grundbuchbehörde gegenüber erklärte Verzicht auf das Eigentum ist bis zur Eintragung widerruflich (aM. herrschende Meinung). **b)** Schulze, DJZ. **08** 1168. Es ist zweifelhaft, ob im Wege der einstweiligen Verfügung ein Sequester für ein aufgegebenes Grundstück bestellt werden kann, wie es durch KG., Beschl. vom 19. August 1907, geschah. Es dürfte nur die von Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 233, Lehrb. D. ZPr. II 379 vorgeschlagene Bestellung eines Pflegers (besser: Verwalters) für das aufgegebene Grundstück nach der rechtlichen und praktischen Seite hin befriedigen. **c)** SächsOLG. **29** 174 (Dresden). Zum Schutze des einem Grundstückskäufer zustehenden Anspruchs auf Auflassung kann, gegenüber dem Versuche des Verkäufers, sich des Grundstücks durch Eigentumsaufgabe zu entledigen, eine einstweilige Verfügung erlassen werden. **d)** R. **08** 234 Ziff. 1387, DJZ. **08** 370 (Rostock). Eine Anwendung des § 928 auf das Erbbaurecht ist ausgeschlossen. S. dagegen oben Ziff. 2 aE.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer in ihrer Ausgestaltung durch die §§ 932, 935 BGB. Leipzig 1908. — Wienstein, Neues vom fiduziarischen Rechtsgeschäfte, LeipzZ. **08** 881—886. — Zeiler, Einzelfragen zur „Sicherungsübereignung", SeuffBl. **08** 848—854.

§§ 929, 930. 1. *Reichel, GruchotsBeitr. **52** 354 ff. Schenkungen unter Ehegatten können nicht nur durch Übergabe nach § 929, sondern auch durch constitutum possessorium nach § 930 vollzogen werden: der Mann, bisher unvermittelnder Eigenbesitzer, will fortan vermittelnder Fremdbesitzer, nämlich Verwaltungsbesitzer nach § 1373 für die Frau sein; in dieser Rechtsfigur sind alle Tatbestandsmomente des § 930 erfüllt.

2. *Flatau, Zwangsvollstreckung in Leihmöbel. Die bedingte Übereignung ist lediglich durch Übergabe (und Übergabesurrogate nach §§ 929 Satz 2, 930, 931 BGB.) und bedingte Einigung möglich und hat bei Eintritt der Bedingung ipso iure den Übergang des Eigentums zur Folge. Das Recht des bedingt Erwerbenden während Schwebens der Bedingung ist pfändbar (vgl. näheres oben zu § 455 Ziff. I 1).

§ 929. I. 1. *Wienstein, LeipzZ. **08** 881. Eine wissenschaftliche Rechtfertigung des Begriffs des fiduziarischen Geschäfts ist bisher nicht gelungen, und nach der Gestaltung in der Praxis ist nicht der Fiduziar Eigentümer, sondern der Fiduziant, und der Fiduziar hat nur Dritten gegenüber als Eigentümer zu gelten. Die Inkasso-Zession und das Inkasso-Indossament enthalten in nicht zu rechtfertigender Weise eine Übertragung des Begriffs des fiduziarischen Rechtsgeschäfts auf das Prozeßrecht. Dies zeigt sich wiederum im § 157 Entw. der Nov. zur ZPO.

2. Satz 2. *Reichel, JheringsJ. **53** 145. Traditio brevi manu setzt zwar nicht voraus, daß sich zur Zeit der Übereignungseinigung der Erwerber bereits im unmittelbaren Besitze befindet; es genügt vielmehr auch mittelbarer. Eine Ausnahme findet indes dann statt, wenn und solange der Veräußerer selbst sich im unmittelbaren Besitze der Sache befindet (vgl. auch Neumann, Handausgabe zu § 929).

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 6. 3. 08, BayRpflZ. **08** 289. Bei einem Gattungskaufe muß aus der Übersendung der Ware regelmäßig und abgesehen von besonderen Umständen auf den Willen des Verkäufers, das Eigentum an der übersandten Ware auf den Käufer zu übertragen, geschlossen werden; aber es kann in der bloßen Annahme der übersandten Ware durch den Käufer noch nicht der Ausdruck des Willens, das Eigentum an ihr zu erwerben, gefunden werden, vielmehr entspricht es der Verkehrssitte, daß der Käufer eine vom Verkäufer einseitig ausgeschiedene, ihm übersandte Gattungssache nicht unbesehen erwerben will, sondern nur unter Vorbehalt näherer Prüfung annimmt und von deren Ausfall seine Entschließung, ob er das Eigentum daran erwerben will, abhängig macht.

2. **RG.** R. **08** 701. Hat ein Landwirt aus seinem Viehbestand eine bestimmte Anzahl von Kühen und Schweinen einem Dritten sicherungshalber verkauft, die verkauften Stücke aber auf Grund eines gemäß § 930 mit dem Käufer verabredeten Rechtsverhältnisses in seinem Besitze behalten und hat er dann seinen Viehstand durch weitere Verkäufe und Neuanschaffungen fortgesetzt verändert, ohne daß eine Unterscheidung zwischen den für den Sicherungskäufer bestimmten Viehstücken und dem übrigen Viehstande stattfand, so kann der Sicherungskäufer nicht lediglich dadurch, daß er später Viehstücke in der von ihm gekauften Anzahl von dem Gute wegnimmt, sich an diesen Eigentum verschaffen.

3. **a)** SächsRpflA. **08** 171 (LG. Leipzig). Es kann nicht als ein wesentliches Tatbestandsmoment einer „Übergabe" im Sinne des § 929 Satz 1 angesehen werden, daß der Veräußerer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgebe (gegen Sächs.

A. **11** 736 [Dresden] Planck Anm. 2 zu § 929 u. Staudinger [3/4] § 929 III a). Denn solchenfalls würde eine Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 nie einen Eigentumsübergang vermitteln können. **b)** OLG. **16** 328 (KG.) über Eigentumserwerb an versteigerten Sachen.

§ 930. I. 1. Sicherungsübereignung (s. JDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I). *Zeiler, SeuffBl. **08** 848 ff., behandelt mehrere Einzelfragen zur Sicherungsübereignung: Die Ernstlichkeit des Vertrags; die Vereinbarung des „besonderen Rechtsverhältnisses" (braucht nicht ausdrücklich zu sein und ist regelmäßig als stillschweigend erfolgt anzusehen, wenn die Beteiligten im Ernste eine Sicherungsübereignung wollen); das Rechtsverhältnis darf nicht einem gesetzlichen Verbote zuwiderlaufen, seine Regelung nicht in sich widerspruchsvoll sein; Übereignung solcher Sachen, deren Eigentümer der Übereignende zur Zeit der Vertragsschließung selbst noch nicht ist.

2. **a)** Spieß, LeipzZ. **08** 690. Der Verkaufskommissionär kann Eigentum auf den Käufer auch durch constitutum possessorium übertragen, denn im Verhältnisse zu dem kaufenden Dritten ist kraft Rechtsfiktion der Verkaufskommissionär der Eigentümer. **b)** Gegen diese Fiktion wendet sich Flechtheim, LeipzZ. **09** 48, der jedoch mit Hilfe des § 185 BGB. zu demselben Ergebnisse kommt. Der Käufer erwerbe das Eigentum in den Formen des § 930 einfach deshalb, weil der Kommittent mit der Verfügung einverstanden ist. Es liege also ein Eigentumserwerb vor, der lediglich objektive Voraussetzungen hat, nämlich die Erfordernisse der §§ 929 bis 931 und des § 185, ohne jede Rücksicht auf ein Wissen oder Wissenmüssen des Erwerbenden.

II. Aus der Praxis. 1. LeipzZ. **08** 793 (Hamburg). Unter Besitz im Sinne des § 930 ist nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen; es kann daher auch der mittelbare Besitzer, wenn er Eigentümer ist, durch Besitzvertrag mittelbaren Besitz und damit Eigentum übertragen.

2. ThürBl. **55** 186 (Jena). Die Vereinbarung des Rechtsverhältnisses beim constitutum possessorium kann nicht zwischen dem Erwerber und einer dritten Person erfolgen. Das gesetzliche Besitzrecht ersetzt nicht die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, das den Erwerber zum Besitzer macht.

3. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 3, jetzt auch LeipzZ. **08** 233.

§ 931. 1. *Reichel, JheringsJ. **53** 149. Verständige Beurteiler werden die Einigung zweier Veräußerungsparteien über den Übergang des Eigentums an einer im Drittbesitze befindlichen Sache nie anders auslegen als dahin, daß ihr stillschweigend (§ 133) zugleich die Abtretung des gegen den Dritten bestehenden Herausgabeanspruchs innewohnt. Diese Abtretung braucht daher nicht besonders erklärt zu werden.

2. **RG.** 3. 6. 08, **69** 43. Wenn § 931 Ersatz der körperlichen Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zuläßt, so kann darunter nur ein solcher Anspruch verstanden werden, der dem Eigentümer das Recht gewährt, die Sache in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen, und dessen Abtretung dem Zessionare die Ausübung eines gleichen Rechtes ermöglicht. Der Anspruch auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an die zuständige Behörde zum Zwecke der Abzweigung des dem Gläubiger nicht zustehenden Hypothekenteils ist daher nicht ein Herausgabeanspruch im Sinne des § 931 BGB.

§ 932. PosMSchr. **08** 33 (Königsberg). Für die Frage der Gutgläubigkeit des Erwerbers kommt auch Rechtsirrtum mit in Betracht; ob er ein grobes Verschulden bedeutet, hängt davon ab, ob dem Erwerber Zweifel aufstoßen mußten und ob, wenn sie ihm aufstießen, er das seinige getan hat, um zur richtigen Erkenntnis zu gelangen (vgl. **RG.** JDR. **6** Ziff. 2).

§ 934. **RG.** JW. **08** 717. § 934 spricht ganz allgemein von Erlangung des Besitzes, ohne Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitze. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, diese Vorschrift auf die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu beschränken.

§ 935. KGBl. **08** 57 (KG.). Werden dem Verwahrer von Sachen diese von unbefugter Seite durch Vorspiegelung falscher Tatsachen entzogen, so liegt hierin zugunsten des Eigentümers der Sachen kein „Abhandenkommen" im Sinne des § 935.

§ 936. **RG.** 20. 9. 07, JDR. **6** Ziff. 2, jetzt auch SeuffA. **63** 232.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

Literatur: Liebe, Das Wegnahmerecht der Bauhandwerker, SächsRpflA. **08** 177—182.

§ 946. R. **08** 57 (Cassel). Baut jemand, dem zwei Grundstücke gehören, dergestalt, daß der Bau auf zwei aneinandergrenzende Grundstücke zu stehen kommt, so wird das Gebäude wesentlicher Bestandteil beider Grundstücke nach realen Teilen.

§ 949. **RG.** 13. 3. 08, R. **08** 332. Der Grundsatz des § 949, daß bei einer Vermischung beweglicher Sachen, die verschiedenen Eigentümern gehören, Miteigentum eintritt, die sonstigen an den Sachen bestehenden Rechte aber erlöschen, indes an dem Miteigentumsanteile, der an die Stelle der Sache tritt, fortbestehen, ist entsprechend auch auf den Fall anzuwenden, daß gleichartige Sachen desselben Eigentümers, von denen die einen verpfändet, die anderen dagegen pfandfrei sind, miteinander vermischt werden. Ist also eine Partie gepfändeten Weizens mit anderem dem Schuldner gehörigen Weizen vermengt worden, so tritt für das Pfandrecht an die Stelle des verpfändet gewesenen Weizens ein dem Verhältnisse seines Wertes zu dem Werte des übrigen Weizens entsprechender Bruchteil der Gesamtmenge des Weizens.

§ 950. 1. *Kloeß, Die Energien und das Eigenrecht an ihnen, ACivPr **103** 1 ff. Über den Erwerb des privaten Eigenrechts an Energien ist analog folgende Bestimmung zu bilden: Wer unter Verwendung von Hilfsmaterialien oder Vorenergien durch eine vermittels technischer Hilfsmittel erfolgende individuelle Betätigung neue Energien herstellt, erwirbt das Verfügungsrecht an ihnen, sofern der Wert der Betätigung nicht geringer ist als der Wert der Hilfsmaterialien und Vorenergien. Der Erwerb tritt jedoch nicht ein, wenn der Betätigung die Rechte der zur Benutzung der technischen Hilfsmittel berechtigten Person oder Dritter entgegenstehen. (Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 90.)

2. R. **08** 57 f. (Hamm). Die Frage, ob eine Verarbeitung oder Umbildung einer Sache im Sinne des § 950 vorliegt, ist nach der Auffassung des Verkehrs zu beantworten. Nach der Auffassung des Verkehrs wird aber ein zu bestimmten Eintragungen benutztes Geschäftsbuch nicht dadurch zu einer neuen, anders gearteten Sache, daß darin diejenigen Neueintragungen gemacht werden, für die es bestimmt ist.

§ 951. I. Liebe, SächsRpflA. **08** 177 ff. Im § 951 Abs. 2 Satz 2 sollen die Worte „die Wegnahme" dasselbe bedeuten, wie die unmittelbar vorhergehenden, auf die sie Bezug nehmen, „die Wegnahme einer Einrichtung". Nicht die Wegnahme wesentlicher Bestandteile schlechthin soll hier geregelt werden, sondern die Wegnahme einer Einrichtung, die ein wesentlicher Bestandteil geworden ist. — Eine Einrichtung ist nicht, wie Kretzschmar, ZBlFG. **6** 5 f. (vgl. auch JDR. 4 Ziff. 2), ausführt, eine Sache, die mit der Hauptsache zu einem ohne die Zerstörung der Hauptsache wieder abtrennbaren Bestandteile verbunden ist, eine Einrichtung tritt vielmehr in der Regel einer anderen fertiggestellten Sache hinzu, niemals ist sie eine Sache, die in eine andere zu deren Fertigstellung eingefügt ist. Wie der Zweck der Einfügung darüber entscheidet, ob eine Sache überhaupt Be-

standteil eines Gebäudes ist oder nicht, so entscheidet dieser Zweck auch darüber, ob eine einem Gebäude eingefügte Sache als Einrichtung dem Rechte der Wegnahme unterliegt oder als zum Zwecke der Herstellung des Gebäudes eingefügt nicht wegnehmbar ist (180, 181). Ist ein Ofen zum Zwecke der Herstellung des Gebäudes eingefügter wesentlicher Bestandteil, dann unterliegt er dem Wegnahmerecht überhaupt nicht. Ist er zwar nicht zum Zwecke der Herstellung des Gebäudes eingefügt, aber doch durch Verbindung dessen wesentlicher Bestandteil geworden, dann unterliegt er dem persönlichen Wegnahmerechte nach § 951 Abs. 2 Satz 2. Ist er nur zu vorübergehendem Zwecke eingefügt, dann ist er überhaupt nicht Bestandteil und unterliegt dem dinglichen Wegnahmerechte.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** R. **08** 399. Ist eine auf einem fremden versteigerten Grundstücke stehende Lokomobile durch Zuschlag in dem Zwangsversteigerungsverfahren freies Eigentum eines Dritten geworden, so besteht weder ein Recht auf Wegnahme aus § 951 Abs. 2 noch ein Bereicherungsanspruch aus § 951 Abs. 1, denn der Dritte hat dann die Bereicherung nicht durch die Verbindung der Maschine mit dem Grundstücke, sondern durch den Zuschlag, also nicht ohne rechtlichen Grund erhalten.

2. Abs. 2 Satz 2. SächsRpflA. **08** 142 (Dresden). Gegen die Annahme einer dinglichen Wirkung des in Abs. 2 Satz 2 geordneten Wegnahmerechts (vgl. Kretzschmar, JDR. **4** Ziff. 3 b) spricht der Inhalt dieser Bestimmung selbst insofern, als diese Vorschrift die Wegnahmebefugnis durch Verweisung auf die im § 997 enthaltenen Vorschriften über das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer regelt. Denn nach dem Zusammenhange der §§ 985 ff., 1001 f., 258 BGB. wird die Wegnahmebefugnis dem früheren Besitzer im § 997 nicht gegenüber dem Eigentümer schlechthin, sondern nur gegenüber demjenigen Eigentümer verliehen, der zuerst die Hauptsache mit oder ohne Klage wiedererlangt. Dazu tritt die Rücksicht auf den Zusammenhang des § 951 Abs. 2 Satz 2 mit dem § 951 Abs. 1. Hiernach liegt die Annahme nahe, daß das Wegnahmerecht an Stelle des im § 951 Abs. 1 bestimmten Bereicherungsanspruchs treten sollte, der auch nur gegenüber einem bestimmten Eigentume gegeben ist. Vgl. zu diesem Urteile die Bemerkungen von Liebe, SächsRpflA. **08** 177 ff.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

§ 956. PosMSchr. **08** 27 (Königsberg). Voraussetzung des § 956 ist, daß der Gestattende zu der Zeit, die für den Fruchterwerb maßgebend ist, noch zur Gestattung der Aneignung befugt ist. Nach einer Beschlagnahme des Grundstücks ist daher der Fruchterwerb des obligatiorsch Nutzungsberechtigten ausgeschlossen (§ 21 ZVG.).

V. Aneignung.

§ 960. Wilde Tiere. *Wendt, ACivPr. **103** 458 ff. Wann gehört ein Tier zu der Gruppe der wilden Tiere? Das ist im Gesetze nicht festgelegt. Maßgebend ist der Gegensatz der Haustiere. Eine Wildheit, feritas der römischen Quellen, in dem Sinne, wie das gewöhnliche Leben dieses Wort versteht, ist gleichgültig; zu den wilden Tieren gehören die harmlosesten und wehrlosesten Tiere.

VI. Fund.

Literatur: Strauß, Das Fundrecht des BGB. München 1908.

§ 965. 1. Strauß, Fundrecht 22. Das Ansichnehmen, sei es, daß es im Ergreifen einer leblosen Sache, sei es, daß es im Nebenherlaufen eines Tieres besteht, ist immer eine bewußte und gewollte Handlung, während nach dem BGB. ein Besitzerwerb ohne Wissen und Willen des Erwerbenden anzuerkennen ist. Der un-

redliche Finder, der die Sache für sich behalten will, wird mit dem Ansichnehmen der Fundsache Alleinbesitzer. Der redliche Finder, der sie dem Verlierer zurückgeben will, ist Besitzmittler, während der Verlierer mittelbarer Besitzer wird (29). AM. Cosack II 64 f., Lenel, Stellvertretung und Vollmacht 57 (wie Strauß: Wendt, Kniep, Windscheid, Bekker, JheringsJ. **30** 235 ff.).

2. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 93. Eine Verletzung der Anzeigepflicht in den §§ 965 ff. ist auch durch ein Kind oder einen Geisteskranken möglich. Rechtsfolge: Kein Anspruch auf Finderlohn; darüber hinaus Schadensersatzanspruch.

§ 966. Gegen Planck Anm. 1 zu § 966 und Biermann Anm. 3 zu § 966 hält Strauß 40 den Finder von schnell verderblichen und geringwertigen Sachen (z. B. Nahrungsmitteln) für berechtigt, die Fundsache aus freier Hand zu veräußern oder selbst zu verzehren und gibt dem Verlierer dafür den eventuellen Anspruch auf die Bereicherung aus dem Verbrauch oder der Veräußerung der Sache.

§ 973. Strauß 53. Da das Erlöschen des alten Rechtes für den Eigentumserwerb des Finders maßgebend ist, vollzieht er sich folgerichtig ex nunc (aM. Staudinger zu § 973).

§ 974. Strauß 55. Das BGB. nennt im § 974 zwar nur den Fall ausdrücklich, daß nach Erstattung der Anzeige bei der Polizeibehörde ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt wird oder seine Rechte anmeldet, und läßt den Fall ungelöst, daß der Finder die Anzeige bei der Polizeibehörde befugterweise unterlassen hat, weil ihm ein Empfangsberechtigter von vornherein bekannt war. Allein beiden Fällen ist im Gegensatze zum § 973 gemeinsam, daß dem Finder ein bekannter Empfangsberechtigter gegenübersteht, der die Befriedigung des Finders verweigert. War also hier die Voraussetzung für den Lauf der einjährigen Frist von vornherein nicht gegeben, so bedarf es nun auch nicht einer nachträglichen Anzeige bei der Polizeibehörde, um den Eigentumserwerb des Finders nach Maßgabe des § 974 zu ermöglichen (aM. Planck Anm. 1 zu § 974).

§ 978. 1. Strauß 63. Die Fassung des § 978 weist in kaum mißzuverstehender Weise darauf hin, daß es sich bei den „dem öffentlichen Verkehre dienenden Verkehrsanstalten" nicht um Anstalten handelt, bei denen ein Verkehr im weiteren Sinne (d. i. ein Zusammensein einer Mehrheit von Menschen) Begleiterscheinung eines beliebigen Anstaltszwecks ist (Theater, Bank, Warenhaus), sondern, daß hier nur Anstalten in Betracht kommen, bei denen zu diesem Verkehr im weiteren Sinne als eigentlicher Anstaltszweck hinzukommt, daß die Anstalt dem Verkehr im engeren Sinne, das ist der räumlichen Fortbewegung von Personen, Gütern und Nachrichten dient (gegen Staudinger Anm. 1 b, Biermann Anm. 1 zu § 978, Kuhlenbeck 548).

2. Strauß 64. Eine über die Ablieferung an die Verkehrsanstalt oder Behörde hinausgehende Verpflichtung, etwa die Sache dem ihm bekannten Empfangsberechtigten auszuhändigen oder bei der Behörde den ihm bekannten Empfangsberechtigten anzugeben, besteht für den Finder nicht (aM. Staudinger, Biermann Anm. 2 zu § 978). Das schließt jedoch nicht aus, daß der Finder nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag, die auch in diesem Falle ergänzend eintreten, anstatt die Sache abzuliefern, sie dem ihm bekannten Empfangsberechtigten selbst aushändigt und Ersatz seiner Aufwendungen zu beanspruchen vermag. Bei dieser Geschäftsführung wie bei der Ablieferung an die Behörde oder Anstalt haftet der Finder dem Empfangsberechtigten gegenüber wegen seines Verhaltens, z. B. wegen Ablieferung an einen vermeintlichen Angestellten, nicht bloß für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern für Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach § 276 (aM. Plank Anm. 2 zu § 978).

3. OLG. Hamburg, JDR. **5**, jetzt auch SeuffA. **63** 105 ff.

§ 980. Strauß 65. Die trotz unterlassener Bekanntmachung erfolgte Versteigerung der Fundsache ist als Veräußerung durch einen Nichtberechtigten ungültig; der um die Unterlassung wissende Ersteigerer vermag nicht Eigentum zu erwerben (aM. Neumann, Handausg. Anm. 1 zu § 980).

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

§ 985. 1. Müller, LeipzZ. **08** 684. Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung ein Grundstück verkauft und dem Käufer den Besitz daran übertragen, die Auflassung jedoch noch nicht vollzogen, während der Kaufpreis ihm bereits ausgezahlt war, so hat der Konkursverwalter keinen Herausgabeanspruch gegen den Käufer, weil diesem gegenüber einem solchen Anspruche die exceptio rei venditae et traditae gemäß § 986 BGB. zusteht (aM. die Literatur, z. B. Planck, BGB. III Anm. 1 zu § 986).

2. **a)** **RG.** 15. 4. 08, R. **08** 370. Der Eigentümer als solcher hat kein Anrecht auf die Entschädigungsgelder, die ein Dritter auf Grund einer lediglich für sich und in seinem eigenen Interesse (Gewerbebetrieb) geschlossenen Versicherung ausgezahlt erhalten hat. Wollte sich der Eigentümer gegen den zufälligen Untergang seiner Sachen sichern, so hätte er selbst sein Eigentum versichern sollen. Auch ein Fall der unechten Geschäftsführung liegt solchenfalls nicht vor, weil das Geschäft überhaupt kein fremdes war. **b)** **RG.** 29. 11. 07, R. **08** 13. Der Antrag des auf Grund des § 985 klagenden Eigentümers darf nicht auf Herausgabe der im Besitze des Beklagten befindlichen Sachen oder Erstattung des Wertes lauten, denn der Beklagte hat nicht jeden Fall des Unmöglichwerdens der Naturalrestitution zu vertreten.

§ 986. Dochnahl, JheringsJ. **53** 303 ff. Die Bestimmung des Satz 1 ist auf den Grundbuchberichtigungsanspruch entsprechend zu übertragen (vgl. oben zu § 894 Ziff. I).

§ 987—993. *Wurzer, GruchotsBeitr. **53** 48, führt aus, daß die in §§ 987—993 behandelten Ansprüche Nebenforderungen zum Eigentumsanspruch des § 985 seien.

§ 990. PosMSchr. **08** 33 (Königsberg). Durch den § 990 wird zugleich ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis persönlicher Natur anerkannt, demzufolge der unredliche Besitzer dem jeweiligen Eigentümer der Sache auf Erhaltung, Nutzbarmachung und Herausgabe der Sache oder auf Schadensersatz auch außerhalb eines Prozeßrahmens verhaftet ist.

§ 1001. Döring, Natürliche Verbindlichkeiten im BGB. (Berlin 1908) 48. Der Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen gemäß § 1001 kann nicht mit Enneccerus, BGB. I § 148 II 4, Mattiaß, BGB. I § 72, und anderen als natürliche Verbindlichkeit aufgefaßt werden, weil hier die Klagbarkeit nicht dauernd fehlt, es sich vielmehr nur um eine temporäre Klaglosigkeit handelt. Es wird durch § 1001 dem Eigentümer nur eine aufschiebende Einrede gewährt, welche ihn gegen die Geltendmachung des Anspruchs zu unrechter Zeit zu schützen imstande ist.

§ 1004. 1. **RG.** R. **08** 128. Wird der Eigentümer eines mit einer Servitut belasteten Grundstücks dadurch, daß der Eigentümer des servitutberechtigten Grundstücks die Servitut auch zugleich für nicht berechtigte, mit dem ersteren zu einem einheitlichen Gewerbebetriebe verbundene Grundstücke ausübt, über die Grenzen der Servitutberechtigung hinaus in seinem Eigentume beeinträchtigt, so kann er zwar nicht die Herstellung von Einrichtungen verlangen, durch welche die Ausübung der Grunddienstbarkeit für die nicht berechtigten Grundstücke verhindert wird, weil der Servitutberechtigte zur Einschränkung seines Gewerbebetriebs nicht gezwungen werden kann; wohl aber kann er beanspruchen, daß dem Berechtigten untersagt wird, die Grunddienstbarkeit auszuüben, solange er die nicht berechtigten Grundstücke für seinen Gewerbebetrieb mitbenutzt.

2. **RG.** JW. **08** 334, EisenbE. **25** 65, BayRpflZ. **08** 246, SeuffA. **63** 276. Die Vorschrift des § 1004 Abs. 2 hat anscheinend in erster Linie den Fall im Auge, daß der Geltendmachung des Eigentums auf Grund eines entgegenstehenden dinglichen oder persönlichen Privatrechts widersprochen wird. Nach ihrer allgemeinen Fassung ist sie indes unbedenklich auf alle die Fälle mitzubeziehen, in denen der Grund für die Eigentumseinschränkung nicht in privaten Rechtsbeziehungen, sondern in landespolizeilichen oder sonstigen, aus Rücksichten des Gemeinwohls oder öffentlichen Interesses getroffenen obrigkeitlichen Anordnungen liegt.

3. SächsRpflA. **08** 388 (Dresden) über den Schadensersatzanspruch eines Grundstückseigentümers wegen des regelmäßig eintretenden Sichsetzens des auf dem Nachbargrundstück errichteten Neubaues.

4. OLG. Kiel, JDR. **6** Ziff. 2, vom RG. bestätigt, vgl. SchlHolstAnz. **08** 337.

§ 1006. 1. **RG.** 29. 11. 07, R. **08** 14. Die zugunsten des Eigenbesitzers bestehende Vermutung aus § 1006 Abs. 1 steht dem gegenwärtigen Besitzer — von den in Satz 2 angeführten Ausnahmen abgesehen — auch dem früheren Besitzer gegenüber zu. Dieser kann sich zur Entkräftung der Vermutung des Abs. 1 nicht auf die nur für die Dauer seines Besitzes aufgestellte Vermutung des Abs. 2 berufen; vielmehr ist von ihm zur Entkräftung der Vermutung des Abs. 1 zu fordern, daß er den Nachweis erbringt, daß der gegenwärtige Besitzer nicht Eigentümer ist (vgl. **RG. 55** 53, JDR. **2**). Das RG. läßt dahingestellt, welchen Einfluß die Behauptung des früheren Besitzers, daß der jetzige Besitzer ihm gegenüber zum Besitze nicht berechtigt sei, auf die Vermutung des § 1006 Abs. 1 haben kann.

2. **RG.** R. **08** 701 f. Die Vermutung des § 1006 gilt nach der im § 952 getroffenen besonderen Bestimmung nicht für die über eine Forderung oder ein Recht auf Leistung ausgestellten Schuldscheine, z. B. Sparkassenbücher (vgl. JDR. **3**).

Fünfter Titel. Miteigentum.

Literatur: Doßmann, Das Recht des Miteigentümers. Halle a. S. 1908.

§§ 1008 ff. *Doßmann aaO. Das Anteilsrecht des Miteigentümers ist ein dingliches Recht an der im Miteigentume stehenden Sache, gehört aber trotzdem unter die Kategorie der Mitgliedschaftsrechte. Es ist dasjenige Mitgliedschaftsrecht, welches vom Gesetze zur größtmöglichen Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den damit zusammenhängenden, auf dasselbe Objekt gerichteten Rechten der übrigen Genossen ausgebildet ist. Es ist ein Recht sui generis, nicht Eigentum an der Sache, auch nicht ein Teil dieses Eigentumsrechts an der Sache oder gar Eigentum an einem gedachten Teile der Sache (wird ausführlich unter genauer Berücksichtigung auch der gemeinrechtlichen Literatur ausgeführt). Das Anteilsrecht setzt sich vielmehr zusammen aus Befugnissen, die durch Teilung aller teilbaren, im Eigentum enthaltenen Befugnisse gebildet sind, sowie aus der Mitgliedschaft an allen unteilbaren, durch das Eigentum gewährten Befugnissen, welche gemeinsam verbleiben (die Teilbarkeit der einzelnen Befugnisse wird hierbei eingehend untersucht). — Auf das Anteilsrecht des Miteigentümers haben, soweit Sonderbestimmungen keine andere Regelung erfordern (vgl. bes. § 741 BGB.!), die Vorschriften über das Eigentum analoge Anwendung zu finden.

§ 1010. 1. BayObLG. **9** 55 ff. Bei reichsritterschaftlichen Familienkondominaten findet auf eine vertragsmäßige Regelung der Nutzungen § 1010 keine Anwendung. Diese Regelung begründet kein selbständiges dingliches Recht, sondern nur obligatorische Beziehungen der Beteiligten. Deren Rechtsnachfolger (Anwärter) bleiben durch die das Kondominat begründenden Familienverträge auch ohne Eintragung der Nutzungsordnung in das Grundbuch gebunden; es genügt, wenn die Unveräußerlichkeit des Kondominats als solchen eingetragen ist.

2. Über die Geltung des § 1010 in der Teilungsversteigerung vgl. unten zu § 181 ZVG.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. 1. *a) Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen, Bodenreform **08** 251 ff. Das Erbbaurecht (die englische building lease) kommt bei uns nicht auf gegen das Bauen auf Boden mit hypothekarisch kreditiertem Preise. Der Engländer borgt sich den Boden, wir den Preis des Bodens. Beides ist „Bau auf unbezahltem Boden". — Gegenüber jener Kaufpreishypothek ist Erbbau: a) billiger: etwa 2½ pCt. statt etwa 3½ pCt.; b) ungefährlicher, da bei Nichtzinszahlung und Zwangsversteigerung hier nur auf Jahresrenten gehaftet wird, dort auf eine oft unerschwingliche Kapitalsumme. **b)** *Landmann, BadNotZ. **08** 11—18. Die praktische Verwertung des Erbbaurechts setzt die rechtliche Möglichkeit der Bestellung von Reallasten für Erbbauzinsen voraus. Wo diese Möglichkeit — wie in Baden durch § 26 Abs. 2 BadAGBGB. — rechtlich ausgeschlossen ist, ist die für den Eigentümer unumgängliche dingliche Sicherung durch andere dingliche Rechte — Hypotheken, Grund-, Rentenschulden — aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen nicht zu erreichen. Die Ansicht Ermans (Erbbaurecht u. Kleinwohnungsbau [Münster 1907] 13), die der Bestellung von Reallasten für Erbbauzinsen entgegenstehenden partikularrechtlichen Verbote seien wegen Art. 115 EGBGB. unzulässig, ist nicht zutreffend. Es bedarf deshalb der landesgesetzlichen Außerkraftsetzung derartiger Verbote, um die im sozialpolitischen Interesse wünschenswerte Einbürgerung des Erbbaurechts zu ermöglichen.

2. KGJ. **35** A 251, RJA. **9** 128, SeuffA. **63** 196, R. **08** II 417 Ziff. 2444 (KG.). Ein Erbbaurecht kann nicht unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, daß es im Falle seiner Veräußerung erlösche, dagegen sind sonstige auflösende Bedingungen zulässig.

3. Landesrecht. **a)** **RG.** 14. 12. 07, **67** 228, JW. **08** 219. Preußische Realgewerbegerechtigkeiten, wie z. B. Abdeckerei-, Apotheken-, Brennerei- und Schankgerechtigkeit, können von dem Grundstücke, mit dem sie verbunden sind, abgetrennt werden, wenn Wesen und Begriff der Realgewerbeberechtigung durch die Trennung von dem Grundstücke keine wesentliche Veränderung erleiden. **b)** ElsLothJZ. **08** 36 (Colmar) über die Eintragung einer unter der Herrschaft des gemeinen römischen Rechtes begründeten Superficies als Erbbaurecht in das Grundbuch. **c)** Ungerer, ElsLothJZ. **08** 317 über Natur und Bestand der sog. selbständigen Fischereirechte in Elsaß-Lothringen. **d)** *Poll, MecklZ. **26** 301 ff. Wenn ein Teil einer ritterschaftlichen Erbpachthufe zwecks Wiedervereinigung mit dem Obereigentume von dem Erbpachtrechte befreit werden soll, so bedarf es nicht der Rückübertragung des Nutzeigentums an dem Grundstücksteile mittels Auflassung, sondern es genügt, wenn das Erbpachtrecht an diesem Grundstücksteile vertragsmäßig — durch eine Berichtigung des Grundbriefs — aufgehoben und diese Änderung des Erbpachtrechts in das Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen wird. Hierdurch allein wird die Rechtsänderung herbeigeführt, ohne daß noch ihre Eintragung in das für das Erbpachtrecht bestimmte Grundbuchblatt erforderlich wäre; in diesem ist vielmehr die Änderung des Inhalts des Erbpachtrechts nur nachrichtlich (von Amts wegen) zu vermerken (vgl. EGBGB. Art. 63 und MecklABGB. §§ 170 ff.; s. auch LG. Schwerin, MecklZ. **26** 289). **e)** S. weiter Buschmann, MecklZ. **25** 343 ff., **27** 58 ff., Beiträge zum Grundbuchrechte der Erbpachtgrundstücke.

§ 1017. *1. Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungswesen, Bodenreform **08** 285. Die Erbbauhypothek ist unberechenbar, wenn das Erbbaurecht resolutiv bedingt und dadurch vorzeitigem Erlöschen ausgesetzt ist. Daher empfiehlt es sich, die Resolutivbedingung durch die Rückübertragungspflicht mit Vormerkung zu ersetzen und vor dieser den zu sichernden Hypotheken den Vorrang einzu-

räumen. Andere, ungenehmigte Hypotheken wird der Erbbauer dann schwerlich erhalten. — Für die Erbbauhypothek haftet der „Erbbauwert", der bei längerer Frist wenig geringer ist, als der des Eigentums. Er bemißt sich nach der Summe der zu erwartenden, reinen Jahresnutzungen, auf den Schätzungstag diskontiert. Eine Jahresnutzung von 10 000 M. ergibt zu 5 pCt. diskontiert als Wert: bei Eigentum (ewiger Nutzung) 200 000 M., bei 80 jährigem Erbbaurechte 195 964 M., bei 61 jährigem 191 610 M. Die Amortisation der Erbbauhypothek geht aber in viel rascherer Progression vor sich, so daß das Verhältnis der Hypothek zum Erbbauwerte mit jedem Jahre günstiger wird. ➸ Sehr lästig ist für die Erbbauhypothek, wie für alle Amortisationshypotheken, die für jede getilgte Rate entstehende „Eigentümerhypothek" des jeweiligen, bei gemeinnützigen Kleinwohnungsunternehmungen oft wechselnden und später unauffindbaren Erbbauers. ⇽

2. Schefold, DJZ. **08** 171 ff. Erlischt das Erbbaurecht, so erlöschen auch die darauf gelegten Hypotheken usw., und zwar gleichgültig, ob man annimmt, daß das Bauwerk als selbständige bewegliche Sache fortbestehe, oder daß das Eigentum am Bauwerk im Eigentum an Grund und Boden aufgehe. Um ein Erlöschen der auf dem Bauwerke bestehenden Hypotheken bei Aufhebung des Erbbaurechts zu vermeiden, empfiehlt sich eine Vereinbarung dahin, es solle am gesetzten Endtermine das Erbbaurecht nicht erlöschen, sondern dem Grundstückseigentümer vom letzten Erbbauberechtigten zurückgewährt werden. Dann geht das Eigentum am Gebäude mit dem Erbbaurecht auf den Grundstückseigentümer über und die Hypothek bleibt bestehen. Wenn der Grundstückseigentümer das Erbbaurecht zur Löschung bringen will, hat er dem Hypothekengläubiger die Summe zu zahlen, die er nach dem Gründungsvertrag oder nach Bereicherungsgrundsätzen des Erbbauberechtigten zu zahlen hätte (aM. Kohn, Erbbaurecht, u. Planck Anm. 2 zu § 1017).

Fünfter Abschnitt Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Begründung der Grunddienstbarkeit. 1. a) Hess. Rspr. **9** 106 (Karlsruhe). Die Begründung einer Realservitut durch stillschweigende Willenseinigung war unter der Herrschaft des maßgebenden badischen Landrechts möglich. Sie bedurfte eines Eintrags zum Grundbuche nicht, und sie besteht auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte fort (Art. 184 EGBGB.). **b) RG.** 8. 7. 08, NaumburgAK. **08** 65 über die stillschweigende Bestellung von Grunddienstbarkeiten nach Preußischem Landrechte (I. 22 § 13).

2. ElsLothJZ. **08** 121 (Colmar). Eine Entstehung der Grunddienstbarkeit durch Widmung (destinatio patris familias), die unter der Herrschaft des früheren Rechtes möglich war (Artt. 692—695 C. c.), ist jetzt ausgeschlossen.

II. Wesen der Grunddienstbarkeit. *Führich, Rechtssubjekt und Kirchenrecht (I. Teil) 181 ff. Das Wesen der Servitut besteht in der Bestimmung einer Sache (nicht ihrer ganzen Substanz nach, aber) in bezug auf irgendeinen partikulären Nutzen, den sie gewähren kann, für den Servitutenberechtigten.

III. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. Segall, ABürgR. **32** 428. In den Städten werden als Grunddienstbarkeiten anscheinend am häufigsten eingetragen: Fensterrechte, Mauerbenutzungsrechte (vor allem das Recht, die Giebelwand auf der nachbarlichen Mauer aufzusetzen und Fenster in der Mauer zu halten) — Brandenburg, Schlesien, Rheinhessen, Oldenburg, Reuß, Württemberg, Baden — ferner Übergangs-, Überfahrts-, Wegegerechtigkeiten (aus allen Gegenden bezeugt), Brunnenbenutzungsrechte (Pommern, Kleinstadt und Land), Anbau-, Dachtraufgerechtigkeiten, Kanalanlegungs-, Licht- und Luftservituten, Recht

auf Fenstervergitterung, auf Straßenabtretung für Gemeinden (Württemberg), Unterwerfung unter die Einwirkung des Bahnbetriebs (Fabrik-, Gruben- oder Staatsbahnen). In Wiesbaden spielen die mit den Thermalquellen verbundenen Wasserleitungsdienstbarkeiten eine besondere Rolle. Ferner mannigfache Arten von Baubeschränkungen bezüglich des Bauabstandes, der Bauhöhe, der Fluchtlinie, die Beschränkung, daß mit Geräuschen oder Gerüchen verbundene Gewerbe auf dem Grundstücke nicht betrieben werden dürfen; Anlegung eines Vorgartens (Berlin und Umgegend), Herstellung architektonisch gegliederter Fassaden (ebendort), Hofgemeinschaften. Im wesentlichen die gleichen Grunddienstbarkeiten (am häufigsten Wegerechte usw.) finden sich auf dem Lande, ferner Schleusen-, Abwässerungsgerechtigkeiten und die Verpflichtung, kein Federvieh zu halten (Provinz Sachsen). Als Besonderheit wird aus Oldenburg mitgeteilt die Verpflichtung der Kolonaten (die ihnen bei ihrer Einweisung auferlegt wird), Erde aus dem Kanal zu lagern.

2. Die Dienstbarkeit des Straßenanliegers. a) **RG.** 8. 1. 08, R. **08** I 171. Der Anbauer erwirbt im Geltungsbereiche des PrALR. und des franz. Rechtes an einer zum Anbaue bestimmten städtischen oder dörflichen Straße ein subjektiv und objektiv dingliches Recht an der Straße auf freien Verkehr auf ihr und mittels ihrer, jedoch mit der Maßgabe, daß dieses servitutarische Recht begrenzt und bedingt ist durch die Zweckbestimmung der Straße selbst dergestalt, daß der Hausbesitzer sich alle im Interesse der Straße selbst und des öffentlichen Verkehrs auf ihr vorgenommenen Veränderungen gefallen lassen muß, soweit dadurch die Ausübung seines Rechtes auf Verkehr mit und auf der Straße nicht völlig gehindert oder wesentlich erschwert wird. **b)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **6** zu § 1018 Ziff. 4 a auch GruchotsBeitr. **52** 1200. **c)** Schelcher, Entschädigung des Straßenanliegers, FischersZ. **34** 42, 60. Es besteht auf Grund gewohnheitsrechtlicher Entwickelung die verbindliche Vorschrift des heutigen Rechtes, daß der Anlieger für die Vermögensnachteile, die ihm aus einer Straßenveränderung erwachsen, in gewissem Umfange nach Billigkeit entschädigt werde. Bei Veränderungen von öffentlichen Wegen durch die zuständige Behörde ist demjenigen, dem das Vor-, handensein der Straße begründeten Anlaß gibt, auf ihren Bestand zu vertrauen, der Schaden zu ersetzen, den er durch sein gerechtfertigtes Vertrauen auf den bisherigen Zustand der Straße erleidet. Eine privatrechtliche Dienstbarkeit liegt hierin nicht (5 ff., 15 ff.).

3. Weitere Fälle. a) R. **08** II 58 Ziff. 326 (Stuttgart). Eine Grunddienstbarkeit, welche ein Konkurrenzverbot (Verbot eines Pelzwarenhandels) zum Gegenstande hat, ist nicht zulässig, wenn weder nach der natürlichen Lage des herrschenden Grundstücks noch nach besonderen bereits getroffenen oder zu treffenden Einrichtungen angenommen werden kann, daß das Konkurrenzverbot, wie dies nach § 1019 BGB. erforderlich wäre, einen Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bietet, vielmehr nur ein persönlicher, dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks oder einer Reihe aufeinander folgender Eigentümer zukommender Vorteil in Frage steht. **b)** R. **08** II 58 Ziff. 327 (Stuttgart). Eine Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß insolange, als die auf dem herrschenden Grundstücke bestehenden Ladenräume dem Betrieb eines Spezereiwarenhandels dienen, auf dem belasteten Nachbargrundstücke keine Spezereiwarenhandlung betrieben werden dürfe, ist zulässig. **c)** **RG.** 8. 4. 08, R. **08** II 5 67 Ziff. 3134. Eine Servitut kann in dem Rechte bestehen, Fenster an einer Stelle zu halten, wo sie an sich durch die gesetzliche Eigentumsbeschränkung des Art. 13 III. 12 des Lübischen Rechts ausgeschlossen wären. **d)** **RG.** 20. 12. 07/7. 1. 08, R. **08** II 128 Ziff. 759, BadRpr. **08** 72. Die Eigentumsbeschränkung, daß gewisses Vorgartengelände nicht zu Wirtschaftszwecken benutzt werden dürfe, stellt sich dann nicht als eine Dienstbarkeit, sondern als eine öffentliche Last dar, wenn sie bloß im

öffentlichen Interesse eingeführt, nichts anderes als die Wiederholung einer baupolizeilichen Bestimmung ist, und wenn der Berechtigte an deren Durchführung nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse kein privatrechtliches Interesse hat. e) Bad. Rpr. **08** 279 (Karlsruhe) über die Rechtsverhältnisse bei halbscheidiger Mauererrichtung. f) Pfister, BayRpflZ. **08** 113 über Grunddienstbarkeiten und forstpolizeiliche Strafvorschriften.

IV. Geltendmachung der Grunddienstbarkeit. **RG.** 25. 4. 08, R. **08** II 371 Ziff. 2182. Ist eine Grunddienstbarkeit als „Fahr- und Wegegerechtigkeit" ohne jede Einschränkung im Grundbuch eingetragen und als solche auch stets ausgeübt worden, so hat der Eigentümer des belasteten Grundstücks für die Behauptung, daß die Dienstbarkeit sich auf den landwirtschaftlichen Betrieb des herrschenden Grundstücks beschränke, die Darlegungs- und Beweispflicht (vgl. JW. **98** 399 Ziff. 48).

§ 1019. 1. **RG.** 25. 4. 08, R. **08** II 371 Ziff. 2183, Warneyers ErgBd. **08** 372. Wie für das Gebiet des Preuß. Landrechts wiederholt ausgesprochen ist, darf eine Grunddienstbarkeit für neue Gewerbebetriebe, Fabriken, Ziegeleien u. dgl., die auf dem herrschenden Grundstück errichtet werden, nicht in Anspruch genommen werden (vgl. GruchotsBeitr. **39** 982, **45** 917, JW. **95** 154 Ziff. 32, 210 Ziff. 44, **98** 624 Ziff. 72). Dagegen ist die intensivere Ausnutzung des herrschenden Grundstücks nicht unter allen Umständen unzulässig (vgl. Prot. z. BGB. III 310, Planck III Anm. 4, 5 zu § 1019 BGB., JW. **98** 399 Ziff. 48, **00** 677 Ziff. 48).

2. SchlHolstAnz. **09** 9 (Kiel). Es fragt sich, ob die durch die Veränderung in der Bestimmung und der Benutzung des berechtigten Grundstücks bewirkte Vermehrung des Bedürfnisses und somit der Belastung des belasteten Grundstücks als unzulässige vertragswidrige Ausdehnung der Grunddienstbarkeit gelten muß. Auszugehen ist davon, daß nicht jede noch so geringfügige Mehrbelastung nach dem Parteiwillen als ausgeschlossen anzusehen ist. Es kann immer nur die durch eine wesentliche Umgestaltung des herrschenden Grundstücks herbeigeführte Inanspruchnahme des dienenden Grundstücks in Betracht kommen. Dabei wird ferner die Erwägung Platz greifen müssen, daß der Umfang des Rechtes der Dienstbarkeit nicht schlechthin durch den Umfang der zur Zeit ihrer Entstehung tatsächlich ausgeübten Benutzung begrenzt, sondern in erster Linie durch den erkennbaren Vertragswillen bestimmt wird. Diesem Willen wird es aber regelmäßig entsprechen, daß das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks maßgebend ist, und zwar das wesentliche und dauernde Bedürfnis.

§ 1020. 1. **RG.** 25. 4. 08, R. **08** II 371 Ziff. 2184. Eine unzulässige Beeinträchtigung einer an einem offenen Wege eingeräumten unbeschränkten Fahr- und Wegegerechtigkeit ist darin zu finden, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks den Weg beiderseits mit verschließbaren Toren abschließt und diese Tore ständig verschlossen hält, wenn er auch durch Aushändigung eines Schlüssels dem Berechtigten die Möglichkeit der ferneren Benutzung des Weges gewährt. S. auch unten zu § 1029 BGB.

2. LG. Meiningen und OLG. Jena, ThürBl. **35** 144, über die Anwendung des Satzes, daß die Dienstbarkeit in einer für das belastete Eigentum schonenden Weise auszuüben ist.

§ 1021. 1. Clarus, BayRpflZ. **08** 173 ff. Die Regelung der Unterhaltungspflicht führt auch in dem Falle, wenn der Berechtigte die ausschließliche Unterhaltungspflicht übernimmt, nicht zu einer selbständigen Belastung des herrschenden Grundstücks, sondern stellt nichts weiter als eine Nebenabrede zu der Grunddienstbarkeit dar (**RG. 60** 87). Damit, daß nach § 1021 Abs. 2 auf die Unterhaltungspflicht

die Vorschriften über die Reallasten anzuwenden sind, ist die Unterhaltungspflicht nicht zu einer selbständigen Reallast erklärt. — Es ist gegen Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Anm. 2 zu § 1021, Planck Anm. 2 zu § 1021, Biermann Anm. 1 b zu § 1021, Güthe, GBO. II 1379, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht 547 § 90 anzunehmen, daß die Verpflichtung zur Unterhaltung auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks nicht einzutragen ist (ebenso Staudinger-Kober zu § 1021, Fuchs, Grundbuchrecht Bem. 3 zu § 1021, Kretzschmar, R. **02** 574 u. Einf. in das Grundbuchrecht II 278 ff., im wesentlichen auch Maenner, Sachenrecht § 39 Anm. 11). Aus dem Umstande, daß die den Eigentümer des herrschenden Grundstücks treffende Unterhaltungspflicht nicht als Belastung auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks einzutragen ist, ist jedoch nicht mit Kretzschmar (Einf. z. Grundbuchrechte II 281) die Schlußfolgerung zu ziehen, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks wegen eines Anspruchs aus der Verpflichtung die Zwangsvollstreckung in das herrschende Grundstück nur als persönlicher Gläubiger des Eigentümers betreiben könne. Bei Entscheidung der Frage, welcher Rang dem Unterhaltungsanspruche gegenüber anderen eingetragenen oder nicht eingetragenen Rechten zukommt, wird davon auszugehen sein, daß es sich nicht um eine selbständige Belastung, sondern um einen Bestandteil einer Grunddienstbarkeit handelt, die zugunsten des herrschenden Grundstücks errichtet ist. Die Unterhaltungspflicht bleibt so lange bestehen, als die Grunddienstbarkeit besteht. Der Verpflichtete kann sich ohne Zustimmung der Gegenpartei einseitig dem Unterhaltungsanspruche nur dadurch entziehen, daß er die Grunddienstbarkeit aufgibt. Auch wenn wegen rückständiger Leistungen aus dem Unterhaltungsanspruche die dingliche Haftung des herrschenden Grundstücks im Wege der Zwangsversteigerung geltend gemacht wird. kann keinesfalls § 44 ZVG. auf den Unterhaltungsanspruch angewendet werden. Dem Unterhaltungsanspruch einschließlich der rückständigen Leistungen wird der Vorrang vor sämtlichen eingetragenen und nicht eingetragenen dinglichen Rechten eingeräumt werden müssen. Eine Ausnahme bilden nur die Überbaurente und die Notwegrente gemäß § 914 Abs. 1 u. § 917 Abs. 2 BGB.

2. Predari, BayRpflZ. **08** 385 ff. Die Eintragung der Unterhaltungslast auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks ist unter allen Umständen anzuraten. Die gegenteilige Ansicht vollzieht einen Bruch mit dem im BGB. in voller Schärfe durchgeführten Grundbuchsysteme. Die Stelle, an der die Last einzutragen ist, ist die für die Lasten überhaupt bestimmte Stelle (die zweite Abteilung des Grundbuchs in Preußen und in Bayern). Der Vermerk muß die Verknüpfung der Last mit der Dienstbarkeit ersichtlich machen. Richtig ist, daß, insoweit die Unterhaltungslast nur mit Bewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks gelöscht werden kann, darin eine gewisse Verkehrserschwerung liegt, die aber doch kaum die Außerkraftsetzung des Eintragungsprinzips zu rechtfertigen vermag. Übrigens zeigt des § 24 in Verb. mit Abs. 2 des § 23 GBO. einen Weg, auf dem ohne jene Bewilligung zum Ziele zu gelangen ist. Das Recht auf die Instandhaltung der dem gemeinsamen Nutzen dienenden Anlage erlischt mit der Aufhebung der Grunddienstbarkeit, fällt also unter den § 24 GBO. Die Möglichkeit von Rückständen besteht. Die Unterhaltungslast würde danach unter allen Umständen nach Ablauf eines Jahres seit der — regelmäßig von der alleinigen Entschließung des Servitutberechtigten abhängigen — Löschung der Dienstbarkeit auf dem Blatte des dienenden Grundstücks erfolgen können; sie wird sogleich erfolgen dürfen, wenn im Grundbuche bei der Last vermerkt ist, daß zur Löschung der Nachweis des Erlöschens der Dienstbarkeit genügen soll. Die Eintragung eines solchen Vermerkes empfiehlt sich daher.

3. S. dagegen wieder: Clarus, BayRpflZ. **08** 476 ff. Die dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks auferlegte Pflicht, eine vom Eigentümer des dienenden

Grundstücks mitbenutzte Anlage zu unterhalten, ist auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks nicht einzutragen.

4. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 96 f. Eine Eintragung der Unterhaltungspflicht hinsichtlich einer Anlage auf dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück ist unzulässig, soweit sie vom Gesetze selber geregelt wird; zulässig und erforderlich, sofern die Parteien eine abweichende Regelung vereinbaren. Wird die Unterhaltungspflicht demnach dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auferlegt, so hat die Eintragung im Grundbuche dieses Grundstücks zu erfolgen; wird sie dem herrschenden auferlegt, im Grundbuche des herrschenden Grundstücks.

§ 1028. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 80. Der Abs. 2 besteht zu Lasten des Erwerbers des herrschenden Grundstücks für den Fall, daß auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks das Bestehen der Servitut vermerkt ist (vgl. auch zu § 892).

§ 1029. SeuffA. **63** 110 (Darmstadt). Beschränkung des Durchfahrtsrechts an einem Hofraume durch Anbringung eines Tores. S. auch oben zu § 1020 BGB. Ziff. 1.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. Antichretisches Pfandrecht (s. IDR. **6** Ziff. 1, **2** Ziff. 3). a) **RG.** 3. 2. 08, **67** 378, JW. **08** 199, BankA. **7** 317. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Zinshause wird in ihrer Rechtswirksamkeit nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Nießbrauch einem antichretischen Zwecke dienstbar gemacht ist. **b)** NaumburgAK. **08** 34 (Naumburg). Ist vereinbart, daß der Nießbraucher die gezogenen Nutzungen auf seine Forderung verrechnen muß und der Nießbrauch mit Tilgung der Forderung beendet sein soll, so liegt begrifflich kein Nießbrauch mehr vor, weil der Nießbraucher irgendwelchen Fruchtgenuß nicht mehr hat, sondern nur als Verwalter des Grundstücks erscheint, dessen Erträge er zur Zahlung der Verbindlichkeiten des Eigentümers verwenden muß.

2. **RG.** R. **08** 92. Mit dem Nießbrauche kann ein beschränktes Verfügungsrecht des Nießbrauchers über das dem Nießbrauch unterworfene Vermögen verbunden werden.

3. SächsRpflA. **08** 168 (Dresden) über Pfändung von Mietzinsen eines Grundstücks, an dem für einen Dritten ein Nießbrauch eingetragen ist.

4. ElsLothNotZ. **08** 118 (LG. Colmar). Der Vertrag über den Verkauf eines Grundstücks zum lebenslänglichen Nießbrauch an Eltern und zum Eigentum an minderjährige Kinder ist nur dann ohne Beachtung weiterer Formen gültig, wenn die Bestellung des Nießbrauchs vor der Eigentumsänderung erfolgt.

§ 1057. 1. **RG.** R. **08** 201. Die kurze Verjährung gilt für alle Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Nießbraucher bei Rückgewähr der Sache, welche aus der veränderten oder verschlechterten Beschaffenheit der Sache hergeleitet werden, mögen sie in einer unerlaubten Handlung oder in einem Zuwiderhandeln gegen die besonderen Pflichten des Nießbrauchers ihren Grund haben. Unbedenklich fallen hierunter auch die Ersatzansprüche, welche der Eigentümer darauf gründet, daß der Nießbraucher die ihm obliegende Pflicht der wirtschaftlichen Unterhaltung der Gebäude verletzt habe, nicht dagegen der Ersatzanspruch des Eigentümers wegen der vom Nießbraucher verschuldeten Unmöglichkeit der Rückgabe der Sache.

2. Über die Anwendbarkeit der Verjährungsvorschrift des § 1057 in der Übergangszeit vgl. unten Ziff. II 3 zu Art. 169 EGBGB.

§ 1059. ElsLothJZ. **08** (Colmar). Eine Eintragung, nach welcher ein Nießbrauch einer ehelichen Gütergemeinschaft zustehen soll, ist ihrem Inhalte nach unzulässig, da Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, vom Gesamtgut ausgeschlossen sind, der Nießbrauch aber nach § 1059 nicht übertragbar ist.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1071. Abs. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 131. Der eigenmächtige Erlaß der Forderung ist zu einem pactum de non petendo umdeutungsfähig, auf das sich der Schuldner gegen alle, nur nicht gegen den Nießbraucher berufen kann. Im Ergebnisse wirkt also der Erlaß trotz § 1071 relativ. Ein ähnliches Ergebnis stellt sich bei der Zahlung vermöge des Aufrechnungsrechts heraus.

§ 1081. **RG.** R. 08 14. Weder die Bestimmungen des § 1081, noch gewisse andere Vorschriften des Nießbrauchsrechts sind derart zwingend, daß sie nicht nur durch Rechtsgeschäft abgeändert werden könnten.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. I. Inhalt der Dienstbarkeit im allgemeinen. 1. KGJ. **35** A 368, RJA. **9** 140, R. **08** II 419 Ziff. 2448 und 268 Ziff. 1566, Bad. Rpr. **08** (Karlsruhe). Daß der Verkäufer von Maschinen ein großes wirtschaftliches Interesse daran hat, daß eine Dienstbarkeit zu seinen Gunsten bestellt werden könne, ist nicht zu bezweifeln. Dieses Interesse ist aber nicht identisch mit dem wirtschaftlichen Vorteile, den die Benutzung des fremden Eigentums dem Dienstbarkeitsberechtigten gewähren muß. Jenes Interesse knüpft sich ausschließlich an die formale Rechtsstellung des Verkäufers zum Grundstücke, weil diese Rechtsstellung verhindert, daß das Eigentum an den Maschinen auf den Käufer übergeht. Der wirtschaftliche Vorteil aber — sei er auch nur eine Annehmlichkeit — muß sich unmittelbar aus der Benutzung des Grundstücks ergeben. Deswegen ist es nicht zulässig, an einem Grundstück als beschränkte persönliche Dienstbarkeit das Recht zu bestellen, gewisse Maschinen auf dem betreffenden Grundstück aufzustellen und zu haben. S. IDR **5** zu § 1090 Ziff. 5.

2. R. **08** II 452 Ziff. 2566, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 191 (KG.). Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann an einem Bruchteil (ideellen Anteile) eines Grundstücks nicht begründet werden.

3. R. **08** II 201 Ziff. 1203 (Frankfurt a. M.). Ein Pachtvertrag kann nicht durch Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ähnlich dinglich gesichert werden, wie eine Forderung durch Eintragung einer Hypothek.

II. Einzelne Fälle.

1. **a)** KGJ. **35** A 270, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 192 (KG.). Ein an einem Privatflusse belegenes Mühlengrundstück kann zugunsten einer Meliorationsgenossenschaft mit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden, daß der Eigentümer des Mühlengrundstücks die Entnahme des Mühlwassers aus dem Flusse zu Meliorationszwecken zu dulden habe. **b)** R. **08** II 371 Ziff. 2185, BayRpflZ. **08** 316, ZBlFG. **9** 75 (BayObLG. 28. 4. 08). Das Verbietungsrecht des Anliegers eines im Dritteigentume befindlichen Flusses gegenüber willkürlichen Schmälerungen der Wassermenge ist nicht eine Erweiterung des Grundeigentums des Anliegers, sondern eine öffentlich-rechtliche Beschränkung des Flußeigentums. Ein Vertrag zwischen dem Anlieger und dem Erbauer eines geplanten Kraftwerkes auf Duldung solcher Wasserschmälerung kann deshalb nicht die Grundlage einer persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Erbauers des Werkes und zu Lasten des Ufergrundstücks des Anliegers bilden. Das nämliche gilt für die Verpflichtung zur Duldung der Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit (Wasserbezugsrecht); denn das Abwehrrecht gegen eine solche Schmälerung ergibt sich nicht aus dem Eigentum am Grundstücke, sondern aus der Grunddienstbarkeit selbst. **c)** *v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **07** 230 ff. Das Fischereirecht im fließenden Wasser scheidet aus der Reihe eintragungsfähiger Rechte überall da aus, wo das fließende Wasser kraft Landesrechts als herrenlos gilt, z. B. Elsaß-Lothringen.

2. SchlHolstAnz. **08** 7 (Kiel). Nach den Anschauungen des früheren wie des

heutigen Rechtes können an Deichen, selbst wenn man sie als befriedete Sachen oder als „res publicae" ansieht, dingliche Nutzungsrechte einzelner bestehen. Nur müssen sich derartige Rechte mit der Zweckbestimmung der Deiche vertragen, sie dürfen nicht mit den im allgemeinen, öffentlichen Interesse gegebenen Beschränkungen im Widerspruche stehen.

3. RheinA. **07** 235 (KG.). Der Eigentümer kann das Recht, die Steine unter der Oberfläche seines Grundstücks auszubeuten, einem anderen als beschränkte persönliche Dienstbarkeit einräumen (§§ 1090, 1091, 1030, 1061, 1046 BGB.). Ein solches Recht kann im Grundbuch eingetragen werden.

4. ZBlFG. **9** 333 Ziff. 333, BadRpr. **08** 234 (LG. Mosbach). Die Verpflichtung, an einem geschichtlich oder kunstgeschichtlich merkwürdigen Baudenkmal ohne Genehmigung der Unterrichtsverwaltung keine Änderungen bestimmter Art vorzunehmen, kann den Inhalt einer zugunsten der Unterrichtsverwaltung bestellten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB. bilden. Der Vorteil des § 1019 kann auch im öffentlichen Interesse liegen.

5. SeuffBl. **08** 590, BayRpflZ. **08** 129 (München) Eine persönliche Dienstbarkeit kann ebenso wie Reallasten den Inhalt eines Leibgedinges bilden, vorausgesetzt, daß sie sich als ein bei Überlassung eines Grundstücks vereinbarter Vorbehalt von Leistungen des Überlassenden usw. darstellt.

6. BauersZ. **15** 163 (KG.) Eine Bierabnahmepflicht ist im Grundbuche nicht eintragbar.

7. **RG.** 8. 6 07, GruchotsBeitr. **52** 449, über einen Fall von sog. irregulärer Personalservitut nach preußischem Rechte.

§ 1093. 1. R. **08** II 268 Ziff. 1567, SeuffBl. **08** 767, BayRpflZ. **08** 186, BayNotZ. **08** 101 (BayObLG. 16. 3. 08). Wird bei einem Hausverkaufe jedem der Verkäufer (Ehegatten) an dem nämlichen Raume ein Wohnungsrecht bestellt, so stehen die beiden Berechtigten nicht in einer Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen; jeder hat vielmehr ein selbständiges, allerdings durch das Recht des anderen beschränktes Recht, das lediglich praktisch zu einer gemeinsamen Benutzung führt. Die Rechtslage ist ähnlich wie bei einem Wohnungsrecht ohne Ausschluß des Eigentümers. Es ist also die Bestellung je eines Wohnungsrechts zugunsten eines jeden Ehegatten mit gleichem Range nicht nur zulässig, sondern die einzig mögliche Bestellungsform.

2. Segall, ABürgR. **32** 430. Wohnungsrechte außerhalb der Altenteilsverträge scheinen selten zu sein. Fälle werden berichtet aus Brandenburg (z. B. für fürsorgebedürftige Geschwister), Provinz Sachsen, Rheinprovinz (zugunsten unverheirateter Geschwister), Schlesien (auf kurze Zeit zugunsten des Grundstücksverkäufers), Pommern (für hilfsbedürftige Angehörige, verbunden mit Alimentation gegen Geldentschädigung), Sachsen (auch hier unter Vereinbarung einer dinglich gemachten mietähnlichen Vergütung zulässig, **RG. 54** 233), Oldenburg; seltener in Württemberg, Reuß. Sonst sind die in Altenteilsverträgen bedungenen Wohnungsrechte in Gebrauch und ferner Wegegerechtigkeiten, Wassernutzungs- oder -leitungsrechte (insbesondere für Gemeinden, sog. Röhrfahrtsrechte, Provinz Sachsen), zeitliche Bauverbote (Königreich Sachsen, Württemberg).

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. SeuffA. **63** 64 (Dresden). Das dingliche Vorkaufsrecht enthält nicht zwei Rechte, ein persönliches Vorkaufsrecht und außerdem noch ein dingliches zu dessen Schutze, sondern es ist ein einheitliches Vorkaufsrecht mit dem Inhalte des persönlichen Rechts und rechtlicher Wirksamkeit gegen Dritte.

§ 1098. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 174. Die gemäß § 514 BGB. geschehende Umwandlung des bis dahin unübertragbaren dinglich-persönlichen Vorkaufsrechts in ein übertragbares bedarf der Eintragung; ebenso die umgekehrte Änderung (vgl. oben zu § 135).

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. R. **08** II 268 Ziff. 1568 (BayObLG. 16. 3. 08). In einem bäuerlichen Übergabevertrage bedungene, unregelmäßig wiederkehrende Leistungen, z. B. Verpflegung bei Erkrankung, können nur für die Übergeber selbst, nicht aber für Dritte, z. B. jüngere Geschwister des Übernehmers, als Reallast eingetragen werden, weil sie für diese nicht den Charakter eines Leibgedinges (einer Leibrente) haben. Dingliche Sicherung ist solchenfalls nur mittels Höchstbetragshypothek für den Schadensersatz mangels Erfüllung möglich.

2. Segall, ABürgR. **32** 425. Folgende Fälle von Reallasten kommen heute noch vor: Bei Gutsübernahmen (in den sog. Hochzeittümern) werden für die Geschwister des Gutsübernehmers gewisse Leistungen (darunter Beköstigung, Unterricht) bis zur Volljährigkeit bedungen; ferner Sicherstellung der Zukunft sonst für sorgebedürftige, insbesondere geistig zurückgebliebene Kinder bzw. Geschwister (Brandenburg). Ferner werden Reallasten als Gegenleistung für bewilligte Dienstbarkeiten an dem herrschenden Grundstücke bestellt. Sie haben meist Geldleistungen zum Inhalte (Jahresvergütung für Wasserleitungs- Wege-, Schleusenrechte, Fluchtlinienentschädigung) (Königreich Sachsen, Württemberg, Reuß), oder als Gegenleistung für die vom Staate verliehene Torfabgrabungs- oder Ausbeutungsgerechtigkeit, sog. „Torfpate" (Oldenburg); in einem Falle ist auch die Eintragung eines amortisierbaren Darlehens als Reallast verzeichnet (Brandenburg). In Württemberg sind Reallasten gerichtet auf Zufahrts-, Zaun-, Wege-, Mauern-, „Dohlen"unterhaltungen sehr zahlreich.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Die Erörterungen allgemeiner Art, insbes. die über die Rechtsnatur der Hypothek und der Eigentümerhypothek, treten in dem Berichtsjahr etwas in den Hintergrund. Eines Hinweises an dieser Stelle bedarf außer den Selbstberichten Puntscharts (zu § 1163 Ziff. I 1 u. zu § 1196) etwa nur der sehr interessante Ausblicke eröffnende Versuch Herolds, die Eigentümerhypothek mit den Verfügungsbeschränkungen des § 892 BGB. in Verbindung zu bringen (s. zu § 1163 Ziff. I 3). Von allgemeiner Bedeutung ist ferner auch die Schrift Wolf's über die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek. Dagegen ist — in erster Linie durch die Rechtsprechung — eine Reihe einzelner Fragen eingehend erörtert und ihre Beantwortung meist auch erheblich gefördert worden. Hierher gehören z. B. die ausführlichen Erörterungen über die sog. Vordellhypothek (zu § 1113 Ziff. I 2a), in denen das RG. von seiner früheren Entscheidung **63** 179 (JDR. **5** zu § 1163 Ziff. III) abweicht. Ferner das zu § 1114 Ziff. 1a mitgeteilte Urteil des RG., durch das im Widerspruche zu früheren kammergerichtlichen Beschlüssen — s. jetzt aber unten zu § 1114 Ziff. 1b — die durch den Alleineigentümer erfolgte Erstreckung einer auf einem Bruchteile des Grundstücks eingetragenen Hypothek auf das ganze Grundstück als dem § 1114 nicht widersprechend nachgewiesen wird. Das KG. hat seinerseits keine Bedenken getragen (vgl. zu § 1177), in einer ausführlich und zutreffend begründeten Entscheidung — entgegen seiner früheren Ansicht — auszusprechen, daß die vom Eigentümer bewilligte Eintragung der Verwandlung einer ihm zustehenden Hypothek in eine Grundschuld nicht von dem Nachweise dieser Umwandlung abhängig sei, falls nicht entgegenstehende Tatsachen zu Zweifeln Anlaß gäben, — eine Ent-

scheidung, die die praktische Anwendung der §§ 1163, 1177 ganz erheblich erleichtert. Des weiteren verdient in diesem Zusammenhange der bei § 1115 Ziff. IV 1 wiedergegebene Beschluß des KG. der Hervorhebung. In ihm ist die schon früher von Pitel (JDR. 6 zu § 1115 Ziff. V 1) behandelte Frage erörtert, welche Angaben zur Bestimmung der Hypothekenforderung notwendig sind. Die vom KG. vertretene Ansicht, daß in dem Eintragungsvermerke die Person des Schuldners auch dann besonders anzugeben sei, wenn sie mit dem Eigentümer identisch ist, widerspricht nicht nur den amtlichen Formularen, sondern auch der ganz allgemein geübten Praxis. Sie ist auch nicht als richtig anzuerkennen. Denn das Grundbuchblatt ist ein ganzes; daher wird durch die einen anderen Schuldner nicht nachweisende Hypothekeneintragung in Verbindung mit der Eintragung des Eigentümers der Schuldner der Forderung grundbuchmäßig zum Ausdrucke gebracht. Weitere wesentliche Entscheidungen sind bei §§ 1123 ff. und § 1132 wiedergegeben. Beträchtliche Förderung haben auch die §§ 1179 und 1190 durch die Rechtsprechung erfahren. — Von der Rechtslehre sind zwei praktisch wesentliche Fragen erörtert worden. Leweck, dessen Selbstbericht bei § 1163 Ziff. II 2b zu finden ist, bespricht das landschaftliche Tilgungsguthaben vom Standpunkte der Eigentümerhypothek aus, und Güthe hat die an die Entsch. des **RG. 60** 251 (JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 7) anknüpfende Streitfrage, wie die nicht valutierte Grundschuld im Falle der Zwangsversteigerung zu behandeln ist, einer nochmaligen Erörterung unterzogen (zu § 1192 Ziff. 2). S. auch die Biermann'schen Erörterungen zu § 1190 Ziff. I 3.

Literatur: Wolf, Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des BGB. Leipzig 1908.

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. OLG. 17 163 (KG.). Eintragung einer Hypothek für öffentliche Lasten ist unzulässig. Denn die Tendenz des Art. 11 AGZVG. geht nach der Begründung allgemein dahin, die öffentlichen Lasten, soweit sie kraft Gesetzes den Rechten am Grundstücke vorgehen, vom Grundbuch auszuschließen, weil ihre Eintragung weder die Wirkung der Last erhöht noch den Umfang der Last beschränkt, also zwecklos ist. Dies trifft auch für die Eintragung einer Hypothek für die Last zu.

2. a) **RG.** 11. 3. 08, **68** 103, JW. **08** 298. Es können die Erwägungen von **RG. 63** 189 (s. JDR. **5** zu § 1163 Ziff. III) nach nochmaliger Prüfung nicht als zutreffend aufrechterhalten werden. Ob die für die Kaufpreisforderung aus einem unsittlichen Kaufgeschäft erfolgte Bestellung einer Hypothek, die den Anspruch des Verkäufers auf Geldzahlung nicht zur Erfüllung bringt, sondern nur die Erfüllung sichern soll, überhaupt als zum sittenwidrigen Zwecke beider Beteiligten vorgenommen zu erachten ist (vgl. JW. **08** 139 Ziff. 9), kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Hypothekbestellung, die für eine nichtige Forderung aus einem unsittlichen Rechtsgeschäfte bewirkt worden ist, keine „Leistung" im Sinne des § 817 BGB. Denn der Begriff der Leistung erfordert, daß eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat und ein Vermögensstück von dem Leistenden auf den Empfänger übertragen worden ist (Oertmann, Schuldverhältnisse Anm. 4 zu § 817 BGB.). Durch die Hypothekbestellung in dem fraglichen Falle hat aber der Besteller nichts aus seinem Vermögen herausgegeben, gleichviel ob die Hypothek selbst oder ob nur die gesicherte Forderung nichtig ist. Wenn die Hypothek selbst nichtig ist, hat der Hypothekbesteller überhaupt kein dingliches Recht an seinem Grundstücke begründet; und wenn nur die gesicherte Forderung nichtig ist, hatte die Hypothekbestellung nicht die Wirkung, daß das dingliche Recht derjenige erlangt hat, für den es bestellt werden sollte, sondern es ist das Hypothekenrecht kraft Gesetzes in der Hand des Bestellers als Eigentümergrundschuld verblieben (vgl. Planck Anm. 3 d zu § 762 BGB.). Ferner kann

auch die Auffassung nicht für zutreffend erachtet werden, daß durch die Einwendung, das die Hypothekbestellung veranlassende Grundrechtsgeschäft sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, eine Leistung „zurückgefordert" werde. Ebenso wie wenn gegenüber der persönlichen Klage auf Zahlung des Forderungsbetrags dieser Einwand erhoben werden würde, wird durch den Einwand gegenüber der hypothekarischen Klage nur das Klagerecht der Kläger geleugnet, indem in Abrede gestellt wird, daß überhaupt eine Hypothek besteht, oder doch, daß die Kläger Gläubiger der Hypothek sind. Überdies ist ein solcher Einwand des beklagten Grundstückseigentümers prozessual nur insofern von Belang, als dadurch dem Gericht eine Handhabe für die Prüfung geboten wird, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. An sich hat das Gericht von Amts wegen festzustellen, ob wegen eines solchen Verstoßes die den Klagegrund bildende Hypothek nichtig ist oder doch den Klägern ein Gläubigerrecht nicht zusteht (Staudinger Anm. I 3, 5 zu § 138 BGB.). **b)** Die Entsch. des **RG.** JDR. **6** zu § 1113 Ziff. III 2 b, der ebenfalls die vorstehende Entsch. widerspricht, auch GruchotsBeitr. **52** 1064. **c)** SchlHolstAnz. **08** 124 (Kiel). Eine Hypothekbestellung wird als abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres wegen der Unsittlichkeit des ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nichtig.

3. SchlHolstAnz. **08** 348 (LG. Flensburg). Die Eintragung eines Rechtes für die Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft ist in der Art zulässig, daß die Aktiengesellschaft als Berechtigte eingetragen, durch einen Zusatz in Klammern aber auf die Zugehörigkeit des Rechtes zu dem Vermögenskomplex der Zweigniederlassung hingewiesen wird. S. JDR. **4** zu § 1117 BGB Ziff. 4, **5** zu § 1115 BGB. Ziff. II.

4. Bonschab, BayRpflZ. **08** 215: Die Aufnahme von Hypothekdarlehen als Ersatz für Bodenzinsablösungssummen.

5. Schmillen, DJZ. **08** 303. Der Eintrag, wonach in Ansehung der Hypothek der jeweilige Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen ist, erstreckt sich nicht auf spätere Eintragungen, die den Inhalt der Hypothek ändern. Es bedarf daher der nochmaligen Eintragung des Vermerkes aus der Nachtragsurkunde.

6. Genter, BayNotZ. **08** 41: Hypothekurkunden mit vorzeitigem Empfangsbekenntnisse.

II. Die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. 1. R. **08** II 495 Ziff. 2827 (KG.). Zulässig ist die Valutierung einer Hypothek in der Weise, daß anstatt des in der Schuldurkunde als gegeben bescheinigten Darlehens zunächst zwei Wechsel gegeben werden und der Gläubiger verpflichtet sein soll, sich durch die Verwertung der Hypothek die Mittel zur Einlösung der Wechsel zu verschaffen. In diesem Falle ist die Hypothek sofort zur Entstehung gelangt, der Erwerber der Hypothek muß sich aber die aus dem Schuldverhältnisse sich ergebenden Einreden gefallen lassen, wenn er beim Erwerbe wußte, daß der Gläubiger über die Hypothek nicht anders als durch Abtretung gegen bar (und nicht durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Erwerbers) verfügen durfte (vgl. **RG.** R. **07** Ziff. 2318).

2. **a)** KGJ. **35** A 310, RJA. **9** 137, R. **08** II 452 Ziff. 2567 (KG.). Die Eintragung zweier selbständiger Hypotheken für dieselbe Forderung ist unzulässig. **b)** BadRpr. **08** 167 (Karlsruhe). Eintragung einer zweiten Hypothek für dieselbe Forderung liegt nicht vor, wenn die zweite Forderung begründet wird, um die erste zu tilgen oder die Valuta des alten Darlehens angerechnet wird auf die neu zu bewirkende Leistung. **c)** S. ferner unten Ziff. III 2 und JDR. **5** zu § 1113 BGB Ziff. 2e.

3. **RG.** 22. 5. 08, R. **08** II 426 Ziff. 2472. Mit dem Begriffe des Baugelddarlehns ist es nicht unvereinbar, daß seine Gewährung von der Einräumung einer Hypothek zu bestimmter Stelle abhängig gemacht wird.

III. Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung. 1. ZBlFG. **9** 334 Ziff. 334, DJZ. **08** 1225 (KG.). Die Belastung eines Grundstücks mit einer Hypothek (§ 1113 BGB.) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Teil der Nebenforderungen auf Zinsen und andere Nebenleistungen (Strafprozente, Entschädigungen bei früherer Fälligkeit) bedingt ist, sofern nur die Zahl und Höhe der beim Eintritte der Bedingungen zu zahlenden Geldsummen bestimmt ist.

2. *du Chesne, DNotV. **08** 309 ff. Ein sich als Hypothek bezeichnendes, zur Befriedigung wegen einer Forderung bestimmtes und diese Forderung benennendes Rechtsverhältnis kann schon dann äußerlich begründet werden, wenn die als bestehend aufgeführte Forderung noch nicht besteht; innerlich freilich liegt eine Grundschuld vor. Eine doppelte Hypothek für dieselbe Forderung an demselben Grundstück ist unmöglich (gegen OLG. **12** 282 [KG.]). S. oben Ziff. II 2.

§ 1114. 1. a) **RG.** 11. 3. 08, **68** 79, JW. **08** 274, RJA. **9** 190, R. **08** II 269 Ziff. 1569, ElsLothJZ. **08** 299, ZBlFG. **9** 275. Mit dem OLG. Dresden und entgegen dem KG. ist die Anwendbarkeit des § 1114 dann auszuschließen, wenn der zum Alleineigentümer Gewordene die Bruchteilshypotheken auf das ganze Grundstück erstrecken will. Dies gilt aber zunächst nur für den Fall, daß sog. Zwischenrechte nicht vorhanden sind oder daß deren Inhaber ihre Zustimmung unter gleichzeitiger Einräumung des notwendigen Vorranges erklären. Ob auch der entgegengesetzte Fall ebenso zu entscheiden ist, läßt das RG. unentschieden. **b)** KGJ. **36** A 237, R. **08** II 664 Ziff. 3617 (KG.). Die durch den Alleineigentümer erfolgende Erstreckung der auf einem Bruchteile stehenden Hypothek auf das ganze Grundstück fällt nicht unter das Verbot des § 1114 BGB. Es ist dabei unerheblich, ob auf dem Grundstücke hinter der Bruchteilhypothek weitere Rechte eingetragen sind und ob diese Zwischenberechtigten der zu erstreckenden Hypothek in Ansehung des von ihr bisher nicht ergriffenen Grundstücksanteils den Vorrang eingeräumt haben.

2. OLG. **16** 341, SeuffA. **63** 457, PosMSchr. **08** 29, R. **08** II 332 Ziff. 1807 (Posen). Die Eintragung auf dem Anteil eines gütergemeinschaftlichen Ehemanns ist, auch wenn die Gütergemeinschaft aus dem Grundbuche nicht erhellt, nichtig und wird auch dadurch nicht geheilt, daß später in Spalte „Veränderungen, Eintragungen" eingetragen wird: „Die Hypothek haftet auch auf dem Anteile der Frau".

3. Über Zubehör bei Bruchteilseigentum vgl. unten Ziff. 5 zu § 20 ZVG.

§ 1115. I. Bezeichnung des Gläubigers. 1. **a)** R. **08** II 269 Ziff. 1570, OLG. **16** 156, **17** 155, ZBlFG. **9** 105 (Hamburg). Eine Hypothek kann auf den Namen der Sch.schen Erben ohne Nennung der Erben eingetragen werden. — Dagegen **b)** Westphal, ZBlFG. **9** 96.

2. OLG. **17** 155 (Hamburg). Eintragung einer Hypothek für die etwaigen künftigen Abkömmlinge einer Person ist unzulässig.

II. Zinssatz. 1. Krückmann, ZBlFG. **9** 179 f. Angabe des Anfangspunkts der Verzinsung ist nicht wesentliche Voraussetzung für die Eintragung einer Hypothek.

2. Mueller, DJZ. **08** 585 ff., nimmt mit KG., OLG. **1** 200, gegen KG., OLG. **12** 284 (JDR. **5** zu § 1115 BGB. Ziff. Vb) an, daß die Erhöhung des Zinsfußes für den Säumnisfall — die sog. Strafzinsen — keine „andere Nebenleistung" im Sinne des § 1115 BGB. sei, sondern nur eine den Zinssatz betreffende Berechnung. — Ebenso HessJustMin., HessRspr. **9** 143.

3. Wolf, Die Behandlung der Hypothekenzinsen im Falle der Verkehrshypothek des BGB. Hypothekenzinsen im eigentlichen (wahren) Sinne des Wortes sind Zinsen einer Hypotheken**forderung**, wegen deren Befriedigung aus dem verhafteten Grundstücke verlangt werden kann. .... Jedoch sind die Zinsen, die

der § 1146 BGB. betrifft und die keine „Zinsen der Hypothekenforderung" sind, den „Hypothekenzinsen" zuzurechnen .... (3). Das Gesetz erklärt die gesetzlichen Zinsen der Hypothekenforderung für gesetzliche Hypothekenzinsen (§ 1118 BGB.), erschwert dagegen die Erhebung der rechtsgeschäftlichen Zinsen der Hypothekenforderung zu rechtsgeschäftlichen Hpyothekenzinsen (§ 1115 BGB.) .... (6 unten). Die Eintragung des Zinssatzes ist nur Voraussetzung für die Erstreckung der Hypothek auf andere als gesetzliche Zinsen der Hypothekenforderung (vgl. unten Ziff. 4 zu § 1118 BGB.), und die Unterlassung der Eintragung hat lediglich die Folge, daß die im übrigen entstehende Hypothek sich nicht auf die Zinsen der Hypothekenforderung erstreckt ... (10). Nicht notwendig ist, wenn die Forderung unverzinslich ist, der Vermerk der Zinslosigkeit. Nicht genügend und nicht erforderlich ist der Eintrag der Verzinslichkeit. Erforderlich und genügend ist die Eintragung des Zinssatzes der Forderung; im übrigen kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden .... (11). Es würde an sich aus dem Erfordernisse der Eintragung des Zinssatzes zu folgern sein, daß die Angabe des jährlich zu entrichtenden Zinsenbetrags — in absoluter Zahl — dem § 1115 nicht genügen würde, da dieser gerade die Angabe des Verhältnisses der Zinsen zur Kapitaleinheit oder zum Kapital — also die Eintragung einer Verhältnis-, einer relativen Zahl — verlangt. Demnach müßte die Eintragung einer Hypothek für 60 000 M. Darlehen nebst einer jährlichen Zinsvergütung von 3000 M. abgelehnt werden. Dem wird aber nicht beizutreten sein ... (12). Zulässig ist der Eintrag, daß sich bei unpünktlicher Zinszahlung der Zinssatz um einen bestimmten Betrag erhöhen solle, und zulässig ist der Eintrag, daß die Hypothekenforderung sich im allgemeinen zu einem bestimmten Zinsfuß, unter gewissen näher bezeichneten Umständen aber zu einem angegebenen geringeren oder höheren Zinsfuße verzinsen und die Hypothek für den jeweiligen Zinssatz haften solle .... (13). Bei streng sinngemäßer Anwendung des BGB. müßte bei jeder Hypothekenbestellung eingetragen werden a) der Betrag und Zinssatz der Hypothek, b) der Betrag und Zinssatz der Forderung, sowie der Name des Gläubigers; also z. B.: 9000 M. mit 5 pCt. jährlich seit 1. April 1896 verzinsliche Hypothek für 9000 M. mit 5 pCt. jährlich seit dem 1. April 1896 verzinsliche Darlehnsforderung. Wenn nun, wie dies meist der Fall sein wird, der Umfang der Forderung dem Umfange der Belastung entspricht, wenn mit anderen Worten die ganze Forderung samt Zinsen hypothekarisch gesichert werden soll, so erscheint diese Art der Eintragung wenig angemessen, besonders unnötig ausführlich .... (14). Die Vorschriften der §§ 247 und 138 BGB. haben Bedeutung auch für die Hypothekenzinsen .... (26). Die Herabsetzung des Zinsfußes einer Hypotheken*forderung* ist, auch wenn und soweit die Hypothek sich auf die Zinsen erstreckt, an keine Form gebunden; sie ist formlos gültig und ihrem Wesen nach ein Teilerlaß der Hypothekenforderung; sie bewirkt mithin, daß die Forderung, soweit der Erlaß reicht, erlischt und daß die Hypothek in demselben Umfang auf den Eigentümer übergeht; das Grundbuch wird unrichtig, den Beteiligten ist der Berichtigungsanspruch gegeben. Etwas der Herabsetzung des Zinsfußes nahe Verwandtes ist die vertragsmäßige Verpflichtung des Gläubigers, für eine gewisse, irgendwie näher bestimmte Zeit bzw. in gewissem Umfange keine oder geringere Zinsen vom Schuldner verlangen zu wollen. Auch eine solche Vereinbarung ist formlos gültig, sie ist meist nicht als Erlaß gedacht (32). Die Herabsetzung des Zinsfußes kann sich aber auch lediglich auf die *Hypothek* beziehen und dahin gehen, daß die Hypothek sich nur auf einen geringeren Teil der Zinsen der Forderung erstrecken soll. Regelmäßig ist die Herabsetzung des Zinsfußes rechtsgeschäftliche, teilweise Aufhebung des hypothekarischen Rechtes und unterliegt dann den Vorschriften der §§ 875, 1183 BGB. Eine Herabsetzung des Zinsfußes liegt „für den Gläubiger" aber auch in einem Verzicht auf einen Teil der hypothekarischen Sicherung für Zinsen, nur daß objektiv, da die Hypothek, soweit der

Verzicht reicht (§ 1168 BGB.), nicht erlischt, sondern auf den Eigentümer übergeht, eine Minderung der Zinsenhaftung dadurch nicht herbeigeführt wird. Sowohl Verzicht als Aufhebung durch Rechtsgeschäft bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung im Grundbuche. Trotzdem dürften beide unter Umständen nicht völlig wirkungslos sein, auch wenn sie nicht eingetragen sind; nämlich dann, wenn man nach Lage des Falles in ihnen die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer finden kann, daß der Gläubiger die Hypothek in der in Frage kommenden Höhe nicht geltend zu machen sich verpflichtet; eine solche Vereinbarung wäre, wie sich arg. § 1157 BGB. ergibt, formlos gültig, eintragungsfähig und ohne Eintragung den Wirkungen eines gutgläubigen Erwerbes ausgesetzt. .... Die Erhöhung des Zinsfußes der Forderung erfolgt durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem persönlichen Schuldner; sie bedarf keiner Form und berührt die Hypothek nicht. Die Erhöhung des Zinsfußes der Hypothek hingegen ist Neubelastung und müßte an sich durchweg den Bestimmungen der §§ 873, 874, 877, 1115 BGB. unterliegen; zur nachträglichen Erhöhung des Zinsfußes und Eintragung der Erhöhung mit dem Range der erhöhten Hypothek würde insbesondere die Zustimmung der gleich- und nachstehenden Berechtigten erforderlich sein. Doch hat das Gesetz im Interesse des Verkehrs diesen Grundsatz nicht ausnahmslos durchgeführt; s. insbesondere § 1119 BGB. (33).

4. R. **08** II 302 Ziff. 1806 (KG.). Wenn es auch zulässig sein mag, daß bei der Eintragung einer Hypothek die Zinsen und die sonstigen Nebenleistungen in einem Gesamtbetrag im Grundbuch angegeben werden, so muß doch die Eintragungsbewilligung bestimmt erkennen lassen, bis zu welchem Betrage die Zinsforderung dinglich gesichert sein und ob das Grundstück für die Nebenleistungen bedingt oder unbedingt haften soll.

5. HessRspr. **8** 157 (AG. Ober-Ingelheim). Die Bestellung einer Hypothek in der Weise, daß das Grundstück nur für die laufenden Zinsen eines Kapitals haften soll, ist unzulässig (vgl. Turnau-Förster zu § 1115 BGB. 1 b letzter Abs.). Es ist daher nicht angängig, zwar den Kapitalbetrag der Forderung gemäß § 867 ZPO. auf die verschiedenen Grundstücke zu verteilen, die Zinsen des gesamten Kapitalbetrags aber gleichzeitig mit einem Teilkapitalbetrag auf einem einzelnen Grundstücke zur Eintragung zu bringen. Auf jedem Grundstücke können vielmehr nur die dem eingetragenen Teilkapital entsprechenden Zinsen — oder auch die Zinsen eines geringeren Kapitals —, nicht aber die Zinsen eines höheren Kapitalbetrags eingetragen werden.

6. **a) RG.** 19. 2. 08, JW. **08** 234, 256. Die Bestimmung in einer Hypothekenschuldurkunde, daß im Falle unpünktlicher Zinszahlung das Kapital auf Verlangen des Gläubigers sofort ohne Kündigung fällig und die sofortige Zwangsvollstreckung gegen jeden Eigentümer des Grundstücks zulässig sein solle, darf nicht zur Herbeiführung eines unbegrenzten Schwebezustandes mißbraucht werden, vielmehr ist die Entschließung des Berechtigten nach Treu und Glauben binnen eines angemessenen, zur Übermittelung der Entschließung ausreichenden Zeitraums kundzugeben. **b)** HessRspr. **9** 125 (LG. Mainz). Bei einer Vereinbarung, daß im Falle nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen oder Abtragung des Kapitals für die Dauer des Verzugs erhöhte Zinsen zu bezahlen sind, handelt es sich um Nebenleistungen im Sinne des § 1115 BGB., die mit ihrem Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden müssen.

III. Nebenleistungen. WürttJ. **20** 289 (Stuttgart). Wenn dem Hypothekengläubiger gemäß § 800 ZPO. ein Vollstreckungsrecht gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks eingeräumt worden ist, so bildet dieses Vollstreckungsrecht vom Augenblicke seiner Begründung an nicht einen gesetzlichen Bestandteil der Hypothek, der ohne weiteres alle Schicksale der Hypothek

zu teilen hätte, es enthält vielmehr nichts anderes, als eine rechtsgeschäftliche Erweiterung des Inhalts der Hypothek.

IV. Fassung des Eintragungsvermerkes. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. 1. KGJ. **35** A 282, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 195 (KG.). Zur Bestimmung einer Forderung, d. h. zur Herstellung der Möglichkeit, sie von anderen Forderungen zu unterscheiden, gehört die Angabe des Gläubigers, des Schuldners, des Schuldgrundes und des Gegenstandes (vgl. § 241 BGB., § 253 Abs. 2 Nr. 1, 2 ZPO., KGJ. **32** A 218). Der Gläubiger der Forderung ist mit demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, nach den §§ 1113, 1153 BGB. identisch. Er wird also schon dadurch eingetragen, daß gesagt wird, zu wessen Gunsten die Belastung erfolgt. Ebenso ist der Gegenstand der Forderung mit der aus dem Grundstücke zu zahlenden Geldsumme identisch, braucht also auch nicht noch einmal eingetragen zu werden. Der Schuldner kann dagegen eine andere Person als der Eigentümer sein. Er muß deshalb, wie aus der Eintragungsbewilligung (vgl. KGJ. **31** B 13), so auch aus der Eintragung erkennbar sein. Ebenso muß die Angabe des Schuldgrundes bei der Möglichkeit, daß demselben Schuldner mehrere Forderungen von gleicher Höhe aus verschiedenen Rechtsgründen, z. B. aus zwei zu verschiedenen Zeiten gegebenen Darlehen, zustehen, wie aus der Eintragungsbewilligung (vgl. KGJ. **21** A 141), so auch aus der Eintragung hervorgehen. Zuzugeben ist, daß an die Bezeichnung des Schuldners und des Schuldgrundes in der Eintragungsbewilligung allzustrenge Anforderungen nicht gemacht werden dürfen. So wird die Person des Schuldners meistens mit der des Eigentümers identisch sein, und es wird deshalb meistens bei Nichtangabe des Schuldners möglich sein, im Wege der Auslegung festzustellen, daß er der Eigentümer ist (vgl. KGJ. **31** B 13). Der Schuldgrund wird namentlich dann, wenn es sich um eine künftige Forderung handelt, wie es bei Darlehnshypotheken die Regel ist, nur durch Erwähnung des Darlehnsvorvertrags oder durch die Bemerkung, daß das Darlehen künftig gegeben werden solle, konkretisiert werden können. Bei abstrakten Verbindlichkeiten genügt selbstverständlich die Erwähnung der Schuldurkunde (vgl. KGJ. **22** A 308). In der Eintragung selbst ist aber die Person des Schuldners, auch wenn sie mit dem Eigentümer identisch ist, und der Schuldgrund soweit als möglich erkennbar zu machen. In der Probeeintragung Abt. III Nr. 1 der Anl. A zur PrAJMVf. vom 20. November 1899 ist dagegen den oben gestellten Erfordernissen nicht entsprochen. Denn dort ist, ohne daß auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wäre, der Schuldner überhaupt nicht und der Schuldgrund nur durch das Wort Darlehen bezeichnet, so daß die Forderung nicht von anderen Darlehnsforderungen desselben Gläubigers und gleichen Betrags unterschieden werden kann (s. aber auch OLG. **17** 253 [KG. 3. 10. 07]; s. ferner JDR. **6** zu § 1115 Ziff. V 1).

2. KGJ. **36** A 229, R. **08** II 496 Ziff. 2828, PosMSchr. **08** 78, ZBlFG. **9** 41 Ziff. 58 (KG.). Die Angabe, in welchen Pfandbriefen das Landschaftsdarlehn zurückerstattet werden kann, gehört nicht zur Bezeichnung des Geldbetrags der Forderung und kann daher durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung wirksam zum Ausdrucke gebracht werden.

3. OLG. **17** 154 (Colmar). Daraus, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt (§ 1113 BGB.), ergibt sich das Erfordernis der Bezeichnung der Forderung in der Eintragungsbewilligung, und zur Bezeichnung der Forderung ist die Angabe ihres Grundes unerläßlich. Auch der § 1115 BGB. läßt ersehen, daß das einzutragende Recht auch noch in anderer Weise zu bezeichnen ist, als durch die nach zwingender Vorschrift in die Eintragung selbst aufzunehmenden Angaben, wenn auch für diese weiteren, zur Bezeichnung der Forderung dienenden Angaben die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zu-

gelassen ist. Daß hierfür in erster Linie der Schuldgrund in Betracht kommt, ist nicht zweifelhaft.

4. *Meyer, BayRpflZ. **08** 199 ff. In den bayerischen Gebietsteilen, in welchen das Grundbuch für angelegt erklärt ist, ist von diesem Zeitpunkt an bei Eintragungen aus der Zeit der Geltung des BayG. vom 20. Dezember 1903, d. i. aus der Zeit vom 28. Dezember 1903 bis zum Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB., in der üblichen Schlußformel „laut Urkunde . . .“ eine nach § 1115 Abs. 1 EGBGB., Art. 191 wirksame Verweisung auf die Eintragungsbewilligung mit Sicherheit nur dann zu finden, wenn in der Eintragung auch die Beilagenziffer angegeben ist, unter welcher die Eintragungsbewilligung beim damaligen Hypothekenamt aufbewahrt wurde. Die Hypothekenbestellungsurkunde des alten bayerischen Hypothekenrechts entspricht der Eintragungsbewilligung des § 1115 Abs. 1.

V. Abs. 2. KGJ. **35** A 274, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 194 (KG.). Für die von den landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten an ihre Mitglieder gegebenen Darlehen und die dafür bestellten Hypotheken gilt das materielle Recht des BGB. nur insoweit, als nicht die Satzungen abweichende Bestimmungen enthalten. Dies gilt insbesondere von den in den §§ 873, 1113, 1115 ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen.

VI. Landesrecht. SächsOLG. **29** 44 (Dresden). Die sächsisch-rechtliche Kostenkaution ist, auch wenn sie mit einem besonderen Geldbetrage verlautbart ist, als bloßes Anhängsel der Haupthypothek gegenwärtig nach § 1115 BGB. zu beurteilen und nicht geeignet, in eine selbständige Hypothek umgewandelt zu werden.

§ 1116. I. Zurückbehaltungsrecht an Hypothekenbriefen. 1. **RG.** 3. 2. 08, R. **08** 202 Ziff. 1116, ZBlFG. **9** 150. Das BGB. kennt, wie ein dingliches Zurückbehaltungsrecht überhaupt nicht, so auch nicht ein Dritten gegenüber wirkendes Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe. Wohl aber kann durch obligatorischen Vertrag ein Zurückbehaltungsrecht für den Empfänger des Briefes mit der Wirkung begründet werden, daß der den Brief übergebende Inhaber der Hypothek den Brief nicht eher zurückverlangen darf, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfüllt, insbesondere eine Forderung des Empfängers bezahlt worden ist. Gegenstand eines dinglichen Rechtes kann ein Hypothekenbrief für sich allein wegen seiner Abhängigkeit von der Hypothekenforderung nicht sein (vgl. **RG. 66** 27). S. JDR. **6** zu § 1116 Ziff. 2.

2. SchlHolstAnz. **08** 57 (Kiel). An einem Hypothekenbriefe kann weder ein dingliches Retentionsrecht noch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

3. **RG.** 16. 5. 08, **68** 386. Derjenige, dem vertragsmäßig ein Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbrief eingeräumt worden ist, kann, nachdem er den Besitz des Grundschuldbriefs ohne seinen Willen, aber fehlerfrei an den anderen Teil verloren hat, auf Grund des Retentionsvertrags auf Wiedereinräumung der Retention Klage erheben.

4. **RG.** 19./21. 3. 08, R. **08** II 326 Ziff. 1947. Hat ein Hypothekengläubiger dem A. den Hypothekenbrief ausgehändigt mit der Erlaubnis, sich darauf Geld zu verschaffen, hat dann aber A. unter dem Vorgeben, er sei der eingetragene Gläubiger, unter Übertragung der Hypothek den Hypothekenbrief dem B. ausgehändigt, so kommt zwar eine rechtswirksame Übertragung der Gläubigerrechte nicht zustande. B. hat aber wegen der von A. ihm zurückzugewährenden Zessionsvaluta an dem Hypothekenbrief ein Zurückbehaltungsrecht, und dieses Zurückbehaltungsrecht muß auch der Hypothekengläubiger gegen sich gelten lassen, weil es durch die dem A. gegebene Einwilligung gedeckt wird.

II. Pfandrecht an Hypothekenbriefen. 1. OLG. **16** 308 (Dresden). Die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs kann nicht zur Begründung eines Pfandrechts am Hypothekenbriefe führen, weil dieser kein Wertpapier, keine selbständige Sache ist. Daraus folgt aber nicht die Unzulässigkeit der Pfändung. Im Gegenteil kann, wenn ein anderer als der Hypothekar den Brief besitzt, ein Dritter an der Briefhypothek nur dadurch ein Pfandrecht erlangen, daß er den Anspruch des Hypothekars gegen den Besitzer auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt, sowie sich auf Grund des Überweisungsbeschlusses den Brief verschafft (**RG. 63** 218, **59** 318). Der Briefbesitzer ist sonach berechtigt, auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den Brief mit der Wirkung an die Pfandgläubigerin auszuhändigen.

2. PosMSchr. **08** 79 (LG. Posen). Der Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Herausgabe des eingelieferten Hypothekenbriefs ist pfändbar.

§ 1117. Die Vereinbarung nach Abs. 2. 1. R. **08** II 468 Ziff. 2671, JW. **08** 484 (KG.). Wenn § 931 BGB. Ersatz der körperlichen Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zuläßt, so kann unter diesem nur ein solcher Anspruch verstanden werden, der dem Eigentümer das Recht gewährt, die Sache in Besitz zu nehmen und in seine Verfügungsgewalt zu bringen, und dessen Abtretung dem Zessionar die Ausübung eines gleichen Rechtes ermöglicht. Der Anspruch auf Vorlegung des Hypothekenbriefs an die zuständige Behörde zum Zwecke der Abzweigung eines Teilbriefs ist daher nicht ein Herausgabeanspruch im Sinne des § 931 BGB.

2. **RG.** 3. 6. 08, **69** 36, JW. **08** 484, R. **08** II 468 Ziff. 2673. Ob im Falle der Abtretung eines Hypothekenteils zum Übergange des abgetretenen Teiles auf den Zessionar erforderlich ist, daß bereits ein Teilhypothekenbrief hergestellt worden und im Besitze des Grundbuchamts ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls muß, damit die körperliche Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung einer Übertragung des Anspruchs des bisherigen Hypothekeninhabers auf Aushändigung des im Besitze des Grundbuchamts befindlichen Briefes als ersetzt angenommen werden kann, mindestens hinsichtlich des Stammbriefs das Grundbuchamt den unmittelbaren Besitz und die Verfügungsmacht erlangt haben, da sonst dem Zessionar nicht der mittelbare Besitz an dem Briefe durch die Vereinbarung verschafft werden kann (**RG. 64** 313, **65** 64, **66** 210). S. JDR. **6** zu § 1117 BGB. Ziff. II 1a, b, 2a.

3. **RG.** 11. 7. 08, JW. **08** 547. Im Falle der Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. erwirbt der Gläubiger die Hypothek mit der Eintragung. Hieran wird auch durch die Tatsache nichts geändert, daß später auf den von dem Eigentümer gegen die Aushändigung erhobenen Widerspruch das Grundbuchamt den Hypothekenbrief vorläufig in Verwahrung nahm. Die Klägern wurde dadurch in der Verfügung und damit in dem Gebrauch ihres Rechtesi rechtswidrig gehindert, aber sie verblieb vor wie nach die ausschließliche Besitzerin und Eigentümerin des Hypothekenbriefs.

4. KGJ. **35** A 287 (KG.). Wird die Abtretung einer Briefhypothek in schriftlicher Form erklärt, von dem neuen Gläubiger angenommen und die Übergabe des Briefes durch eine dem § 1117 Abs. 2 BGB. entsprechende Vereinbarung ersetzt, so erwirbt der Zessionar die Hypothek in dem Zeitpunkt, in dem der Brief dem Grundbuchamte zur Eintragung der Abtretung eingereicht wird, nicht erst in dem Zeitpunkte der Eintragung.

5. Herold, SächsRpflA. **08** 304. Die einseitige Bestimmung des Eigentümers gemäß § 60 Abs. 2 GBO. hat nicht die Wirkung der Übertragung der Hypothek in dem Augenblicke der Herstellung des Briefes; vielmehr geht in diesem Falle die Hypothek auf den Gläubiger erst dann über, wenn

dem Gläubiger vom Grundbuchamte der Brief wirklich ausgehändigt worden ist (vgl. **RG. 66** 97 ff.).

6. *Schneider, Die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes 29, 32. Der eingetragene Hypothekengläubiger ist den Verfügungen des Eigentümers über die diesem bis zur Übergabe des Briefes zustehende Hypothek nicht schutzlos preisgegeben.

§ 1118. 1. KGJ. **35** A 325, ZBlFG. **9** 168 Ziff. 207 (KG.). Die Eintragung der Kosten der Eintragung einer Zwangshypothek in das Grundbuch ist zwar ihrem Inhalte nach nicht unzulässig. Es ist aber nicht rechtsirrtümlich, wenn das Grundbuchamt solche Eintragung als unnötig ablehnt.

2. ZBlFG. **9** 334 Ziff. 335 b, PosMSchr. **08** 118 (KG.). Der Grundbuchrichter darf die Miteintragung der Anwaltskosten des Vollstreckungsgläubigers (für Stellung des Eintragungsantrags) bei der Zwangshypothek als unnötig, wenn auch nicht unzulässig, ablehnen.

3. ZBlFG. **9** 334 Ziff. 335 a, KGBl. **08** 79 (LG. I Berlin). Die Vereinbarung, daß die Kosten der Kündigung einer Hypothek auch dann vom Eigentümer zu tragen sind, wenn der Gläubiger sich dazu eines Rechtsanwalts oder Notars bedient, ist, obwohl die Hypothek die Kosten der Kündigung schon nach § 1118 BGB. umfaßt, eintragungsfähig, weil in der Praxis eine Streitfrage darüber besteht, ob die Vorschrift des § 1118 BGB. sich auch auf solche Kosten eines Anwalts oder Notars bezieht, eine solche Eintragung daher weder überflüssig noch selbstverständlich ist.

4. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen 8, 9. Das Grundstück haftet kraft Gesetzes auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung oder wenn statt deren Zinsen „vereinbart" sind, bis zur Höhe der „gesetzlichen" Zinsen, die im Falle mangelnder Vereinbarung zu entrichten wären. .... Betroffen vom § 1118 BGB. sind alle Fälle, in denen eine Hypothekenforderung kraft Gesetzes verzinslich ist. Es sind dies besonders die Fälle §§ 256, 288, 291, 347 Satz 3, 452, 641, 668, 678, 698, 819, 820 Abs. 2 verb. mit §§ 291, 849, 1834 BGB., der §§ 353, 354 HGB. und des § 50 WO.

§§ 1120 ff. Literatur: Hallbauer, Sicherheitsübereignung bei Zubehörstücken.

1. **RG.** 29. 10. 08, R. **08** II 664 Ziff. 3618. Der Hypothekengläubiger hat gegen einen Dritten, der vom Grundstückseigentümer kurz vor der Zwangsversteigerung eine diesem unter Eigentumsvorbehalt verkaufte, aber noch nicht völlig bezahlte Maschine erworben hat, keinen Schadensersatzanspruch, auch wenn er durch Zahlung des fehlenden Betrags die Maschine zum Zubehörstücke hätte machen können, so daß sie mitversteigert worden wäre. Denn der Hypothekengläubiger hat kein Recht darauf, daß seine hypothekarische Sicherheit verbessert werde.

2. **RG.** 17. 12. 07, R. **08** II. 92 Ziff. 534. Wenn ein Vertragsteil gegen den anderen auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung geklagt hat, wonach dieser eine ihm überlassene Maschine, die Bestandteil eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks ist oder es nach dem Vertragsschlusse geworden ist, zurückzuliefern hat, so ist diese Klage nicht auch gegen die Hypothekengläubiger zu richten.

§ 1121. 1. **RG.** 17. 6. 08, **69** 85, JW. **08** 519, DJZ. **08** 1033, R. **08** II 496 Ziff. 2829 ff. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ist der wirtschaftliche Kampf für den Eigentümer zu Ende, was nun folgt, dient nur den Zwecken des Konkursverfahrens. Daraus ergibt sich, daß das im § 1121 BGB. dem Eigentümer eingeräumte Verfügungsrecht in der Hand des Konkursverwalters eine andere Bedeutung gewinnt. Wenn der Konkursverwalter Zubehörstücke eines Grundstücks veräußert, nicht etwa in ordnungsmäßiger Fortführung der bisherigen Bewirtschaftungsweise, sondern nachdem diese aufgegeben ist, so kann das zwar eine für die ordnungsmäßige Ver-

waltung der Konkursmasse nützliche oder gar notwendige Maßregel sein. Aber im Interesse einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Grundstücks liegt sie dann nicht, ist auch darauf gar nicht berechnet, sondern sie soll nur dazu dienen, die infolge Aufgebens der Wirtschaft überflüssig gewordenen Zubehörstücke in Geld umzusetzen. Damit kann aber die Abführung des Erlöses in die Konkursmasse nicht gerechtfertigt werden, die Konkursmasse würde vielmehr dadurch Werte empfangen, die nicht ihr zukommen, sondern den Absonderungsberechtigten, um die sie also rechtlos bereichert werden würde (§ 59 Ziff. 3 KO.). Ebenso **RG.** 22. 6. 08, JW. **08** 561, BayRpflZ. **08** 398 u. **RG.** 13. 5. 08, SchlHolstAnz. **08** 193.

2. Über Zubehörwegnahme vgl. unten Ziff. 1 zu § 20 ZVG. und über Pfändung vor Einbringung in das Grundstück Ziff. 1 zu § 65 ZVG.

§§ 1123 ff. **RG.** 22. 1. 08, **68** 10, JW. **08** 136, R. **08** II 333 Ziff. 1981, 1983. Die Bestimmung des § 1123 Abs. 1 BGB. findet Anwendung, gleichviel, ob der Eigentümer oder ob ein Eigenbesitzer oder ein dem Hypothekengläubiger nachstehender Nießbraucher das Grundstück vermietet oder verpachtet hat (vgl. Planck Bem. 2 aE. zu § 1123, Staudinger Bem. 2 Abs. 2 zu § 1123, Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht I 769, 770). Hieraus folgt, daß, sofern der dritte Fall vorliegt, die dem Nießbraucher geschuldeten Miet- oder Pachtzinsen nur dann nach Maßgabe des § 1124 BGB. pfandfrei werden, wenn der Nießbraucher selbst sie eingezogen oder sonst über sie verfügt hat. Alsdann aber spricht kein sachlicher Grund dafür, dem nachstehenden Nießbraucher in dem Falle, wenn nicht er, sondern der Eigentümer vermietet oder verpachtet hatte, weitergehende Rechte bezüglich der Miet- oder Pachtzinsen einzuräumen, was geschehen würde, wenn man schon in der Bestellung des Nießbrauchs an dem vermieteten oder verpachteten Grundstück eine „Verfügung" über den Miet- oder Pachtzins im Sinne des § 1124 erblicken wollte. Dies ist auch schon um deswillen ausgeschlossen, weil auch bei dem mit der Veräußerung des Grundstücks verbundenen Übergange des Mietverhältnisses auf den Erwerber keine Rede davon sein kann, daß der Übergang der Mietforderungen durch eine „Verfügung des bisherigen Eigentümers" vermittelt wird.

§ 1123. 1. R. **08** II 621 Ziff. 3425 (Frankfurt a. M.). In der von dem Hypothekengläubiger vorgenommenen Pfändung der Mieten des belasteten Grundstücks liegt eine „Beschlagnahme" zu seinen Gunsten. Daß das BGB. unter „Beschlagnahme" nur die im ZVG. (§§ 20 ff., 148) so bezeichneten Maßregeln verstehe, ist in Übereinstimmung mit dem Urteile des II. Senats des Reichsgerichts vom 8. Mai 1908 und der herrschenden Meinung zu verneinen. Die Beschlagnahme kann auch durch Mobiliarpfändung erfolgen, und sogar im Wege der einstweiligen Verfügung ist sie möglich (**RG. 52** 139).

2. R. **08** II 332 Ziff. 1980 (Frankfurt a. M.). Die Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers braucht nicht auf Grund seines dinglichen Rechtes zu erfolgen, sondern es genügt die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs aus der hypothekarisch gesicherten Forderung zur Beschlagnahme.

3. SächsRpflA. **08** 343 (Dresden). Die schon durch die §§ 1124 ff. begrenzte Vorschrift des § 1123 wird im § 1147 BGB. dahin näher bestimmt, daß dem Hypothekengläubiger ein dingliches Recht auf Befriedigung aus den Mietzinsen nicht schon kraft seines dinglichen Rechtes am Grundstück und der daraus nach § 1123 BGB. begründeten Haftung der Mietzinsforderungen zusteht, sondern daß er ein solches Befriedigungsrecht nur im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen kann.

§ 1124. 1. R. **08** II 622 Ziff. 3426 (Frankfurt a. M.). Eine Beschlagnahme schützt den Hypothekengläubiger nicht nur gegen Verfügungen zugunsten solcher Personen, die nicht selbst Hypothekengläubiger sind, sondern auch gegen Verfügungen zugunsten von Hypothekengläubigern; der § 1124 unterscheidet nicht.

2. SächsRpflA. **08** 584 (Dresden). Derjenige, dem die Mietzinsen seitens des Nießbrauchers abgetreten sind, ist berechtigt zum Widerspruche gegen die nachgefolgte Beschlagnahme des Verwalters und zu dem mit der Klage aus § 771 ZPO. verfolgten Anspruch auf Herausgabe der unberechtigt vereinnahmten Mietzinsen. Erst für die spätere Zeit, als das zur Zeit der Beschlagnahme durch die Zwangsverwaltung laufende und das folgende Kalendervierteljahr, kommt die Wirkung der Beschlagnahme gegenüber dem Nießbraucher und seinem Rechtsnachfolger in den Mietanspruch in Frage.

3. **a)** R. **08** II 333 Ziff. 1982 (Frankfurt a. M. 8. 5. 08). Die Pfändung der Mietzinsforderungen — im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen — ist als eine Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. anzusehen. **b)** R. **08** II 496 Ziff. 2832, SächsOLG. **29** 108 (Dresden 10. 5. 07). Die Pfändung der Mietzinsen ist der Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. gleichzustellen.

4. SächsRpflA. **08** 168 (Dresden 2. 12. 07). Die Pfändung und Überweisung von Mietzinsen ist anzusehen als eine Verfügung im Sinne des § 1124 Abs. 2 verb. mit Abs. 1 BGB.

5. *Reichel, BuschsZ. **38** 252. Die Anwendbarkeit des § 1124 auf vollstreckungsweise Verfügungen ist zu verneinen (vgl. oben Ziff. 2 zu § 573).

§ 1128. 1. **RG.** 7./21. 10. 08, R. **08** II 664 Ziff. 3619, JW. **08** 746. Die Anwendung des § 1128 setzt einen Versicherungsantrag über ein Gebäude voraus. Auf versicherte Maschinen ist die Bestimmung daher nur dann anwendbar, wenn die Maschinen, sei es von vornherein, sei es nachträglich in einen Gebäudeversicherungsvertrag einbezogen worden sind, nicht aber dann, wenn die Maschinen, mögen sie Bestandteile eines Gebäudes sein oder nicht, als bewegliche Gegenstände versichert sind.

2. **RG. 69** 247, JW. **08** 737. Die im Art. 53 Abs. 1 EGBGB. über die entsprechende Anwendung des § 1128 BGB. gegebene Vorschrift kann in Verbindung mit Art. 67 Abs. 2 EGBGB. nicht anders aufgefaßt werden, als daß die Hypothek auf den Entschädigungsanspruch, der dem Eigentümer wegen Enteignung des belasteten Grundstücks oder wegen Beschädigung durch Bergbau zusteht, sich ebenso „erstreckt" wie auf die Forderung aus der Gebäudeversicherung. Dies findet eine wesentliche Bestätigung in den Bestimmungen des Art. 53 Abs. 2 EGBGB. Im Satze 1 des Abs. 2 ist ausdrücklich von einer „Haftung" des Entschädigungsanspruchs die Rede, die unter gewissen Voraussetzungen bezüglich einer Reallast oder eines hypothekarischen Rechtes erlöschen soll, und diese Voraussetzungen sind die gleichen, unter denen hinsichtlich der Forderung aus einer Versicherung, auf die nach § 1127 Abs. 1 BGB. die Hypothek sich „erstreckt", gemäß § 1127 Abs. 2 BGB. die „Haftung" erlischt. Ferner bestimmt Art. 53 Abs. 2 Satz 2 EGBGB., daß, wenn die Entschädigung wegen Benutzung des Grundstücks oder wegen Entziehung oder Beschädigung von Früchten oder von Zubehörstücken zu gewähren ist, die Vorschriften des § 1123 Abs. 2 Satz 1 und des § 1124 Abs. 3 BGB. entsprechende Anwendung finden; diese Vorschriften betreffen aber ebenfalls das Freiwerden von Forderungen, auf die sich die Hypothek „erstreckt", nämlich der Miet- und Pachtzinsforderungen, von der „Haftung" für die Hypothek. Daraus ist zu entnehmen, daß die den Hypothekengläubigern durch die Artt. 52, 53, 63 Abs. 2 EGBGB., Art. 37 PrAGBGB. hinsichtlich der fraglichen Entschädigungsansprüche gewährten Rechte den Inhalt haben, daß die Hypothek sich auf die Entschädigungsansprüche als Gegenstände der Haftung „erstreckt".

3. Schneider, R. **08** 835. Der Versicherungsnehmer kann vor dem Versicherungsfalle frei über die zunächst ja nur bedingte Forderung aus der Versicherung verfügen, z. B. durch Verzicht auf die Versicherung oder Abtretung seiner Ansprüche. Daraus folgt, daß der Hypothekengläubiger nach dem Versicherungsfall unter Umständen keine Forderung gegen den Versicherer mehr vorfindet. an die

er sich zu seiner Befriedigung halten kann, und für die die Sperre des § 1128 gilt. . . Diese immerhin mißliche Rechtslage des Hypothekengläubigers ist durch das neue Versicherungsgesetz von 1908 (§§ 100 Abs. 1, 2, 101) etwas verbessert.

4. Josef, BadRpr. **08** 137 erörtert neuere Streitfragen aus dem Gebiete der Gebäudeversicherung.

§ 1132. 1. R. **08** II 58 Ziff. 329, DJZ. **08** 82 (KG.). Einheit der Pfandschuld und Einheit der Pfandhaftung machen das Wesen der Gesamthypothek aus. Diese Einheitlichkeit ist aber nicht so aufzufassen, als ob jedesmal der ganze Betrag oder ein gleicher Betrag der Schuld durch die mehreren Pfandgrundstücke gesichert werden müßte; vielmehr kann, wie jede Hypothek bloß für einen Teil einer Schuld bestellt werden kann, auch die Gesamthypothek so gestaltet werden, daß das eine Grundstück für einen größeren, das andere für einen geringeren Teil derselben Schuld haften soll. Korrealität ist dann nur insoweit vorhanden, als die mehrfache Pfandsicherung reicht. Es kommt also bei der Gesamthypothek nicht sowohl auf die Gleichheit der Schuldsummen als darauf an, daß die Pfandschuld als solche die gleiche ist.

2. KGJ. **35** A 310, RJA. **9** 137, R. **08** II 452 Ziff. 2567, II 418 Ziff. 2447 (KG.) Eine Hypothek kann nicht mit der Maßgabe eingetragen werden, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem einen Grundstücke nur insoweit suchen dürfe, als sie aus dem anderen Grundstücke nicht zu erlangen ist.

3. KGJ. **35** A 312 (KG. 29. 1. 08). Das KG. hat allerdings in Übereinstimmung mit der in der Literatur vorherrschenden Meinung angenommen, daß die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Gesamthypothek durch Belastung eines Grundstücks mit einer Verkehrshypothek, eines anderen mit einer Sicherungshypothek unzulässig sei (vgl. KGJ. **22** A 164, OLG. **10** 100, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht § 1132 BGB. Anm. II 2, Planck, BGB. § 1132 Anm. 4, Biermann, R. **05** 66, Gierke, SachenR. § 167 Anm. 3). Andererseits ist aber die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek für die durch eine Briefhypothek gesicherte Forderung sowohl vom KG. als auch vom Bay. ObLG. bejaht worden, obwohl in diesem Falle eine Gesamthypothek aus Verkehrshypothek und Sicherungshypothek entsteht (vgl. KGJ. **25** A 294, **27** A 138, OLG. **5** 332). Es kann zweifelhaft sein, ob beide Annahmen miteinander vereinbar sind.

§ 1133. R. **08** 202 Ziff. 1205 (Frankfurt a. M.). Es besteht kein Rechtsatz, daß durch die Zwangsversteigerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks die Fälligkeit der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung herbeigeführt wird.

§ 1134. 1. KGJ. **35** A 265, RJA. **9** 130, R. **08** II 417 Ziff. 2445 (KG. 7. 11. 07). Auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. kann durch einstweilige Verfügung die in entsprechender Anwendung der Vorschriften des ZVG. durchzuführende Zwangsverwaltung eines Grundstücks angeordnet werden.

2. SeuffA. **63** 66 (Dresden). Es gibt kein allgemeines Recht des Hypothekengläubigers, zu verhindern, daß Bestandteile, Früchte oder Zubehörstücke, auf die sich nach den Bestimmungen in §§ 1120 ff. BGB. seine Hypothek erstreckt, aus dem Grundstück entfernt und damit von der Haftung für die Hypothek frei werden, solange eine Beschlagnahme des Grundstücks nicht erfolgt ist. Lediglich dann, wenn durch den Eigentümer oder einen Dritten derart auf das Grundstück eingewirkt wird, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, ist der Hypothekengläubiger in der Lage, schon vor der Beschlagnahme einzuschreiten.

3. FrankfRundsch. **42** 29 (Frankfurt a. M.). Auf § 1134 BGB. allein kann eine persönliche auf Zahlung gehende Klage gegen den Grundstückseigentümer überhaupt nicht gestützt werden. . . . Es kann der Hypothekengläubiger

auf Unterlassung von Einwirkungen, welche seine Hypothek gefährden, klagen; solche Einwirkungen sind also rechtswidrig. Aber die Unterlassungsklage setzt eine Einwirkung durch positives Handeln voraus; kraft des dinglichen Rechtes als solchen kann aber ein positives Tun, wie die Fortsetzung der Feuerversicherung und Aufwendung von Kosten dafür nicht gefordert werden.

4. HansGZ. **08** Beibl. 108 (Hamburg). Nach § 1134 BGB. kann der Gläubiger, wenn die dort bestimmten Voraussetzungen vorliegen, gegen den auf das Grundstück Einwirkenden auf Unterlassung klagen. Es wird nicht etwa durch die Bestimmung des § 1134 BGB. dem Gläubiger für den Fall, daß die Einwirkung bereits stattgefunden hat und beendigt ist, gegen denjenigen, der eingewirkt hat, ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben.

§ 1135. 1. **RG.** 8. 7. 08, R. **08** II 539 Ziff. 3029. Für die Frage, ob die Entfernung von Zubehörstücken eines Grundstücks den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirschaft widerspricht, kommt es lediglich auf die Verhältnisse zur Zeit der Entfernung an.

2. SchlHolstAnz. **08** 366 (Kiel). Eine einstweilige Anordnung zum Schutze eines Hypothekengläubigers gegen eine vom Konkursverwalter beabsichtigte Veräußerung von Zubehörstücken ist nach §§ 771, 769 ZPO. zulässig.

3. SächsOLG. **29** 403 (Dresden). Ihrem Wesen nach ist die Hypothek nur auf die Zahlung einer Geldsumme aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Ertrag oder Erlös eines Grundstücks gerichtet. Sie ist lediglich ein Verwertungsrecht; ein Recht auf Besitz der haftenden Gegenstände gibt sie nicht. Dementsprechend gewährt § 1133 verb. mit § 1135 BGB. dann, wenn die Sicherheit der Hypothek durch eine den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft nicht entsprechende Veräußerung von Zubehör gefährdet wird, dem Gläubiger wohl das Recht auf sofortige Befriedigung aus dem Grundstücke nebst dem verbliebenen Zubehöre nach Ablauf einer gewissen Frist, aber nicht auch — nicht einmal dem Eigentümer gegenüber — einen Anspruch auf Rückschaffung des Zubehörs. Die Beseitigung der Gefährdung durch Rückschaffung oder auf einem anderen Wege würde dem Eigentümer nur als Mittel zur Abwendung der Vollstreckung freistehen (Planck unter 3 zu § 1133 BGB.). Im Falle des § 1134 BGB. (vgl. Planck dazu unter 1 a) kommt ein derartiger Anspruch überhaupt nicht in Frage, da es sich unter den dort bezeichneten Voraussetzungen nicht um eine erfolgte, sondern um eine drohende Verschlechterung im Grundstücksbestande handelt, weshalb ihr gegenüber (neben der Möglichkeit, schützende Anordnungen des Gerichts zu erlangen) lediglich eine Unterlassungsklage gegeben ist. Nur für den Fall, daß der Hypothekengläubiger mit Hilfe eines die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung anordnenden Beschlusses die wirksame Beschlagnahme des Grundstücks und der mithaftenden Gegenstände herbeigeführt hat, kann es sich fragen, ob das nach § 23 Abs. 1 ZVG. darin liegende Veräußerungsverbot das Recht verleihe, das nachmals vom Schuldner veräußerte Zubehör mittels der dinglichen Klage vom Erwerber zurückzufordern. Diese Frage ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Wegschaffer von der Beschlagnahme und ihrer Erstreckung auf das Zubehör wußte.

§ 1136. 1. **RG.** 16. 3. 08, R. **08** II 269 Ziff. 1571. Unter dem Gläubiger im Sinne des § 1136 BGB. ist der Hypothekengläubiger zu verstehen, d. i. der Gläubiger, dem eine Hypothek (Grundschuld, Rentenschuld) an dem Grundstücke, dessen Veräußerung oder weitere Belastung in Frage steht, bestellt ist oder bestellt werden soll.

2. *Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau, Bodenreform **08** 292 ff. Der Paragraph bietet ein schwer überwindbares Hindernis für die Wahrung des Gemeinnützigkeitszwecks durch Spekulationsausschluß, falls die Landesversicherungsanstalt usw. zur Errichtung der Heimstätte zwar ihr billiges Baugeld, nicht aber

auch den Boden gegeben hat und daher nur als Hypothekengläubigerin auftritt. Wirklich zu helfen wäre hier nur durch eine grundbuchmäßige „Gemeinnützigkeitsklausel".

§ 1137. **RG.** 5. 2. 08, **68** 101, JW. **08** 298. Die als Eigentümer des belasteten Grundstücks auf Zahlung einer Bordellhypothek belangten Beklagten sind berechtigt, die Nichtigkeit der Hypothek oder die Nichtigkeit der gesicherten Forderung einzuwenden. Denn durch jenen Einwand machen sie geltend, daß das dingliche Recht, auf das die Klage gestützt ist, nicht bestehe (Planck Bem. 2 b zu § 1137 BGB.); sie leugnen also, daß ihr Grundstück überhaupt mit der fraglichen Hypothek rechtswirksam belastet sei. In dem anderen Falle machen sie von dem Rechte aus § 1137 Abs. 1 BGB. Gebrauch, wonach der Eigentümer gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann; durch die Behauptung, daß die durch die Hypothek gesicherte Forderung nicht (rechtsgültig) entstanden sei, suchen sie darzutun, daß den Klägern, die gemäß §§ 1138, 891 BGB. das Bestehen der Forderung zur Begründung ihrer Klage nicht nachzuweisen brauchen, das Gläubigerrecht an der Hypothek nicht zustehe (Planck Bem. 2 d zu § 1137 BGB.). Eine gesetzliche Bestimmung, wodurch den verklagten Eigentümern die Geltendmachung dieser Einwendungen etwa deswegen verwehrt wäre, weil die Nichtigkeit auf einem Verstoße gegen die guten Sitten beruhen soll, besteht nicht (s. zu § 1163 BGB. Ziff. II. 1 c).

§ 1138. 1. **RG.** 16. 9. 08, JW. **08** 658, ZBlFG. **9** 335 Ziff. 341. Nach § 1138 gelten die Vorschriften der §§ 891—899 BGB., also insbesondere auch die Fiktion der Richtigkeit des Grundbuchs zugunsten des gutgläubigen Erwerbers (§ 892 aaO.) für die Hypothek zwar auch in Ansehung der Forderung, für diese aber nur, solange sie mit der Hypothek in Verbindung steht, und die Hypothek von ihr abhängig ist, nicht aber für die von der Hypothek losgelöste persönliche Forderung (**RG. 49** 68; vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I 840 Note I, Planck, BGB. Note 2 zu § 1138).

2. **RG.** 16. 9. 08, R. **08** II 592 Ziff. 3271. Tritt der Gläubiger einer eingetragenen Darlehnshypothek, dem die Hypothek nur zur Sicherung eines Guthabens unter Vorbehalt der Feststellung des geschuldeten Betrags bewilligt war, die Hypothek vorbehaltlos ab und fällt dann später die Hypothek bei der Zwangsversteigerung aus, so enthält die in der Abtretung der Hypothek liegende Abtretung der persönlichen Forderung an sich keine Schädigung des Schuldners, weil er nach § 404 BGB. dem neuen Gläubiger gegenüber die Einwendungen entgegensetzen kann, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Die §§ 1138, 892 BGB. stehen nicht entgegen.

3. *Lübkemann, ZBlFG. **8** 491 ff. Die Vermutung aus §§ 1138, 891 BGB. ist nicht unwiderleglich. Wenn der Gläubiger zugeben muß, daß er die Darlehnsvaluta, deren Empfang Schuldner unter Bestellung der Darlehnshypothek anerkannt hat, im Widerspruche mit diesem Anerkenntnisse zur Zeit der Eintragung der Hypothek noch nicht gezahlt hatte — nicht selten pflegt sie erst später bezahlt zu werden —, so entfällt die Vermutung aus §§ 1138, 891 BGB. Eventuell muß Gläubiger sich in solchem Falle daher den Beweis in anderer Weise sichern. ➠ Die Annahme, daß solches antizipierte Empfangsbekenntnis regelmäßig nach §§ 116 Satz 2, 117 BGB. nichtig sei, kann in diesem Umfange nicht aufrechterhalten werden. Sieht man in ihm nämlich ein abstraktes Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB. — ob ein solches vorliegt, ist Tatfrage —, so muß es der Schuldner, abgesehen von der ihm möglichen Anfechtung, gegen sich gelten lassen (vgl. Planck, BGB. [3] Anm. 1 c und 3 zu § 780, Anm. 5 zu § 781, sowie die Ausführungen zu § 812). ⟵

§ 1139. *Lübkemann, ZBlFG. **8** 491 ff. Für Briefhypotheken fehlt eine entsprechende Bestimmung. Deshalb ist für den Schuldner Vorsicht bei einem

solchen Darlehnsempfangsanerkenntnis und bei der Hypothekbestellung geboten, bei der das Anerkenntnis vor Auszahlung der Darlehnsvaluta abgegeben wird (vgl. zu § 1138 Ziff. 3).

§ 1144. RG. 3. 10. 08, **69** 257, R. **08** II 703 Ziff. 3816. Nach § 1144 BGB. kann der Schuldner schon bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers die Aushändigung aller zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangen. Gehört dazu im konkreten Falle die beglaubigte Einwilligung des Nacherben, so ist auch der befreite Vorerbe in seiner Eigenschaft als Hypothekengläubiger verpflichtet, sie dem zahlenden Schuldner zu beschaffen. Die Möglichkeit dazu bietet ihm die Vorschrift des § 2120 BGB., die den Nacherben zur Ausstellung der Einwilligung bei ordnungsmäßigen Verwaltungsgeschäften des Vorerben verpflichtet und die um so mehr dann zur Anwendung kommen muß, wenn dem Nacherben ein materielles Widerspruchsrecht überhaupt nicht zusteht. Dieser Satz bezieht sich aber nicht auf Fälle, wo über die Zahlungspflicht des Hypothekenschuldners ein kontradiktorischer Prozeß geführt wird, also von einer unentgeltlichen Verfügung nicht die Rede sein kann. Ein solcher Fall, in dem die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird, ist vielmehr der Offenkundigkeit gleichzustellen.

§ 1145. Wolf, DJZ. **08** 1104. Die Vorschrift des § 1145 Abs. 2 muß richtig lauten: Die Vorschrift gilt für Zinsen nur, wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird, und dem folgenden Vierteljahre fällig werden. Damit wird diese Vorschrift in Einklang gebracht mit den entsprechenden §§ 1123 Abs. 2, 1124 Abs. 2 und 1158 BGB. Im § 1158 mußte, der vorangegangenen Negation wegen (nicht später als), die Verbindung mit „oder" erfolgen.

§ 1146. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. § 1146 enthält einen Fall, wo kraft Gesetzes Zinsen aus dem Grundstücke zu zahlen sind, also einen Fall gesetzlicher Hypothekenzinsen. Er enthält, wie der im übrigen von den gesetzlichen Hypothekenzinsen handelnde § 1118, eine Ausnahme vom Eintragungs- und zugleich vom Spezialitätsprinzipe .... (16). Voraussetzung ist, daß der Eigentümer nach eingetragener Fälligkeit und Mahnung die ihm obliegende Leistung nicht erbracht hat. Das heißt nicht, daß der Eigentümer im entscheidenden Zeitpunkte nicht „gezahlt" oder nicht seine Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung „ausdrücklich anerkannt" und zur tätigen Mitwirkung an der möglichst glatten Durchführung der Gläubigerbefriedigung sich erboten haben muß. Denn der Eigentümer ist zum Zahlen nicht verpflichtet. Er hat nur die Zwangsvollstreckung in das Grundstück, wenn er von seiner Zahlungsbefugnis keinen Gebrauch machen will, wegen der Hypothekensumme zu dulden. Dieser Duldungspflicht genügt aber der Eigentümer schon durch bloße Passivität; nur wenn er nach Fälligkeit und Mahnung seine Duldungspflicht ausdrücklich oder stillschweigend (durch schlüssige Handlung) bestreitet, liegen ihm gegenüber die Voraussetzungen des § 1146 vor. Dagegen gerät er, wenn er einerseits nicht leistet (d. h. im Sinne von: zahlt), andererseits aber auch nicht seiner Duldungspflicht zuwiderhandelt, nicht in Verzug .... (19). Die Verzugszinsen nach § 1146 BGB. sind zu entrichten von der kraft der Hypothek aus dem Grundstück im Einzelfalle zu bezahlenden Geldsumme — soweit diese nicht schon Zinsen enthält. Die Zinsen betragen stets 4 v. H. .... (21). § 1118 setzt einen Verzug des persönlichen Schuldners voraus; § 1146 setzt dagegen gerade voraus, daß der persönliche Schuldner nicht im Verzug ist, und daß die Voraussetzungen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, nur dem Eigentümer gegenüber vorliegen. Liegen diese Voraussetzungen sowohl dem Eigentümer als auch dem Schuldner gegenüber vor, so kann der Gläubiger nur einmal Verzugszinsen verlangen. . . . Eine persönliche Haftung des Eigentümers tritt für die Verzugszinsen nicht ein;

für sonstige Verzugsschäden nur .... (22) unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung (§§ 823, 826 BGB.) ..... Ist also insbesondere nur der hypothekarische Anspruch rechtshängig gemacht, so haftet das Grundstück für keine Prozeßzinsen (24).

§ 1150. BreslauAK. **08** 5 (Breslau). Die erste Voraussetzung für die Anwendung des Paragraphen ist die „Ausübung eines Ablösungsrechts". Der Paragraph ist also dann nicht anwendbar, wenn sich der Übergang nicht kraft Gesetzes erst im Augenblicke der Befriedigung vollzieht, sondern bereits vorher durch Vertrag bewirkt war.

§ 1151. R. **08** II 452 Ziff. 2568 (KG. 7. 2. 08). Die Änderung des Rangverhältnisses von Teilhypotheken ist ohne die Zustimmung des Eigentümers auch zulässig, wenn die Änderung erst nach der Teilung oder erst bei einer späteren anderweitigen Teilung vereinbart wird.

§ 1152. **RG.** 3. 6. 08, **69** 36, JW. **08** 483, R. **08** II 468 Ziff. 2674. Nach der Natur und dem Zwecke des Hypothekenbriefs kann dem Grundstückseigentümer, der einen Teil einer Briefhypothek als Eigentümergrundschuld gemäß § 1177 BGB. erlangt hat, trotz seines Miteigentums an dem Briefe ein Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes gegen den im Besitze des Briefes befindlichen Hypothekengläubiger überhaupt nicht zugestanden werden. Der dem Gläubiger gemäß § 1163 Abs. 2, § 1177 Abs. 1 BGB. zum Erwerbe der Briefhypothek von dem Grundstückseigentümer übergebene Hypothekenbrief soll dem Gläubiger zur Legitimation als Inhaber der Hypothek, insbesondere bei Verfügungen darüber, dienen. Deshalb muß dem Gläubiger auch dann, wenn ein Teil der Hypothek, insbesondere infolge Nichtentstehens der Forderung, zur Eigentümergrundschuld wird, der ihm erteilte Brief zum ausschließlichen Besitze verbleiben, damit er uneingeschränkt über den ihm zustehenden Hypothekenteil verfügen kann. Der Eigentümer kann nur entweder Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 896 BGB. verlangen, und zwar nicht nur von dem Gläubiger, sondern auch von jedem etwaigen dritten Besitzer des Briefes (**RG. 47** 158), oder er kann nach §§ 749, 752, 1152 BGB. Aufhebung der Gemeinschaft am Hypothekenbrief und Vollziehung der Teilung in Natur durch Herstellung eines Teilhypothekenbriefs beanspruchen (**RG. 59** 318).

§ 1153. 1. **RG.** 22. 11. 07, **67** 130. In den Fällen eines sog. unechten Gesamtschuldverhältnisses, d. h. denjenigen, in denen nur zufällig aus verschiedenen, von einander völlig unabhängigen Schuldgründen die Verpflichtung mehrerer auf einen gleichen Leistungsinhalt oder mit demselben Obligationszwecke begründet ist, findet im Falle der Zahlung ein Übergang der Forderung gemäß § 426 Abs. 2 und somit auch ein Übergang einer für die Forderung haftenden Hypothek gemäß § 1153 Abs. 1 BGB. kraft Gesetzes nicht statt.

2. BayRpflZ. **08** 90 (Bamberg). Die Vorschrift, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek und die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden könne, bezieht sich zwar auf den obligatorischen und dinglichen Vertrag. Anders aber, wenn die Parteien nicht die Forderung ohne die Hypothek übertragen wollen, sondern die Übereinkunft nur in zwei Abschnitte zerlegt wird, indem zunächst der obligatorische Vertrag geschlossen wurde, welchem der dingliche in der vorgeschriebenen Form nachfolgen sollte.

3. BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). Wenn der Bürge die Forderung, zu deren Gunsten eine Hypothek eingetragen ist, befriedigt, so geht infolge dieser Befriedigung gemäß §§ 774, 412, 401, 1153 BGB. nicht nur die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner, sondern zugleich auch die Hypothek auf den Bürgen kraft Gesetzes über.

4. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen 59. Mit der Übertragung des obligatorischen Anspruchs auf Zinsen einer Hypothekenforderung geht der insoweit

bestehende hypothekarische Anspruch auf den neuen Gläubiger über; der obligatorische Anspruch auf Hypothekenzinsen kann nicht ohne den dinglichen, der dingliche Anspruch nicht ohne den obligatorischen übertragen werden.

§ 1154. 1. Form der Abtretung. a) **RG.** 22. 4. 08, BayRpflZ. **08** 270, R. **08** II 567 Ziff. 3135, SchlHolstAnz. **08** 175. Es steht in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung fest, daß die Formvorschrift des § 1154 für Briefhypotheken (Grundschulden) dieselbe Bedeutung hat, wie das Erfordernis der Umschreibung der Hypothek im Grundbuche gemäß BGB. § 1154 Abs. 3, § 873 Abs. 1 für Buchhypotheken (Grundschulden). Die Beobachtung der für die Abtretung einer Briefhypothek (=grundschuld) vorgeschriebenen Form ist daher nicht nur Dritten gegenüber, sondern auch im Verhältnisse der Vertragsparteien untereinander zur Wirksamkeit der Abtretung notwendig. Eine formlose Abtretungserklärung kann aber die Wirkung eines pactum de cedendo haben und im Falle der Entgeltlichkeit als solches wirksam sein, während im Falle einer Schenkung die Beobachtung der Form des § 518 notwendig sein würde. **b) RG.** 3. 6. 08, R. **08** II 468 Ziff. 2672, JW. **08** 484. Im Falle der Übertragung eines Teiles einer Briefhypothek kann die körperliche Übergabe des Briefes an den Zessionar durch Aushändigung des gemäß § 1152 BGB., § 61 GBO. gebildeten Teilbriefs oder durch Hingabe des Stammbriefs oder auch durch Einräumung des Mitbesitzes an dem Stammbrief erfolgen (vgl. KG., RJA. **2** 83, Planck Anm. 5 zu § 1154 BGB., Turnau-Förster Anm. II 6 zu § 1154 BGB.). Befindet sich ein Dritter im Besitze des Teilbriefs oder des Stammbriefs und steht dem Zedenten als Eigentümer des Briefes ein Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten zu, so kann die körperliche Übergabe durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. ersetzt werden. **c) RG.** 22. 2. 08, R. **08** II 235 Ziff. 1389. Die ohne Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgte Zession einer Eigentümerbriefhypothek ist einem Dritten gegenüber wirkungslos, der, nachdem bei der Zwangsversteigerung die Hypothek als dingliches Recht erloschen ist, als Gläubiger des Zedenten den auf die abgetretene Hypothek entfallenden Versteigerungserlös hat pfänden lassen.

2. **RG.** 23. 9. 08, R. **08** II 592 Ziff. 3270. Die Abtretung einer nicht valutierten Verkehrshypothek ist zu dem Zwecke zulässig, damit der neue Gläubiger darin ein Sicherungsmittel für seine persönlichen Ansprüche gegen den Hypothekenschuldner gewinnt.

3. KGJ. **35** A 217, RJA. **9** 135, R. **08** II 418 Ziff. 2446 (KG. 13. 1. 08). Gehören zu einem Vermögen, das der Stifter im Stiftungsgeschäft einer Stiftung zugesichert hat, Hypotheken, so gehen diese nicht schon mit der Genehmigung der Stiftung auf diese über, vielmehr gilt auch hier der § 1154 BGB.

4. **RG.** 14. 10. 08, **69** 263 R. **08** II 687 Ziff. 3744. Ist die Vollmachtserteilung wegen Geschäftsunfähigkeit der Vollmachtgeberin nichtig, so findet auf die vom Bevollmächtigten erklärte Abtretung einer Hypothek der Vollmachtgeberin § 177 BGB. Anwendung.

5. Josef, R. **08** 741, spricht sich über die Frage aus: „Wann ist die Zessionsvaluta für Hypotheken zu zahlen?"

6. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. Die Abtretung künftig fällig werdender Zinsen einer durch Buchhypothek gesicherten Forderung erfolgt durch Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger über den Übergang des Zinsrechts oder des Rechtes auf so und so viele Zinsraten und entsprechende Eintragung im Grundbuche .... (60). Bei einer Briefhypothek erfolgt die Abtretung der Forderung, soweit sie auf Zinsen gerichtet ist, die künftig fällig werden, durch Erteilung einer Abtretungserklärung in schriftlicher Form

und Übergabe des Hypothekenbriefs .... (61). Dies gilt auch für die sog. laufenden Zinsen des § 1158 (62).

§ 1155. 1. RJA. **9** 211 (KG. 30. 3. 08). Der § 1155 stellt der Abtretungserklärung nur einen gerichtlichen Überweisungsbeschluß und das Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung gleich. Sowohl die Fassung des § 1155 BGB. als auch dessen Zweck und Zusammenhang mit den §§ 891 ff. BGB. lassen eine Ausdehnung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens auf einen Rechtserwerb durch Erbgang nicht als zulässig erscheinen. Ist der nach § 1155 BGB. erforderliche Nachweis einer zusammenhängenden Reihe von Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüssen und Anerkenntnissen einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung nicht geführt, weil die Reihe durch einen Übergang im Wege des Erbganges unterbrochen wird, so kann in diesem Falle auch die Vorschrift des § 40 Abs. 2 GBO., die den Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. verlangt, keine Anwendung finden.

2. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 124. Die erst nachträglich erfolgende Beglaubigung ist imstande, einen etwaigen Mangel zu heilen, sofern nur der Erwerbende zur Zeit der Beglaubigung noch gutgläubig ist. § 185 darf analoge Anwendung finden. Wie hier nachträglich das Recht des Verfügenden mit rückwirkender Kraft auf die vordem vorgenommenen Verfügungen erzeugt wird, so im Falle des § 1155 nachträglich die Legitimation gutgläubigen Dritten gegenüber.

§ 1156. **RG.** 22. 2. 08, **67** 413. Bei Briefhypotheken ist dem Schuldner keinesfalls zu jeder Zeit ohne weiteres die Kenntnis davon zuzumuten, wer sein jetziger Gläubiger sei, und der § 1156 BGB. schließt bei Abtretung von Briefhypotheken nur in Ansehung der Hypothek, nicht aber hinsichtlich der persönlichen Schuld die Anwendung der §§ 406—408 aus.

§ 1157. **RG.** 4. 4. 08, R. **08** II 333 Ziff. 1984, ZBlFG. **9** 41 Ziff. 60. Der Grundstückseigentümer kann dem Sondernachfolger des früheren Gläubigers einer Hypothek (Grundschuld) auch solche dem Sondernachfolger bei dem Erwerbe bekannt gewesene Einwendungen entgegensetzen, welche sich auf das zwischen dem Grundstückseigentümer und dem früheren Gläubiger bestehende obligatorische Rechtsverhältnis gründen.

§ 1158. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. Einmütigkeit herrscht darüber, daß der § 1158 nur Zinsen treffen will, die zur Zeit einer sie betreffenden Abtretung noch nicht fällig sind .... (54). Für den Begriff der laufenden Hypothekenzinsen ist lediglich der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit und nicht der Zeitraum, für den sie geschuldet werden, maßgebend (gegen die herrschende Meinung) .... (55). Aus dem Schweigen des Gesetzes ist abzuleiten, daß der § 1158 BGB. für alle Arten von Zinsen der Forderung maßgebend ist. .... Folglich wird man den § 1158 auf gesetzliche Zinsen der Forderung, also gesetzliche Hypothekenzinsen anzuwenden haben. Auch einer entsprechenden Anwendung auf die Verzugszinsen des § 1146 BGB. steht nichts entgegen .... (58). Für alle gesetzlichen Zinsen macht es dabei keinen Unterschied, ob man unter § 1158 BGB. die in der kritischen Zeit fällig werdenden oder die für die kritische Zeit geschuldeten bezeichnet .... (59).

In Ansehung derjenigen, von der Abtretung betroffenen, künftig fällig werdenden Hypothekenzinsen, die später als in dem Kalenderjahr, in dem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, gilt folgendes: Die Vorschriften der §§ 891—899 gelten insoweit für die Zinsforderungshypothek auch in Ansehung der Hypothekenzinsforderung und der dem Eigentümer nach § 1137 zustehenden Einreden. Der neue Gläubiger braucht sich also gegenüber seinem dinglichen Anspruche keine Einwendung aus der Person seines Rechtsvorgängers, z. B. Nichtexistenz der Verzinslichkeit, Bezahlung der Zinsen an

den bisherigen Gläubiger vor der Abtretung, gefallen zu lassen, die nicht eingetragen bzw. auf dem Briefe vermerkt oder ihm sonst zur Zeit der Abtretung bekannt gewesen ist (§§ 1138, 1140 BGB.). Die für die Übertragung des persönlichen Anspruchs auf solche Zinsen geltenden Vorschriften der §§ 406—408 BGB. finden auf den dinglichen Anspruch weder unmittelbare noch mittelbare Anwendung (§ 1156 BGB.). .... Auch die dem Eigentümer in Ansehung der hier fraglichen Hypothekenzinsen nach dem Satz 1 des § 1157 BGB. gegenüber dem dinglichen Anspruche zustehenden Einreden können dem neuen Gläubiger nur unbeschadet der Vorschriften der §§ 892, 894—899, 1140 BGB. entgegengesetzt werden.

In Ansehung von Hypothekenzinsen, die nicht später fällig werden als in dem Kalendervierteljahre, das dem Vierteljahr, in dem der Eigentümer von der Abtretung Kenntnis erlangt, folgt, gilt folgendes: .... (62). Der Eigentümer kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen (§ 1142 Abs. 2) bzw. sich auf die vom persönlichen Schuldner gegenüber dem neuen Gläubiger erklärte Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den bisherigen Gläubiger zustehenden Forderung berufen (§ 1137) — es sei denn, daß der Eigentümer bzw. der Schuldner bei dem Erwerber der aufgerechneten Aktivforderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß diese Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis von der Abtretung und später als Zinsforderung fällig wird (§§ 1158, 406 BGB.) .... (64 f.). Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Eigentümer bzw. der Schuldner nach der Übertragung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Übertragung zwischen dem Eigentümer bzw. dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Hypothek bei der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen — es sei denn, daß der Eigentümer bzw. der Schuldner die Übertragung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kannte (§§ 407 Abs. 1, 1158, 413, 1137 BGB.) .... (66). Ist ferner in einem nach der Übertragung zwischen dem Eigentümer bzw. Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Hypothekenzinsforderung oder die Zinsforderungshypothek ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen — es sei denn, daß der Eigentümer bzw. Schuldner die Übertragung schon bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat (§§ 407 Abs. 2, 413, 1158 BGB.) .... (69). Wird eine — ganz oder zum Teil, allein oder mit der Hauptforderung — abgetretene Hypothekenzinsforderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten oder wird eine bereits abgetretene Zinsforderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen oder erkennt der bisherige Gläubiger einem Dritten gegenüber an, daß eine bereits abgetretene Hypothekenzinsforderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei, so muß der frühere Erwerber gegen sich gelten lassen eine Leistung des Eigentümers oder des persönlichen Schuldners an den Dritten, jedes zwischen dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner und dem Dritten in Ansehung des dinglichen oder persönlichen Anspruchs vorgenommene Rechtsgeschäft, ein zwischen dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner und dem Dritten in einem nach der früheren Abtretung anhängig gewordenen Rechtsstreit ergangenes rechtskräftiges Urteil über die Hypothekenzinsforderung bzw. Zinsforderungshypothek, falls der Eigentümer bzw. der Schuldner zur Zeit der Leistung, des Rechtsgeschäfts, der eintretenden Rechtshängigkeit die Abtretung nicht kannte (§§ 408, 1158, 413, 1137 BGB.) .... (70). Über den weiteren Inhalt des § 1158 s. 72 ff.

§ 1159. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. Daß zunächst einmal einzelne Raten künftig fällig werdender Zinsen selbständig abgetreten werden können, ergibt sich aus der Fassung und der Geschichte des § 1158 BGB..... Sodann muß man konsequenter- und logischerweise auch die Abtretung

des Zinsrechts an sich für möglich erklären. Denn was sind die einzelnen Zinsraten anderes als Teile jenes Zinsrechts; und was ist das Zinsrecht anderes als das Recht auf die Summe der existent werdenden Zinsraten? .... (38). Wird bei der Abtretung einer Hypothekenforderung bezüglich der Zinsen keine besondere Vereinbarung getroffen, die Forderung vielmehr schlechthin abgetreten, so ist anzunehmen, daß die rückständigen, das ist die zur Zeit der Abtretung bereits fälligen, Hypothekenzinsen nicht mitabgetreten sein sollen, während von allen noch nicht fälligen Zinsen das Gegenteil zu gelten hat. Es wird dies daraus gefolgert, daß das Recht auf Zinsen überhaupt ein sog. Nebenrecht, „also" das Schicksal der Hauptforderung zu teilen bestimmt sei, daß dagegen das Recht auf die fällige Zinsrate sich mit dem Eintritte der Fälligkeit verselbständige, „emanzipiere" und abgesonderter Übertragung unterliege. Aus dem Gesetze läßt sich nun zwar eine Bestätigung dieser Schlußfolgerung kaum gewinnen, doch entspricht diese Ansicht regelmäßig dem tatsächlichen Willen der Parteien, weil sie der Sachlage am besten und natürlichsten gerecht wird. .... (40). Tatsächlich wird freilich meist besonders vereinbart und eingetragen, ob und von welchem Zeitpunkt ab die Zinsen auf den Erwerber übergehen sollen .... (41). Weiter kommt nicht selten vor eine Abtretung der Hypothekenforderung „unter Vorbehalt des Zinsrechts." .... Der Vorbehalt kann wieder verschiedenen Umfang haben; er kann das Zinsrecht in seinem vollen Umfang oder nur in einem Teilbetrag ergreifen und, soweit er reicht, kann er wieder als ein Vorbehalt für den Gläubiger persönlich gewollt sein, oder aber der Wille der Beteiligten kann dahin gehen, das Zinsrecht überhaupt von der Abtretung auszuschließen und dem Veräußerer der Kapitalforderung als einen Gegenstand freier Verfügung zu belassen. Beides ist nach der hier vertretenen Meinung durchaus möglich, und dieser Standpunkt liefert die wünschenswerte Handhabe, um die Abtretung unter Vorbehalt des Zinsrechts in beiden Fällen, insbes. in dem ersten, wenigstens als betagte bzw. reine Teilabtretung auch dann aufrechtzuerhalten, wenn mit dem Vorbehalte des Zinsrechts ein, schlecht so genannter, „Vorbehalt" eines Nießbrauchs an der ungekürzt abzutretenden Hypothekenforderung gewollt, aber infolge Nichterfüllung der zu einer solchen Nießbrauchseinräumung durch den Erwerber der Forderung erforderlichen Formen (Einigung und Eintragung, schriftliche Nießbrauchsbestellung und Übergabe des Briefes an den Abtretenden) nicht zustande gekommen sein sollte (vgl. § 140 BGB.). Zu weit dürfte es gehen, wenn Turnau-Förster in dem Vorbehalte des Zinsrechts aaO. stets den Vorbehalt eines Nießbrauchs erblicken zu müssen glauben. Schließlich wird noch zuweilen bei der Abtretung einer Hypothekenforderung vereinbart, daß das Zinsrecht nur bis zu einer gewissen Höhe auf den Erwerber der Forderung übergehen solle; man spricht dann von einer Abtretung unter Herabsetzung des Zinsfußes. Es fragt sich, wie eine solche Abtretung in Ansehung der nicht übertragenen Zinsdifferenz auszulegen ist. Eine allgemeine Regel läßt sich dafür nicht aufstellen. Es kann sein, daß sich der Zedent den Nießbrauch an der abgetretenen Kapitalforderung in Höhe des Betrags der kapitalisierten Zinsdifferenz hat vorbehalten, das heißt bestellt sehen wollen; immer ist jedoch dieser „Nießbrauch" in Höhe der „Zinsdifferenz", wie ihn Turnau-Förster kurz aber bedenklich nennen, nicht als gewollt anzusehen. Ist er aber gewollt, so ist er doch nur zustande gekommen, wenn er unter Beachtung der dazu nötigen Formen bestellt ist. Es kann weiter sein, daß der Zedent auf die Hypothek in Höhe der Zinsdifferenz hat verzichten wollen oder daß er die Hypothek insoweit aufheben wollte. Dann muß aber der Verzicht bzw. die Aufhebung in gehöriger Form, das heißt gegenüber dem Eigentümer oder gegenüber dem Grundbuchamte (vgl. auch §§ 29, 30 GBO.), erklärt und überdies eingetragen werden. Die Eintragung bedarf aber bei beabsichtigter Aufhebung, die vom Verzichte zu scheiden ist, wieder noch der Zustimmung des Eigentümers. Anders nur,

wenn sich ein, vielleicht stillschweigender, Erlaßvertrag bezüglich der Forderung in Höhe der Differenz annehmen läßt; das würde die Hypothek in demselben Umfange zur Eigentümerhypothek machen (§ 1163 BGB.). Endlich ist denkbar, daß bei der Abtretung „unter Herabsetzung des Zinsfußes" — was allerdings, wenn man diese Bezeichnung erwägt, paradox klingt — eine Teilabtretung beabsichtigt ist, indem die Hypothekenforderung bis auf den differierenden Teil des Zinsrechts übertragen werden soll; dann gelten wieder die gewöhnlichen Vorschriften über die Teilabtretung .... (42 f.). Über die Anwendung der §§ 398—410 BGB. auf die Abtretung von Hypothekenzinsen s. 44 ff. — Rückständige Zinsen im Sinne des § 1159 BGB. sind nur solche Zinsen, die zur Zeit einer sie betreffenden Abtretung bereits fällig sind, ... nicht aber solche, die erst nach der Abtretung rückständig geworden sind .... Da der § 1159 BGB. ganz allgemein von rückständigen Zinsen der Forderung spricht, ist er auf Rückstände gesetzlicher Forderungszinsen ebenso anzuwenden wie auf die rechtsgeschäftlichen, und zwar auch auf die rückständigen Verzugszinsen aus § 1146 BGB. .... (53). Der Grundbuchrichter dürfte einem Antrage von Rechts wegen nicht stattgeben, der dahin ginge: einzutragen, daß die Hypothekenforderung nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1906 abgetreten sei, wenn die Eintragung z. B. am 17. Oktober 1906 erfolgen soll und die Zinsen am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober jeden Jahres fällig werden; denn dieser Antrag bezweckt zum Teil die Eintragung der Abtretung rückständiger Hypothekenzinsen, die unzulässig ist; trotzdem wird solchen Anträgen nicht selten stattgegeben .... Mit der abgetretenen Zinsrückstandsforderung geht die Hypothek, soweit sie dafür besteht, auf den neuen Gläubiger über — aber dieser Übergang ist kein notwendiger; denn die Vorschrift des § 401 ist trotz ihrer kategorischen Fassung im Gegensatze zu § 1153 nicht zwingenden, sondern ergänzenden Rechtes; der Übergang der Hypothek kann also ausgeschlossen werden. Geschieht dies, so geht die Hypothekenzinsrückstandsforderung allein, also als hypothekarisch nicht gesicherte, auf den Erwerber über .... (85). Die Hypothek erlischt gemäß § 1250 Abs. 2 BGB. .... (86 ff.). Über die Wirkungen der Abtretung s. 87 ff.

§ 1160. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. Für die Geltendmachung des persönlichen oder dinglichen Anspruchs in Ansehung noch nicht fälliger Zinsen — man denke an die Feststellungsklage sowie die Klage auf künftige Leistung, §§ 256, 258, 259 ZPO. — gilt bei der Buchhypothek nichts Besonderes, d. h. der Gläubiger hat die Entstehung bzw. den Erwerb des geltend gemachten Anspruchs zu beweisen, einer bestimmten „formellen" Legitimation bedarf es neben dem Nachweise der materiellen Berechtigung nicht. Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger im Falle einer Briefhypothek den persönlichen Zinsanspruch gegenüber dem vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner (oder einem Dritten) geltend macht. Anders dagegen, wenn im letzten Falle der dingliche Anspruch oder wenn der dingliche oder persönliche Anspruch, falls Schuldner und Eigentümer identisch sind, geltend gemacht wird; da greifen die §§ 1160 und 1161 BGB. ein .... (114). Werden dagegen rückständige Hypothekenzinsen geltend gemacht, so gilt für die Legitimation des Gläubigers nichts Besonderes, das heißt der Schuldner bzw. Eigentümer bzw. Dritte können Nachweis der Aktivlegitimation, also der materiellen Berechtigung, verlangen; er kann aber nicht Einlassung lediglich aus dem rein formalen und von seiner Stellungnahme zur behaupteten Rechtsstellung des Gläubigers unabhängigen Grunde der mangelnden Legitimierung des Gläubigers im Sinne des § 1160 Abs. 1 BGB. verweigern (118).

§ 1163. I. Wesen der Eigentümerhypothek. 1. *Puntschart, Pfandrechte an eigener Sache nach deutschem Reichsrecht, in der Festschrift für Karl von Amira (Berlin 1908) 103—175. Was Theorie und Praxis „Pfandrecht an eigener Sache" heißen, ist dem juristischen Tatbestande nach kein solches.

Es gibt kein Pfandrecht an eigener Sache. Die Eigentümerhypothek bezeichnet kein hypothekarisches Gläubigerrecht des Eigentümers, kein Pfandrecht im Sinne des subjektiven Rechtes. Trotzdem ist das derart belastete Grundstück Pfand. Es liegt Sachhaftung in der deutschrechtlichen Wortbedeutung der Sachbürgschaft vor, ebenso Zweckbeziehung zu einer Schuld. Hier tritt der Begriff der rechtlichen Verbindung und Gebundenheit zu einem vom Rechte anerkannten Zwecke in Erscheinung. Der Begriff liegt allen Rechtsverhältnissen zugrunde, ist aber in vorliegender Rechtsform besonders deutlich bloßgelegt. Diese nackte rechtliche Zweckbestimmung ist Konkretisierung des betreffenden rechtlichen Zweckes, den die objektiven Rechtsbestimmungen abstrakt aussprechen. Sie ist erste Wirkung der Anwendung des objektiven Rechtes und also Grundelement der Rechtskonstruktion. Die Sachhaftung besteht im Hinblick auf eine zukünftige, eventuelle Schuld aus kreditrechtlichen Dispositionen des Sacheigentümers. Die subjektivrechtlichen Befugnisse des letzteren sind nur Eigentumsbefugnisse, aber besonders gefärbt und besonders kräftig durch den speziellen Zweck, der die Sache in Haftung versetzt. Das Eigentum ist subjektivrechtlich besonders ausgestaltet nach der haftungsrechtlichen Zwecksphäre. Das Verständnis des juristischen Wesens der Eigenthümerhypothek bedarf der Unterscheidung zwischen dem Grund- und Bestimmungsverhältnis einerseits und dem subjektiven Rechtsverhältnis andererseits. — Die Eigentümerhypothek in der Richtung des Grundverhältnisses ist die rechtliche Verbindung zwischen dem Eigentümer und seinem Grundstück, insofern es für den Haftungszweck bestimmt ist, Sachhaftung der bestimmten Wertschichte für eine künftige, eventuelle Forderung auf grund kreditrechlicher Dispositionen des Eigentümers. — Die Eigentümerhypothek in der Richtung des subjektiven Rechts ist der Inbegriff der rechtlichen Befugnisse des Eigentümers, um die Grundstückshaftung in seinem Interesse für den Bereich der Forderungsverhältnisse zu verwerten und gegenüber Dritten als Pfandgläubigern zur Geltung zu bringen.

2. du Chesne, ZBlFG. **9** 234. Zu den Anwartschaften, die keine Rechte, sondern nur unvollständige Tatbestände für mögliche Rechte sind, gehört die künftige Eigentümerhypothek. Vorhanden ist hier das neben dem Eigentum als besonderes Recht gedachte dingliche Recht, das zunächst noch einem anderen Berechtigten verhaftet ist, sowie der künftige Inhaber der Eigentümerhypothek; nicht vorhanden, nur als künftig möglich vorgestellt, ist die Einbeziehung des freigewordenen dinglichen Rechtes in die Rechtssphäre des Eigentümers. Die Besonderheit dieser Rechtslage liegt darin, daß das Substrat des künftigen Rechtes, das dingliche Recht, nur wieder ein gedachtes ist, das aber durch das Grundbuchsystem, insbesondere durch die Eintragung, eine Art von körperlichem Dasein und jedenfalls wirtschaftlichem Werte erhalten hat.

3. Herold, SächsRpflA. **08** 212 ff. Bedingungen bei Grundbuchrechten als deren Beschränkung sind auch abgesehen von den Verfügungsbeschränkungen des § 892 BGB. (s. dort Ziff. III 1) zulässig. Namentlich tritt als ein bedingtes Grundbuchrecht bei der Hypothek die Eigentümergrundschuld in die Erscheinung. Bei ihr werden jedoch Abweichungen von der Behandlung sonstiger Verfügungsbeschränkungen zunächst dadurch erzeugt, daß die Beschränkung nicht durch eine besondere, für sich selbständig bestehende Eintragung, wie z. B. bei der Nacherbschaft, sondern nur bei der Hypothek als deren nähere Bestimmung erfolgt. Dies gilt für die Sicherungshypotheken einschließlich der Höchsthypothek; bei ihnen wirken die Bezeichnung als Sicherungshypothek oder die Erkennbarkeit als Höchsthypothek im Sinne der §§ 1184—1190 als Feststellung der Bedingung. — Weiter hat das BGB. sich nicht allenthalben daran gehalten, daß der Vorberechtigte zunächst der Alleinberechtigte ist und allein über das Recht verfügen kann, dem Nachberechtigten aber bis zum Eintritte der Bedingung nur eine Rechtsanwartschaft zusteht. Es hat

vielmehr aus anzuerkennenden Zweckmäßigkeitsgründen das Recht des Gläubigers in allen Fällen, selbst wenn es zunächst nur in der Rechtsanwartschaft eines aufschiebend bedingt Berechtigten besteht, an erste Stelle gesetzt und vor allem nur dieses Recht als solches im Grundbuch zur Erscheinung gebracht. Dies trifft bei einer Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung zu. Eine solche Hypothek steht zunächst als Grundschuld dem Besteller zu; das Grundbuch ist, genau betrachtet, von Anfang an unrichtig. Trotzdem wird in Erwartung des Eintritts der Bedingung an erster Stelle das Gläubigerrecht eingetragen. Ist die Forderung auflösend bedingt, so liegt der Fall gleich dem der Sicherungshypothek. — Endlich gibt es bedingte Eigentümergrundschulden, bei denen sich die Bedingung überhaupt nicht aus dem Hypothekeneintrag ergibt, bei denen also das Eigentümerrecht des Schutzes des § 892 BGB. entbehrt. Es sind dies die Eigentümergrundschulden, die ihren Inhalt lediglich den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1163, 1177 BGB. entnehmen. Hier treten sonstige Vorschriften, wie § 27 GBO., §§ 1183, 880 BGB., helfend ein; im übrigen hat der Widerspruch und die Grundbuchberichtigung einzugreifen. — Die Rechtsanwartschaft ist zwar übertragbar und vererblich. Eine Verfügung über sie kann aber während des Schwebens der Bedingung und auch später bis zur Grundbuchberichtigung nicht eingetragen werden; § 1179 BGB. bildet die einzige Ausnahme.

4. *Schneider, Die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes. Die Eigenthümerhypothek ist ein Rechtsgebilde sui generis; sie ist ein in der Form einer Grundkreditbelastung im Grundbuche verlautbartes Recht des Eigentümers, welches sich aus denselben Befugnissen wie eine Hypothek oder Grundschuld zusammensetzt, nämlich der Befugnis zur Verwertung des Grundstücks und zur Aneignung eines Teiles des Verwertungserlöses in bestimmter Höhe und mit bestimmtem Range, mit dem Unterschiede jedoch, daß die Verwertungsbefugnis in der Hand des Eigentümers ruht, die Aneignungsbefugnis aber nur insoweit ruht, als sie sich auf Zinsen erstreckt, wovon indes eine Ausnahme gilt, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (52).

II. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. a) **RG.** 29. 1. 08, SeuffBl. **08** 828, R. **08** 166 Ziff. 983. Es unterliegt keinem Zweifel, daß eine Hypothek auch nachträglich valutiert werden kann; sie geht dann von selbst, ohne besondere Umwandlung, aus der zunächst entstandenen Eigentümergrundschuld in eine Hypothek über. Ähnliches gilt, wie nach früherem Rechte (vgl. **RG. 27** 172), so auch nach heutigem, wenn nach der Abrede der Beteiligten die Hypothek (zur Geldbeschaffung oder aus sonstigen Gründen) abgetreten wird und die Valutierung erst in der Person des Zessionars erfolgen soll. Dies ist vom RG. bereits in wiederholten Entscheidungen anerkannt worden (vgl. außer dem Urteil in **RG. 60** 21, das eine nicht gesicherte Darlehnsforderung betrifft, auch das die Hypothekenvalutierung betreffende Urteil vom 8. Dezember 1906 in ZBlFG. 8 245. **b) RG.** 17. 6. 07, SeuffBl. **08** 227. Was die Zeit und die Art der Valutierung anlangt, so sind der Privatwillkür keine Schranken gezogen. Es ist durchaus zulässig, daß der Kläger mit N., um Geld für den Bau zu beschaffen, das weder er noch N. besitzt, die Vereinbarung trifft, die Hypothek solle zunächst als vollwertig behandelt und zur Beschaffung von Baugeld einem Geldgeber abgetreten, das von diesem hergegebene Geld aber zur Deckung der Ansprüche Ns. verwendet und, soweit diese noch nicht entstanden sind, in der Baurechnung kreditiert werden. **c) RG.** 5. 2. 08, **68** 101, JW. **08** 298. Ist die Einigung über die Hypothekbestellung selbst nichtig, so ist ein Hypo-

thekenrecht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, weil nach § 873 BGB. zur Begründung einer Hypothek außer der Eintragung die rechtswirksame Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung erforderlich ist. **d)** ZBlFG. **9** 336 Ziff. 351, DJZ. **08** 1231 (Braunschweig 2. 6. 08). Eine Hypothek für eine bedingte Forderung ist, wenn der Eintritt der Bedingung unmöglich geworden ist, Eigentümergrundschuld geworden.

2. Der Fall des Erlöschens der Forderung. a) OLG. **16** 313 (Hamburg 4. 7. 07). Nach der Regel des § 1163 BGB. erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, erlischt. Für die Zwangshypothek gilt das gleiche, nur mit der aus § 868 ZPO. sich ergebenden Einschränkung, nämlich nur in den Fällen des Wegfalls des Schuldtitels oder dessen Vollstreckbarkeit und der Anordnung der Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln bei Einstellung der Zwangsvollstreckung (Gaupp-Stein 2 zu § 868, dem das OLG. Colmar, OLG. **11** 114, folgt). Mit dem teilweisen Erlöschen der Forderung gehen also auch nicht etwa die Zwangshypotheken zum Teil auf den Eigentümer über. **b)** *Leweck, GruchotsBeitr. **52** 576 ff. Eine Eigentümerhypothek entsteht nicht durch Zahlung der Tilgungsbeiträge für ein landschaftliches Pfandbriefdarlehn zum Tilgungsfonds. Bei der Zwangsversteigerung des Pfandguts kann die Landschaft das Tilgungsguthaben zur Deckung ihrer Forderung verwenden, was einer Befriedigung aus dem Grundstücke gleichsteht (§ 1181 Abs. 3 BGB.). Bei einem freihändigen Verkaufe tritt der neue Erwerber als Berechtigter an Stelle des früheren Eigentümers. Dieser hat aber gegen den neuen Erwerber aus dem Kaufvertrage oder der rechtlosen Bereicherung Entschädigungsansprüche.

3. Der Fall des Abs. 2. S. Schneider aaO. 13 ff., 23 ff.

III. Die Pfändung der Eigentümerhypothek (s. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 6, **5** zu § 1163 Ziff. V, **6** zu § 1163 Ziff. IV). 1. SächsRpflA. **08** 269 (Dresden 24. 3. 08). Die ZPO. bestimmt im § 857 Abs. 6 schlechthin, daß auf die Zwangsvollstreckung in eine Grundschuld die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek bestehe, entsprechende Anwendung finden. Dies gilt auch für die Eigentümerhypothek.

2. Herold, SächsRpfl. **08** 279. Veräußerungsverbote im Sinne von §§ 135, 136 ZPO. sind auch in den Pfändungsbeschlüssen nach § 829 (Abs. 1 Satz 2) und § 857 (Abs. 2) ZPO. enthalten. Stellt sich deshalb der Pfändung einer Hypothek, namentlich aber der einer Eigentümergrundschuld, die Unrichtigkeit des Grundbuchs entgegen und kann diese nicht sofort mit Hilfe der §§ 14, 22 GBO. beseitigt werden, so wird das Veräußerungsverbot nach Eintragung des Widerspruchs ohne weiteres auf Grund des Pfändungsbeschlusses verlautbart werden können. Die Pfändung selbst ist erst nach Grundbuchberichtigung eintragbar.

3. ElsLothJZ. **08** 247 (Colmar). Die Pfändung des Berichtigungsanspruchs eines Grundeigentümers auf Umwandlung einer auf seinem Grundbesitz liegenden Sicherungshypothek in eine Eigentümerhypothek auf Grund einer vorläufigen Pfändungsbenachrichtigung (§ 845 ZPO.) ist unstatthaft. Der Gläubiger kann gemäß § 894 BGB. nur an Stelle des Eigentümers einen Widerspruch für diesen gegen die noch auf den Namen eines Dritten eingetragene Sicherungshypothek und gleichzeitig die Pfändung der aus dem eingetragenen Widerspruche für seinen Schuldner hervorgehenden Rechte für sich selber eintragen lassen. Am zweckmäßigsten läßt er sich hierzu durch einstweilige Verfügung gemäß § 899 BGB. ermächtigen.

§ 1164. WürttJ. **20** 288 (Stuttgart). Nach der Absicht der gesetzgebenden Faktoren, die auch in dem Wortlaute des 1. Satzes des § 1164 hinreichenden Ausdruck gefunden hat, ist der Ersatzanspruch des Schuldners als

diejenige Forderung anzusehen, für welche das belastete Grundstück nunmehr zugunsten des neuen Hypothekgläubigers gemäß § 1113 BGB. zu haften habe. Auf diese nunmehr die Grundlage der Hypothek des ursprünglichen Schuldners bildende Forderung ist aber offenbar das akzessorische Recht, welches durch die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung zugunsten der ursprünglich bestehenden, jetzt aber erloschenen Forderung des Hypothekgläubigers begründet wurde, nicht übergegangen. ...Abgesehen davon ist es aber schon gesetzlich ausgeschlossen, daß der persönliche Schuldner einer Hypothek, ehe überhaupt feststeht, ob er jemals eine Ersatzhypothek im Sinne des § 1164 BGB. erwerben werde, den Inhalt einer solchen, künftig möglicherweise entstehenden Hypothek zum Voraus durch Vertrag mit dem Hypothekgläubiger mit Wirkung gegen die jeweiligen künftigen Eigentümer des hypothekbelasteten Grundstücks rechtsgeschäftlich erweitern könnte. Eine zugunsten einer noch gar nicht bestehenden, vielmehr nur als künftig möglich in Rechnung genommenen Ersatzhypothek wirkende Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wäre auch rechtlich um so weniger möglich, als die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung begriffsgemäß einen gegenwärtigen — wenn auch bedingten oder betagten — Anspruch voraussetzt, und zwar einen Anspruch, welcher — wie § 794 Ziff. 5 ZPO. ausdrücklich bestimmt — die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, eine Voraussetzung, die bei einer noch gar nicht existenten Ersatzhypothek, über deren Existenz und Betrag später zwischen den Beteiligten noch die erheblichsten Differenzen entstehen können, offenbar in keiner Hinsicht zutrifft.

§ 1166. SächsRpflA. **08** 537 (Dresden). Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift im § 1166 BGB. auf den Fall der Garantie für die Bonität einer Hypothek ist noch weniger möglich, wie auf das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen. Denn ein Versprechen des Zedenten, für die Einbringlichkeit der abgetretenen Hypothek einzustehen, enthält eine Art des Garantievertrags, der von der Bürgschaft begrifflich verschieden ist und auf den sich daher namentlich auch die Bestimmung im § 774 nicht anwenden läßt, so daß auch nicht einmal von einer Benachteiligung des Garanten die Rede sein kann, die der im § 1166 ins Auge gefaßten Schädigung des persönlichen Schuldners ähnlich wäre. Ebenso OLG. München 12. 7. 07, SeuffBl. **08** 249.

§ 1168. 1. **RG.** 8. 2. 08, JW. **08** 200, LeipZ. **08** 384, ZBlFG. **9** 100. Ein Abkommen, durch das der Eigentümer einer neuen Hypothek den Rang unmittelbar hinter dem wirklich valutierten Betrag einer vorgehenden Hypothek anweist, stellt sich nach der ständigen Rechtsprechung des RG. (s. GruchotsBeitr. **31** 404, **RG. 19** 59, JW. **00** 525 Ziff. 17, JW. **06** 424 Ziff. 9) bereits als ein endgültiger Verzicht auf die künftige Eigentümergrundschuld wenigstens insoweit dar, als es sich um den Vorrang vor der neu eingetragenen Hypothek handelt. Einer besonderen Form bedarf ein solches Abkommen nach heutigem Rechte zu seiner materiellen Rechtswirksamkeit nicht. Es bleibt allerdings, wenn die zur Eintragung im Grundbuch erforderlichen Formen nicht beobachtet sind und die Eintragung im Grundbuche nicht erfolgt ist, der Anspruch auf Nachholung dieser Formen bestehen, es ist dies aber kein obligatorischer Anspruch, sondern ein dinglicher Berichtigungsanspruch, den auch die Konkursmasse anerkennen muß. Solange die Formen nicht beobachtet sind und die Eintragung nicht wenigstens in der Gestalt einer Vormerkung bewirkt ist, behält allerdings der Eigentümer formell die Möglichkeit, unter Widerruf seines Verzichts anderweit über die Grundschuld und deren Vorrang zu verfügen.

2. **R. 08** II 592 Ziff. 3272 (BayObLG. 2. 10. 08). Ein Verzicht auf die künftig durch Tilgung entstehende Eigentümergrundschuld mit der Wirkung,

daß die Hypothek, statt Eigentümergrundschuld zu werden, ohne weiteres erlischt, ist nach § 878 BGB. nicht möglich.

§ 1170. 1. **RG.** 16. 11. 07, **67** 99, JW. **08** 12. Das unter Vorbehalt der etwaigen Gläubigerrechte der Anmeldenden erlassene, nur die Rechte der sich nicht Meldenden ausschließende Urteil ist, solange der Vorbehalt zu Recht besteht, nicht als ein Ausschlußurteil im Sinne des § 1170 Abs. 2 BGB. anzusehen, mit dessen Erlassung der Grundstückseigentümer die Post erworben hat. Es wäre auch in dem Falle des wirklichen Bestehens des Gläubigerrechts der Anmeldenden begrifflich ausgeschlossen, daß trotz der durch den Vorbehalt anerkannten Fortexistenz dieser Rechte der Grundstückseigentümer Inhaber der Post sein könnte. Nur dann, wenn der Beschwerdeführer den weiteren Nachweis erbrächte, daß der Vorbehalt zugunsten der Anmeldenden rechtswirksam beseitigt sei, insbesondere durch einen Verzicht der Anmeldenden auf ihre Rechte aus dem Vorbehalt oder durch ihre rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe dieser Verzichtserklärung, könnte dem Umschreibungsantrage stattgegeben werden. Denn es würde dann das Ausschlußurteil in einer dem Erfolge nach gleichen Weise, wie wenn der Aufgebotsrichter zufolge der Anmeldung die Aussetzung des Verfahrens angeordnet und, nachdem die Anmeldenden in einem besonderen Rechtsstreite zur Anerkennung des Nichtbestehens der angemeldeten Rechte rechtskräftig verurteilt worden wären, ein vorbehaltloses Ausschlußurteil erlassen hätte, zu einem vorbehaltlosen geworden sein und nunmehr als ein alle unbekannten Gläubiger mit ihren etwaigen Rechten auf die Post ausschließendes Urteil im Sinne des § 1170 Abs. 2 BGB. zu gelten haben, mit dessen Erlassung der Beschwerdeführer die Post erworben hätte.

2. KGBl. **08** 21 (KG.). Der Grundbuchrichter ist zu einer Auslegung des Ausschlußurteils unter Bezugnahme auf den Aufgebotsantrag nicht berechtigt.

3. Die Entsch. des **RG.** JDR. **6** zu § 1170 Ziff. 1 auch RJA. **9** 117.

§ 1177. RJA. **9** 218, KGJ. **36** A 256, R. **08** II 644 Ziff. 3519, ZBlFG. **9** 295 (KG.). Bei nochmaliger Erwägung kann der früher aufgestellte Satz, daß die von dem Eigentümer bewilligte Eintragung der Verwandlung einer ihm zustehenden Hypothek in eine Grundschuld von dem Nachweise dieser Verwandlung abhängig sei, nicht aufrechterhalten werden. Die Verwandlung tritt nach § 1177 Abs. 1 BGB. kraft Gesetzes ein, sobald sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht. Der Antrag, die Verwandlung in das Grundbuch einzutragen, geht also auf Berichtigung des Grundbuchs. Auch für Berichtigungen gilt der Grundsatz des § 19 GBO., daß eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (vgl. zu § 22 GBO.). Die einzige Person, deren Recht durch die Eintragung der Verwandlung betroffen wird, ist der Eigentümer, da feststeht, daß er die Hypothek, sei es auf Grund der §§ 1143 1153 BGB., sei es auf Grund des § 1163 Abs. 1 BGB., erworben hat. Der Grundbuchrichter ist deshalb nicht berechtigt, die durch die Erklärung, daß sich die „Forderung" in eine Grundschuld umgewandelt habe, mit hinreichender Deutlichkeit bewilligte Berichtigung des Grundbuchs von dem Nachweis abhängig zu machen, daß der Inhalt der Bewilligung richtig sei, daß also der Eigentümer in der Tat die Hypothek ohne die Forderung erworben hat. Nur dann könnte der Grundbuchrichter kraft seiner Amtspflicht, für die Richtigkeit des Grundbuchs zu sorgen, den Antrag beanstanden, wenn er wüßte oder wenigstens auf Grund bestimmter tatsächlicher Anhaltspunkte vermutete, daß die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde. Ist dies nicht der Fall, so liegt nichts weiter vor als die Möglichkeit, daß die Hypothek Hypothek geblieben ist. Es ist aber ebensogutmöglich, daß sie sich in eine Grundschuld verwandelt hat. Die bloße Möglichkeit, daß die beantragte Eintragung

unrichtig sei, besteht fast immer und gibt dem Grundbuchamte kein Recht, die Eintragung abzulehnen (KGJ. **30** A 231).

§ 1178. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. Die §§ 1143, 1163, 1164 gelten, abgesehen von Rückständen, für Hypothekenzinsen ebenso wie für Hypothekenkapitalien .... (107). Ebenso gilt für den Verzicht auf die hypothekarische Sicherung für alle zur Zeit des Verzichts noch nicht fälligen Zinsen — auch die sog. laufenden — in Ansehung der Form und Wirkung dasselbe wie für einen Verzicht auf die ganze oder einen Teil der Kapitalhypothek (vgl. §§ 1168, 1177, 1165 BGB.) Nur insofern gilt Abweichendes, als dem Eigentümer die Rechte aus § 1145 BGB. nicht gegeben sind, soweit der Verzicht laufende Zinsen betrifft, das ist solche, die noch in dem Kalendervierteljahr, in dem der Gläubiger verzichtet, oder dem folgenden fällig werden (109).

§ 1179. I. Umfang der Vormerkung. **RG.** 26. 2. 08, JW. **08** 275, SächsRpflA. **08** 218, R. **08** II 235 Ziff. 1390. Daß eine Löschungsvormerkung auch den Fall der Nichtvalutierung der Hypothek (§ 1163 Abs. 1 BGB.) umfassen kann, ist nicht zweifelhaft und vom RG. anerkannt (**RG. 52** 9, vgl. auch Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Anm. 4 zu § 1179, Anm. II 1 zu § 1177 BGB., Planck Anm. 2 zu § 1179, Anm. 2a zu § 1177 BGB., Staudinger Anm. 12 zu § 1179). Ob sie im einzelnen Falle nach der Absicht der Beteiligten diesen Fall mit umfassen sollte und ob diese Absicht in einer für Dritte erkennbaren Weise zum Ausdrucke gekommen ist, ist im wesentlichen Sache der tatsächlichen Würdigung des einzelnen Falles. Umfaßt sie den genannten Fall mit, so kommt der Vormerkung zugleich die Bedeutung eines Widerspruchs wegen noch nicht erfolgter Valutierung der Hypothek nach §§ 899, 1138 BGB. zu. Auf den Gebrauch des Wortes Widerspruch kommt es nicht an (**RG. 55** 243), der Widerspruch aber schließt zweifellos die Berufung auf den guten Glauben aus (vgl. Planck Anm. 5, Turnau-Förster Anm. 2, 14, Staudinger Anm. II 1 b zu § 899 BGB.).

II. Wirkung der Vormerkung. 1. **RG.** 8. 7. 08, JW. **08** 555, GruchotsBeitr. **52** 1070, R. **08** II 539 Ziff. 3030, SächsRpflA. **08** 460, BayRpflZ. **08** 417, SchlHolstAnz. **08** 281. Die Löschungsvormerkung gibt dem persönlichen Anspruche des Vormerkungsberechtigten gegen den Eigentümer auf Löschung eine dingliche Sicherung, zwar nicht in der Weise, daß die Hypothek nicht als Eigentümergrundschuld bestehen kann und unter den Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld von selbst erlischt, sondern nur in der Weise, daß sie eine Verfügung über die Hypothek, die jenen persönlichen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, gegenüber dem Berechtigten unwirksam macht und ihm den Dritten, der durch die Verfügung die Hypothek oder ein Recht daran erlangt hat, verpflichtet, seine Zustimmung zur Löschung zu geben (Planck Anm. 4 zum § 1179, **RG. 57** 211).

2. **RG.** 23. 9. 08, R. **08** II 592 Ziff. 3274. Für A. war auf einem Grundstück eine Höchstbetragshypothek von 16 000 M. eingetragen, für den nachstehenden Hypothekengläubiger B. eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB. Die nur für einen Betrag von 12 000 M. valutierte Hypothek des A. wurde auf Grund Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer in eine Darlehnshypothek von 16 000 M. umgewandelt und hiervon 4000 M. an C. zediert. Das Grundstück kam demnächst zur Versteigerung. Aus dem Steigerlöse kann C. erst Deckung nach Befriedigung des B. verlangen.

3. SächsOLG. **29** 42, SeuffBl. **08** 256 (Dresden 13. 11. 07). Die Umschreibung einer im Zwangsversteigerungsverfahren bestehen gebliebenen Darlehnshypothek auf den Besteller als Eigentümergrundschuld (wegen nachgewiesener Nichtentstehung der sichergestellten Forderung) wird weder durch Widerspruch des Entstehers,

noch durch den Eintrag einer Löschungsvormerkung zugunsten eines nachstehenden Gläubigers verhindert (BGB. §§ 1179, 888).

4. *Bendix, SeuffBl. **73** 272. Bedurfte auch die Zulässigkeit der Eintragung einer Vormerkung im Sinne des § 1179 besonderer gesetzlicher Anerkennung, so finden im übrigen auf sie die sonstigen Vorschriften für Vormerkungen Anwendung. Daraus folgt, daß das Bestehen oder die Entstehung der Eigentümergrundschuld durch die Vormerkung aus § 1179 nicht gehindert wird und der Eigentümer über die Grundschuld ohne Zustimmung des vorgemerkten Anspruchsgläubigers rechtswirksam und durch Löschung verfügen kann. Das Grundbuch ist aber den der Vormerkung zuwiderlaufenden Verfügungen nicht verschlossen, da die Buchung der Vormerkung einen Sperrvermerk nicht enthält.

III. Verpflichtung des Hypothekengläubigers zur Briefeinreichung. Hirsekorn, DJZ. **08** 1023 ff. Der Hypothekengläubiger, bei dessen Post eine Löschungsvormerkung eingetragen werden soll, ist verpflichtet, seinen Hypothekenbrief zwecks Vermerkes dieser Vormerkung an das Grundbuchamt einzureichen.

IV. Oberneck, DNotV. **08** 687. Eine Sicherung für den Geldgeber ist bei Aufnahme einer größeren Hypothek zwecks Abstoßung kleinerer Hypotheken nur gegeben, wenn bei Einleitung der Verhandlungen der Eigentümer die Eintragung einer Löschungsvormerkung aus § 1179 BGB. zugunsten des Geldgebers bewilligt. Die Formulierung könnte lauten: Auf dem Grundstück .... stehen in Abt. III unter Nr. 21 10 000 M., unter Nr. 22 7000 M., unter Nr. 25 5300 M. eingetragen. Hinter diesen Hypotheken ist unter Nr. 27 eine Hypothek von 93 000 M. eingetragen, welche an die B..... Gesellschaft abgetreten werden soll. Hierdurch verpflichte ich mich, die vorgedachten Hypotheken Nr. 21, 22, 25 für den Fall, daß sie infolge Befriedigung durch die B.... Gesellschaft sich mit meinem Eigentum am Grundstücke vereinigen sollten, zugunsten der an die B.... Gesellschaft abgetretenen Post von 93 000 M. löschen zu lassen. Ich bewillige und beantrage die Eintragung einer Vormerkung bei jeder der Posten Nr. 21, 22, 25 zur Sicherung des vorgedachten Anspruchs auf deren Löschung zugunsten der Post Nr. 27 (bzw. der B.... Gesellschaft).

§ 1180. 1. **RG.** 12. 2. 08, R. **08** II 202 Ziff. 1206. Bei einer Hypothek, die zur Sicherung einer bestimmten Forderung bestellt ist, ist es nicht unzulässig, den Sicherungszweck später auf alle dermaligen und zukünftigen Verbindlichkeiten des Schuldners auszudehnen. Diese Ausdehnung kann mit Wirksamkeit für die Vertragschließenden auch durch formlose Vereinbarung geschehen (vgl. **RG. 44** 294, **48** 48, JW. **02** Beil. 194, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I 975 § 1180 Anm. 6).

2. Goldschmit, BayNotZ. **08** 1 ff. Ist die Änderung keine solche, die die Rechte der Nachhypothekengläubiger beeinträchtigt, besteht sie vielmehr lediglich darin, daß an Stelle der bisher hypothekarisch gesicherten Forderung eine andere Forderung von gleichem Umfange tritt, daß also das bestehende Hypothekenrecht eine Ausdehnung nicht erfährt, so ist eine Zustimmungserklärung der im Range gleichstehenden oder nachfolgenden Berechtigten nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn zu ihren Gunsten eine Vormerkung nach § 1179 BGB. eingetragen ist.

3. Herold, SächsRpflA. **08** 348. § 1180 BGB. kann keine Anwendung mehr finden, wenn eine Hypothek nach Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschuld geworden ist. An sich müßte dann die Grundschuld vor Eintragung einer Verfügung nach § 40 GBO. im Wege der Berichtigung zunächst selbst ins Grundbuch kommen. Die herrschende Meinung bestreitet aber diese Notwendigkeit, und gewiß wird man wohl, abgesehen von Verpfändungen und Pfän-

dungen, es für genügend ansehen müssen, wenn die Tatsache, daß die Hypothek auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangen ist, in dem auf dessen Bewilligung erfolgenden Eintrag kurz hervorgehoben wird. So wird auch, wenn bei Abtretung die Grundschuld wieder nach § 1198 BGB. zu einer Hypothek werden soll, eine Eintragung dahin genügen, daß die auf den Eigentümer als Grundschuld übergegangene Hypothek wieder in eine Hypothek für eine Forderung des dritten Erwerbers umgewandelt worden sei. Solche Eintragungen können bei genügendem Nachweise des Entstehens der Eigentümergrundschuld nach der herrschenden milderen Rechtsansicht (vgl. v. Staudinger, Komm. z. BGB. [3 u. 4] III 825 1 a γ, Planck, Komm. z. BGB. [3] III 739 b) meist lediglich auf Antrag des Eigentümers, dem die Grundschuld zusteht, bewirkt werden. Steht die Grundschuld aber einem früheren Eigentümer des Grundstücks zu, so ist außer diesem auch der Eigentümer zur Zeit der Übertragung zu hören.

§ 1183. 1. ZBlFG. **9** 41 Ziff. 62, R. **08** II 372 Ziff. 2189 (Hamburg). Die Zustimmung des Grundeigentümers zur Löschung einer Hypothek oder Grundschuld ist als Verfügung über ein Grundstück im Sinne des § 1445 BGB. nicht anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn die zu löschenden Hypotheken oder Grundschulden nicht an letzter Stelle stehen und infolge der Löschung nachfolgende Hypotheken (Grundschulden) an die Stelle der zu löschenden rücken (ZBlFG. **7** 53 Ziff. 78).

2. ZBlFG. **9** 167 Ziff. 198, ElsLothNotZ. **08** 251 (LG. Mühlhausen). Zur Eintragung der von dem Hypothekengläubiger bewilligten Löschung der Hypothek genügt die Zustimmung des Erben des eingetragenen Eigentümers (§ 1183 BGB., § 41 GBO.),

3. Wolf, Behandlung der Hypothekenzinsen. § 1183 gilt in gleicher Weise für die Aufhebung der hypothekarischen Sicherung bezüglich aller zur Zeit der Aufhebung noch nicht fälligen Zinsen, insbesondere bei einer Herabsetzung des Hypothekenzinsfußes. Über die Aufhebung der hypothekarischen Sicherung für Rückstände von Hypothekenzinsen schweigt sich das Gesetz aus .... Man wird daher den § 1178 Abs. 2 BGB. auch für die Aufhebung der Zinsrückstandshypothek anzuwenden haben; dies um so mehr, als der Erfolg des Verzichts und der Aufhebung in beiden Fällen der gleiche ist, nämlich das Erlöschen der Hypothek, die Unterscheidung zwischen Verzicht und Aufhebung mithin insoweit der Berechtigung ermangelt (111).

§ 1184. 1. **a)** KGJ. **35** A 283 (KG. 10. 10. 07). Das gleiche wie zu § 1115 Ziff. IV 1 Gesagte gilt bei der Eintragung einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 BGB., da sie sich in der hier fraglichen Beziehung von der Hypothek des § 1113 BGB. nicht unterscheidet (vgl. KGJ. **23** A 238). Auch hier steht die amtliche Probeeintragung Abt. III Nr. 2 auf einem anderen Rechtsstandpunkte. **b)** BayRpflZ. **08** 230 (LG. München). § 1184 Abs. 1 BGB. macht die Angabe der Forderung, für welche Sicherstellung bezweckt wird, nicht entbehrlich (Oberneck § 151 Nr. 3). Nur braucht die Forderung dem Grundbuchamte nicht urkundlich nachgewiesen zu werden; auch ist die Angabe des Schuldgrundes nicht erforderlich.

2. Friedrich, ZBlFG. **9** 142. Die Eintragung von Sicherungshypotheken für Straßen- und Schleusenbaukosten ist in Sachsen nach dem 1. Januar 1900 noch zulässig.

3. Wolf, Die Behandlung der Hypothekenzinsen, S. 119 über die Behandlung im Falle der Sicherungshypothek.

§ 1190. I. Die Forderung der Höchsthypothek und ihre Feststellung. 1. BayNotZ. **08** 56, ZBlFG. **9** 168 Ziff. 203, R. **08** II 468 Ziff. 2675 (München 9. 6. 08). Höchstbetragshypotheken können auch bestellt werden:

„für alle Forderungen, die zwischen dem Besteller und dem Gläubiger bestehen oder künftig entstehen werden". Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Forderungen ist nicht erforderlich. Es genügt die Begrenzung durch die feste Höchstsumme. Bei etwaigen anderen Ansprüchen auf andere Leistungen als Geldleistungen trifft die Sicherstellung den eventuellen Ersatz in Geld.

2. R. **08** 128 Ziff. 760, PosMSchr. **07** 158 (Posen 11. 11. 07). Übersteigt die persönliche Forderung den Höchstbetrag der Hypothek, so haften dennoch die Grundstücke innerhalb der Höchstgrenze für jeden Teil dieser Forderung; auch bei Tilgung eines Teiles der Summe. Der Erwerb einer Eigentümerhypothek infolge von Zahlungen seitens des Grundstückseigentümers tritt mithin nur insoweit als unmittelbare Wirkung jener Tilgungen ein, als der Rest der Forderung den Höchstbetrag nicht mehr erreicht.

3. Biermann, BankA. **7** 260. Der Schuldner wird dadurch, daß er das Grundstück veräußert, nicht gehindert, den ihm eingeräumten Kredit voll auszunutzen. Soll der Erwerber als Kreditempfänger an seine Stelle treten, so bedarf es nicht nur der Zustimmung der Bank, sondern auch der Eintragung der Änderung im Grundbuche, da hier keine bloße Schuldübernahme, die nur die bereits begründeten Forderungen der Bank betreffen würde, sondern die Ersetzung des ursprünglichen Schuldverhältnisses durch ein anderes (BGB. § 1180) vorliegt. Auch wenn das Grundstück bereits zum Zwecke der Zwangsversteigerung beschlagnahmt ist, kann der Schuldner den Kredit noch bis zum Höchstbetrag in Anspruch nehmen. Gerät der Schuldner dagegen in Konkurs, so kann er von jetzt an die Hypothek durch neue Schulden mit Wirkung gegen die Gläubiger nicht mehr ausfüllen (KO. §§ 6, 7, 15). Dieses Recht geht vielmehr auf den Konkursverwalter über (KO. § 6 Abs. 2). — Wenn die Bank, die den eigenen Geschäftsbetrieb einstellen will, ihr gesamtes Geschäftsvermögen auf eine andere Bank, etwa eine Großbank, überträgt, so ist der juristische Vorgang ein anderer, wenn das Vermögen im Wege der Gesamtnachfolge (HGB. § 306), ein anderer, wenn es im Wege der Sondernachfolge (HGB. §§ 22 ff., 305) übergeht. Im ersten Falle tritt mit der Verschmelzung der beiden Banken die übernehmende Bank an die Stelle der Kreditgeberin. Sie ist von nun an Gläubigerin der zur Zeit der Fusion der übertragenden Bank zustehenden Forderung gegen den Kreditnehmer und Gläubigerin der Höchsthypothek, andererseits verpflichtet, dem Kreditnehmer den ihm von der übertragenden Bank eingeräumten Kredit voll zu gewähren. Dieses Ergebnis tritt ein, ohne daß es einer Eintragung im Grundbuche bedarf; ein das neue Sachverhältnis kennzeichnender, an sich ratsamer Grundbuchvermerk wäre eine Berichtigung des Grundbuchs. Im zweiten Falle ist zunächst die der bisherigen Gläubigerin gegen den Schuldner zur Zeit zustehende Forderung nebst der Hypothek an die übernehmende Bank abzutreten. Hierzu bedarf es außer der Einigung von Zedentin und Zessionarin der Eintragung im Grundbuche (BGB. § 1185 in Verb. mit §§ 1154 Abs. 3, 873). Damit gehen aber nur die der bisherigen Gläubigerin zur Zeit zustehenden Ansprüche auf die übernehmende Bank über. Soll diese auch an Stelle der bisherigen Gläubigerin das Kreditverhältnis mit dem Schuldner fortsetzen, so sind die Vorschriften des § 1180 zu beobachten, denn es handelt sich dann um die Ersetzung des bisherigen Schuldverhältnisses durch ein neues. Es bedarf also einer Einigung der neuen Gläubigerin und des Eigentümers, einer Zustimmung der bisherigen Gläubigerin hierzu und einer Eintragung im Grundbuche. Dem Grundbuchamte braucht nur die formgerechte (GBO. § 29) Bewilligung des Grundstückseigentümers und der bisherigen Gläubigerin vorgelegt zu werden.

4. KGJ. **35** A 317 (KG. 20. 6. 07). Die Feststellung der Forderung, für die

eine Höchstbetragsicherungshypothek haftet, kann nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner oder durch Urteil erfolgen. Die einseitige Erklärung des Gläubigers, es sei für ihn aus dem gesicherten Rechtsverhältnisse nur eine Forderung von bestimmter Höhe entstanden, hat nicht zur Folge, daß der überschießende Teil der Höchstbetragsicherungshypothek Eigentümergrundschuld wird. Vor der Feststellung der Forderung kann der Gläubiger die Höchstbetragsicherungshypothek in voller Höhe auch dann auf einen Dritten übertragen, wenn die bisher aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstandene, aber noch nicht beiderseits festgestellte Forderung den eingetragenen Höchstbetrag der Hypothek nicht erreicht.

II. Zulässiger und unzulässiger Inhalt der Höchsthypothek. 1. **RG.** 8. 7. 08, JW. **08** 555, GruchotsBeitr. **52** 1068, R. **08** II 540 Ziff. 3033, SächsRpflA. **08** 460. Für den Begriff der Höchsthypothek ist nicht entscheidend, ob der Betrag der zu sichernden Forderungen zur Zeit der Eintragung ungewiß war. Dies schloß die Bestellung einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 und selbst die Bestellung einer gewöhnlichen Buch- oder Verkehrshypothek nicht aus (JW. **05** 291). Andererseits steht nicht entgegen, daß die Hypotheken im Eintragungsvermerke nicht als Höchstbetragshypotheken bezeichnet sind. Erforderlich ist nur, daß der Eintragungsvermerk sie als solche erkennbar macht, und dies trifft zu, wenn kein Forderungsbetrag als feststehend angegeben, vielmehr ersichtlich ist, daß die Feststellung des Betrags der Forderung späterer Zeit vorbehalten sein soll (vgl. Planck, Komm. Anm. 1, 2 c zu § 1190, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I Anm. I 1 zu § 1190).

2. BayRpflZ. **08** 47 (BayObLG. 8. 11. 07). Ein Antrag, eine Höchsthypothek für eine Forderung einzutragen, deren Betrag in der Eintragung als feststehend bezeichnet wird, würde einen inneren Widerspruch enthalten.

3. OLG. **17** 337, ElsLothJZ. **08** 133 (Colmar 23. 12. 07). Die Frage, ob die Unterwerfungsklausel neben einer Höchstbetragshypothek eingetragen werden kann, wird in Rechtslehre und Rechtsprechung übereinstimmend verneint. Daran kann in dieser Allgemeinheit nicht festgehalten werden. Allerdings paßt der regelmäßig gegebene Grund, daß die Höchstbetragshypothek zur Sicherung einer noch unbestimmten, erst später zu berechnenden Forderung dient, und daß deswegen die darüber aufgenommene Urkunde gemäß § 794 Abs. 5 ZPO. gar keine solche ist, worin eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt werden könnte, auf den Regelfall der Höchstbetragshypothek, in welcher diese in der Tat mit einer unbestimmten Forderung verknüpft ist, z. B. bei Krediteröffnungsverträgen u. dgl. Dagegen paßt jener Grund nicht in Fällen, wo ausnahmsweise die Höchstbetragshypothek zur Sicherung einer im Sinne des § 794 Abs. 5 bestimmten Forderung, z. B. einer lebenslänglichen Rente, dient. Eine solche Rente ist derart bestimmt, daß der Gläubiger ein Urteil darüber im Urkundenprozeß ohne weiteres auf die notarielle Urkunde hin erwirken könnte, was das sichere Zeichen dafür ist, daß die Urkunde den Erfordernissen des § 794 Abs. 5 entspricht. Unbestimmt ist nur die Gesamtsumme der Renten, da der Endtermin, Todestag des Gläubigers, nicht feststeht, und wegen dieser Unbestimmtheit ist als Mittel hypothekarischer Sicherung nur die Höchstbetragshypothek gegeben. Aber für die Vollstreckbarkeit kommt es nicht auf die Gesamtsumme an, sondern auf die jeweils beizutreibende Summe (vgl. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 4 c, **3** zu § 1190 Ziff. 6, **6** zu § 1190 Ziff. 2 c).

4. KGJ. **35** A 318 (KG. 20. 6. 07). Bei der Höchstbetragsicherungshypothek haftet das Grundstück auch für gesetzliche Zinsen nicht über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus.

5. PosMSchr. **07** 158 (Posen 11. 11. 07). Die Höchstbetragshypothek sichert nicht die Kosten des gegen den persönlichen Schuldner geführten Prozesses.

III. Form der Eintragung der Höchsthypothek. KGJ. 35 A 284 (KG. 10. 10. 07). Für die Sicherungshypotheken des § 1190 BGB. liegt die Sache anders, als oben zu § 1115 BGB. Ziff. IV 1 gesagt, weil sie nicht eine bestimmte Forderung voraussetzen, sondern in der Weise bestellt werden können, daß die Feststellung der Forderung (von dem Höchstbetrage, bis zu dem das Grundstück haften soll, abgesehen) vorbehalten wird. Dieser Vorbehalt kann sich nicht nur, wie im § 1129 Entw. I BGB. vorgesehen war, auf den Betrag der Forderung, sondern auf alle ihre Merkmale mit Ausnahme des Höchstbetrags und der Person des Gläubigers, also auch auf die Person des Schuldners und den Schuldgrund beziehen (vgl. KGJ. 23 A 239). Daraus ergeben sich folgende Möglichkeiten: Die Hypothek des § 1190 BGB. kann für alle Forderungen desjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, an alle seine Schuldner aus allen möglichen Rechtsgründen bestellt werden. In diesem Falle kann zur Bezeichnung der Forderungen außer der Person des Gläubigers (die, neben der identischen Person desjenigen, zugunsten dessen die Belastung erfolgt, nicht noch einmal angegeben zu werden braucht) nichts Näheres eingetragen werden. Sollte die amtliche Probeeintragung Abt. III Nr. 5 „Sicherungshypothek zum Höchstbetrage von 500 M. — fünfhundert Mark — für den Zimmermeister Hermann Zander in Seefeld" diesen Fall im Auge haben, so würde sie der hier vertretenen Auffassung entsprechen. Es mag aber bezweifelt werden, ob an solchen Fall gedacht ist, da er praktisch nicht leicht vorkommen wird. Sollte er einmal vorkommen, so würde gerade um seiner Seltenheit willen der Grundbuchrichter im Interesse der Deutlichkeit des Grundbuchs gut tun, die Worte „für alle seine Schuldner" hinzuzusetzen. Ein engerer Fall ist, daß die Hypothek für alle Forderungen desjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, an einen oder mehrere bestimmte Schuldner aus Rechtsgründen jeder Art bestellt wird. Dann muß die durch Bezeichnung der Schuldner erfolgte Begrenzung der Forderungen nach § 873 BGB. in das Grundbuch eingetragen werden, weil sie zum Inhalte des einzutragenden Rechtes gehört. Ohne ihre Eintragung ist die dingliche Rechtslage nicht richtig wiedergegeben und der falsche Anschein erweckt, als ob auch Forderungen des Gläubigers gegen andere Schuldner durch die Hypothek gedeckt sein sollten. Das gleiche gilt entsprechend für noch engere Fälle, wie z. B. den in KGJ. 23 A 237 behandelten Fall, in welchem die Hypothek für die Forderungen des Gläubigers an den Grundeigentümer aus der Lieferung von Hüttenprodukten und sonstigen Waren, also aus bestimmten Schuldgründen bestellt war.

IV. Die Abtretung der Höchsthypothek. Herold, SächsRpflA. 08 349. Die vielfach angenommene Abtretbarkeit von Höchstbetragshypotheken als solchen würde sich nur dann erklären lassen, wenn die Höchstbetragshypothek als lediglich für die bei der künftigen Schlußabrechnung sich ergebende endgültige Forderung des Gläubigers bestellt aufgefaßt werden könnte. Eine Abtretung dieser künftigen, den verschiedensten vom Willen des Erwerbers unabhängigen Untergangsmöglichkeiten ausgesetzten Forderung hätte aber nur sehr geringen wirtschaftlichen Wert, vor allem aber würde sie nicht etwa, wie wohl von den Beteiligten meist vorausgesetzt werden wird, dem Erwerber die Befugnis geben, nun selbst aus der Sicherungshypothek für eigene Forderungen Deckung zu nehmen. Mit wirklichem praktischen Erfolge können vielmehr Höchstbetragshypotheken nur mit einer bestimmten, wenn auch zwischen den Beteiligten noch festzustellenden Forderung als Sicherungshypotheken im Sinne von § 1184 BGB. oder nach endgültiger Abrechnung unter Umwandlung in gewöhnliche Verkehrshypotheken (§ 1186 BGB.) abgetreten werden. Der wohl am häufigsten gewollte Erfolg aber, daß an Stelle des einen Kreditverhältnisses ein solches mit einem anderen Geldgeber tritt, wird nur auf dem Wege der Umwandlung nach § 1180 BGB., also durch Eini-

gung der Beteiligten und Eintragung der neuen Forderung im Grundbuche herbeigeführt.

V. Die Wirkung der Höchsthypothek. ZBlFG. **9** 42 Ziff. 65, OLG. **16** 333 Ziff. 13 a (Cassel 31. 10. 07). Mit einer Höchsthypothek wird das Grundstück sogleich durch die Eintragung zum vollen eingetragenen Höchstbetrag unbedingt belastet. Der Vorbehalt der Feststellung der Forderung (§ 1190 BGB.) läßt nur unbestimmt, wem die Höchsthypothek zusteht. Soweit die Forderung besteht, steht die Hypothek dem Gläubiger zu; soweit die Forderung nicht entsteht, steht sie dem Eigentümer zu, der sie bestellt hat, und soweit die Forderung nach dem Entstehen wieder erloschen ist, erwirbt sie der Grundeigentümer zur Zeit des Erlöschens.

VI. Die Höchsthypothek als Eigentümergrundschuld. 1. **RG.** 8. 7. 08, GruchotsBeitr. **52** 1067, JW. **08** 555, R. **08** II 539 Ziff. 3034. Bei der Höchsthypothek entsteht eine Eigentümergrundschuld erst dann, wenn feststeht, daß aus den ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen keine weiteren Forderungen mehr entstehen können (**RG. 49** 165, **51** 117). Ist der auf die Hypothek entfallene Betrag im Zwangsversteigerungsverfahren hinterlegt, so muß der Gläubiger beweisen, in welcher Höhe er Forderungen hat. Soweit er diesen Beweis nicht führt, ist Eigentümergrundschuld anzunehmen.

2. Merckens, BankA. 7 304. In dem Falle, daß sich eine Bank zur Sicherheit eines nur dem Höchstbetrage nach feststehenden Kredits in laufender Rechnung eine Verkehrshypothek hat eintragen lassen, ist im Laufe des Kreditverkehrs die Entstehung von Eigentümergrundschulden unmöglich (aM. Biermann ebenda 262).

3. OLG. **16** 330, ZBlFG. **9** 42 Ziff. 66, PosMSchr. **08** 80 (Posen 26. 3. 08). Solange die endgültige Bestellung der unter dem Höchstbetrage verbleibenden Schuldsumme noch aussteht, fehlt es an einer Eigentümerhypothek, und darum ist ausgeschlossen, daß jetzt schon an jenem nicht bestehenden Rechte ein Pfandrecht für Dritte begründet wird. Der Eigentümer des Grundstücks hat in jener Zwischenzeit eine Anwartschaft auf den künftighin möglichen, aber zweifelhaften Erwerb der Höchstbetragshypothek oder auf ihren nicht aufgebrauchten Teil als Eigentümergrundschuld. Deshalb ist es immer nur jene Anwartschaft, an die sich bestenfalls die Gläubiger vor der endgültigen Entscheidung im Zwangswege halten können.

VII. Die Umwandlung der Höchsthypothek. SeuffBl. **07** 899 (BayOLG. 24. 7. 07). Höchsthypotheken für künftige Ansprüche aus Nebenleistungen nach bayerischem Rechte können nicht mehr in selbständige Hypotheken für andere Forderungen umgewandelt werden.

§ 1192. 1. KGJ. **35** A 327, RJA. **9** 125 (KG. 10. 10. 07). Der Grundstückseigentümer erwirbt durch Befriedigung des Grundschuldgläubigers die Grundschuld. Denn die für die Hypothek hinsichtlich des Überganges auf den Eigentümer infolge Befriedigung des Gläubigers in den §§ 1143, 1163, 1176 BGB. ausgesprochenen Grundsätze sollten nach der Entstehungsgeschichte auch für die Grundschuld gelten.

2. Güthe, DJZ. **08** 930. Vom Zuschlag ab ist für die außerhalb des geringsten Gebots stehende Grundschuld eine weiter dauernde dingliche Verhaftung des Grundstücks überflüssig, aber nicht deswegen, weil Befriedigung erfolgt ist, sondern lediglich deswegen, weil der durch das Mittel der dinglichen Haftung des Grundstücks für die Grundschuld gemäß § 1191 BGB. gesicherte Grundstückswert von dem Grundstück getrennt ist, d. h. eine selbständige Existenz gewonnen hat. Nicht also das Grundschuldrecht als solches ist erloschen, sondern was erloschen ist, das ist nur die Beziehung dieses Rechts zu demjenigen Gegenstande, der bis dahin die Befugnis des Grundschuldgläubigers vermittelt hat, sich an den Grundstückswert zu halten. Daraus folgt,

daß das Recht des Grundschuldgläubigers nach dem Zuschlage kein anders geartetes Recht als vorher, sondern daß dieses Recht nach wie vor Grundschuldrecht ist. Da also durch den Zuschlag das Grundschuldrecht in seinem Bestande nicht berührt wird und da dies, wie unstreitig, auch durch die Nichtvalutierung nicht geschieht, so besteht das Grundschuldrecht auch nach dem Zuschlage fort. Davon, daß die Grundschuld durch Nichtvalutierung ins Leere fällt, kann also nach dem Zuschlag ebenso wenig wie vorher die Rede sein (aM. **RG. 60** 251, s. JDR. **4** zu § 1163 BGB. Ziff. 7). — Auf diese Grundschuld findet § 1163 Abs. 1 Satz 1 Anwendung. Wie sich aus § 1138 BGB. mit § 892 BGB. ergibt, kann die Verkehrshypothek dem Gläubiger zustehen, ohne daß die Forderung besteht. Es kann § 1163 Abs. 1 Satz 1 für die Verkehrshypothek also nicht damit erklärt werden, daß die Hypothek eine Forderung zur Voraussetzung hat. Der Grund der Vorschrift muß ein anderer sein. Er kann nur darin gefunden werden, daß es unbillig wäre, dem Gläubiger die Hypothek zuzuwenden, solange er nicht diejenige Leistung erbracht hat, durch welche die persönliche Forderung begründet wird, d. h. solange er nicht den Gegenwert geleistet hat .... Hiernach ist die rechtliche Bedeutung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 für die Verkehrshypothek folgende. Die Hypothek steht grundsätzlich, d. h. nach dem Rechtsgrundsatze des § 873 Abs. 1 BGB., auch dann dem Gläubiger zu, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt. Dieser Grundsatz erleidet nur insoweit eine Ausnahme, als die Rechtslage eine Berücksichtigung des in dem Nichtentstehen der Forderung sich zeigenden Fehlens des für die Hypothek zu leistenden Gegenwerts gestattet, d. h. soweit die Hypothek sich in den Händen des ursprünglichen Gläubigers oder eines die Nichtleistung des Gegenwerts kennenden Rechtsnachfolgers befindet. Bei dieser Auffassung stehen der Übertragung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Grundschuld keine Bedenken entgegen. Denn da die Vorschrift nicht die Forderung als solche betrifft, so findet sie gemäß § 1192 Abs. 1 BGB. auf die Grundschuld entsprechende Anwendung. Solange also der Gegenwert für die Grundschuld nicht geleistet ist, steht diese dem Eigentümer zu, und zwar gemäß § 892 BGB. — § 1138 BGB. kommt nicht in Betracht — auch dann, wenn sie in die Hände eines schlechtgläubigen Erwerbers, d. h. eines Erwerbers gelangt, der weiß, daß der Gegenwert nicht geleistet ist. Nur der gutgläubige Erwerber wird Grundschuldgläubiger; die Eigentümergrundschuld erlischt. Alles dies muß nicht nur für den Fall, daß der Grundschuld eine persönliche Forderung zugrunde liegt, sondern auch für den entgegengesetzten Fall gelten. Denn nicht die Nichtentstehung einer Forderung als solche ist ja das Entscheidende, sondern der Mangel des Gegenwerts. S. JDR. **4** zu § 1163 BGB. Ziff. 7 a. E., **5** zu § 1192 BGB. Ziff. 1—6, **6** zu § 1192 BGB. Ziff. 2.

§ 1196. *Puntschart, aaO. (s. zu § 1163 Ziff. I 1). Die Grundschuld ist als eine durch Eintragung im Grundbuch entstehende, in bezug auf Schuldgrund und Person des Schuldners abstrakte Schuld einer bestimmten Geldsumme zu definieren, für deren Bezahlung an den Gläubiger ausschließlich ein bestimmtes Grundstück haftet. S. Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur (Graz 1900). Die Eigentümergrundschuld ist nach Analogie der Eigentümerhypothek zu erklären. — Die Eigentümergrundschuld in der Richtung des Grundverhältnisses ist die rechtliche Verbindung zwischen dem Eigentümer und seinem Grundstück, insofern es für den Haftungszweck bestimmt ist, Sachhaftung der bestimmten Wertschichte für eine künftige, eventuelle Schuld von der Art, wie sie die Grundschuld charakterisiert, auf Grund kreditrechtlicher Dispositionen des Eigentümers. — Die Eigentümergrundschuld in der Richtung des subjektiven Rechtes ist der Inbegriff der rechtlichen Befugnisse des Eigentümers, um die Grundstückshaftung in seinem Interesse im Bereiche der Grundschuldverhältnisse zu verwerten und gegenüber Dritten als Pfandgläubigern zur Geltung zu bringen.

§ 1197. *Bendix, ABürgR. **08** 253. Der gemäß § 928 BGB. verzichtende Eigentümer ist bis zur Eintragung des aneignenden Fiskus noch Eigentümer und kann sich daher als Grundschuldgläubiger aus dem aufgegebenen Grundstücke nicht befriedigen.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist nur auf die Selbstberichte von Sternberg und Nebinger hinzuweisen. Dagegen ist im Berichtsjahre eine Anzahl wichtigerer Entscheidungen zum Pfandrecht ergangen. Das RG. hat sich mit der Verpfändung von Gesellschaftsanteilen (§ 1274 Ziff. 2) und von Sparkassenbüchern (§ 1204 Ziff. 3) sowie mit der auf eine bestimmte Zeit beschränkten Pfandbestellung (§ 1204 Ziff. 2) zu beschäftigen gehabt. Auch das Verhältnis des Staates rücksichtlich der wegen Steuerinteresses in amtlicher Verwahrung befindlichen Gegenstände gelangte unter dem Gesichtspunkte des Pfandrechts zur gerichtlichen Erörterung (§ 1257 Ziff. 1). Schließlich sei auf die Ausführungen des OLG. Bamberg zum irregulären Pfandrecht verwiesen (§ 1204 Ziff. 6 u. § 1228).

Literatur: Nebinger, Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen. Stuttgart 1908. — Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, GruchotsBeitr. **52** 545—564.

§ 1204. 1. *Reichel, BuschsZ. **37** 510 ff. Ein selbständiges Pfandrecht an Hypothekenbriefen, Sparkassenbüchern u. dgl. ist undenkbar (§ 952 BGB.). Ein dingliches Zurückbehaltungsrecht ist dem BGB. fremd. Nur ein persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht kann in bezug auf dergleichen Legitimations- und Beurkundungspapiere begründet werden; indessen ist von diesem Rechte mit Vorsicht Gebrauch zu machen, da eine pfandartige Verwertung der Urkunde ausgeschlossen ist.

2. **RG.** 1. 4. 08, **68** 141 ff., JW. **08** 328, handelt über die rechtliche Bedeutung einer Pfandbestellung für fremde Schuld auf die Dauer einer bestimmten Zeit und führt aus: Das BGB. enthält keine Bestimmung darüber, welche Wirkung die zeitliche Beschränkung einer gegebenen Pfandsicherheit habe. Die nächstliegende Auslegung einer zeitlichen Begrenzung der Pfandhaftung würde zunächst sein, daß das Pfandrecht binnen der ihm gesetzten Zeitdauer auch geltend gemacht werden müsse. Aus § 777 sei jedoch zu folgern, daß bei zeitlich beschränkten Sicherungen des Gläubigers nicht zu strenge Anforderungen an die zur Aufrechterhaltung der Sicherung erforderliche Tätigkeit des Gläubigers gestellt werden dürften (s. oben Ziff. 2 zu § 777). Von diesem Gesichtspunkt aus gelangt das RG. zu dem Ergebnisse, daß es den Interessen eines Verpfänders auf Zeit entspreche, daß der Gläubiger nicht unter allen Umständen sofort das Pfand anzugreifen gezwungen werde, sondern schon durch eine Ankündigung an ihn binnen der gesetzten Frist, daß das Pfand in Anspruch genommen werde, die Frist zu wahren in der Lage ist.

3. **RG.** 17. 1. 08, **68** 49 ff., DJZ. **08** 481. Das Verlagsrecht an einer Zeitung als Ganzes steht einem Handelsgeschäft als solchem gleich, das weder als Sache im Sinne des § 1204 noch als Recht im Sinne des § 1273 verpfändbar ist. Nur die einzelnen zum Geschäfte gehörigen Sachen und Rechte sind verpfändbar. Es gehören dazu die erworbenen einzelnen Verlags- und Urheberrechte. Wie bei dem Handelsgeschäft an die Firma, so knüpfen sich ferner bei einer Zeitschrift die Chancen des Geschäfts an den Titel der Zeitschrift. Das Recht auf Benutzung desselben kann aber nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein, weil es, wie das Recht an der Firma, nur mit dem Unternehmen zusammen übertragen werden kann.

4. Verpfändung von Sparkassenbüchern (s. JDR. **2** Ziff. 3, 3 Ziff. 2). **RG.** 3. 4. 08, **68** 277 ff. (282). Die Geltendmachung eines Pfandrechts an einem Sparkassenbuch ist ausgeschlossen, da es nicht der Träger des verbrieften Rechtes ist, sondern die Natur eines sog. Legitimationspapiers hat. Derartige Papiere können für sich nicht Gegenstand eines Pfandrechts, sondern allenfalls nur eines Zurückbehaltungsrechts sein. Ein solches Zurückbehaltungsrecht kommt aber, da dem BGB. ein dingliches Zurückbehaltungsrecht unbekannt ist, nur als ein persönliches Zurückbehaltungsrecht in Betracht. Es ist deshalb gegenüber der Konkursmasse des Pfandschuldners ohne Wirkung, gibt insbesondere kein Recht auf abgesonderte Befriedigung (vgl. **RG. 51** 86 und OLG. Dresden, SeuffA. **63** 396 ff.).

5. **RG.** R. **08** 202. Eine Versicherungspolice, die nicht Inhaberpapier, nicht Trägerin des Obligationsverhältnisses, sondern nur eine Legitimationsurkunde ist, kann nicht für sich Gegenstand eines Faustpfandrechts sein (vgl. **RG. 1** 187, **22** 215, **29** 301, **51** 83 ff.). Verpfändet werden können nur die Ansprüche des Schuldners aus dem Versicherungsvertrage.

6. Irreguläres Pfandrecht. SeuffA. **64** 99 ff. (Bamberg). Das irreguläre Pfandrecht (Hingabe von Geld zur freien Benutzung des Gläubigers der zu sichernden Forderung unter der Verpflichtung der Rückgewähr einer gleichen Summe Geldes samt Zinsen) ist im BGB. nicht behandelt; es müssen daher auf dasselbe die für das reguläre Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften analoge Anwendung finden, insbesondere also die Bestimmungen, die lediglich den Sicherungszweck im Auge haben, wie diejenigen, die sich auf das innere Rechtsverhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger beziehen. Hierher gehören vor allem die Vorschriften über die Herausgabe des Pfandes (§ 1223). Auch der Gläubiger, für den ein irreguläres Pfandrecht bestellt ist, kann die Rückgewähr einer gleichgroßen Anzahl Geldmünzen, wenn ihm keine durch das Pfandrecht geschützte Forderung mehr zusteht, nicht verweigern. Wenn Forderungen aus dem Rechtsverhältnis, das zu sichern es bestimmt ist, nicht mehr vorhanden sind, kann daher der Rückfordernng der Kautionssumme nicht der Einwand des Zurückbehaltungsrechts an der an sich geschuldeten Leistung wegen anderer nicht gesicherter Forderungen entgegengesetzt werden. Auch die Aufrechnung nicht konnexer Forderungen mit der Forderung auf Rückerstattung der Kautionssumme ist stets als vertragsmäßig ausgeschlossen anzusehen.

7. HessRspr. **9** 9 (Darmstadt). Ein durch ausländischen Handelsgebrauch anerkanntes sog. Vinkulationsverhältnis begründet kein Pfandrecht im Inlande.

§ 1205. 1. **RG.** JW. **08** 681. Die Einigung und Übergabe bilden zwei selbständig nebeneinanderstehende Erfordernisse. Die Einigung kann vorhanden sein, und doch kann der Eigentümer Übergabe und Besitzübergang nicht wollen. In der bloßen Verpfändungserklärung ist die Erklärung des Einverständnisses mit der Besitzergreifung durch den Pfandgläubiger nicht zu finden.

2. a) **RG.** 13. 3. 08, **67** 421 ff., BankA. **7** 317, JW. **08** 334 ff. Die zur Begründung eines rechtswirksamen Pfandrechts erforderliche Besitzübergabe kann in der Weise erfolgen, daß ein Prokurist des Pfandbestellers als Pfandverwahrer für den Gläubiger die Sache in Besitz nimmt. Die Bestimmung des § 181 steht nicht entgegen, da in solchem Falle das Einverständnis aller Beteiligten angenommen werden kann, daß der Prokurist des Pfandbestellers bei der Übergabe der Pfandsache der Vertreter beider Teile sein soll. b) **RG.** R. **08** 202. Die Besitzübergabe, wie sie zur Verpfändung eines Holzlagers erforderlich ist, und auch die nach § 1206 zur Verpfändung ausreichende Einräumung des Mitbesitzes liegt dann nicht vor, wenn der verpfändende Eigentümer nach wie vor in der Lage bleibt, ohne Zuziehung des Gläubigers jederzeit über die Sache zu verfügen.

3. **RG.** 18. 9. 08, JW. **08** 681. Eine Besitzergreifung durch den Pfandgläubiger mit dem, sei es auch nur stillschweigend erklärten, Einverständnisse des (wirklichen oder gutgläubig als solchen angenommenen) Eigentümers, hat die gleiche Bedeutung wie die nach § 1205 erforderliche Übergabe.

4. Vgl. auch unten § 1253 Ziff. 2.

§ 1206. Vgl. § 1205 Ziff. 2 b.

§ 1207. 1. **RG.** 27. 3. 08, R. **08** 332. Wer Zinsscheine, die bei jeder einzelnen Nummer aus einer fortlaufenden Reihe der Zeit nach aufeinander folgender Scheine bestehen, von denen die späteren erst nach Jahren fällig werden, in Pfand nimmt, ohne sachgemäß zu prüfen, ob der Verpfändende das Eigentum oder wenigstens den Besitz an den zugehörigen Mänteln hat, handelt grobfahrlässig und ist daher nicht als gutgläubig anzusehen.

2. **RG.** 1. 11. 07, JDR. **6**, jetzt auch **RG. 67** 27 ff.

§ 1208. RheinA. **105** I 71 ff. (Cöln). § 1208 ist auf gesetzliche Pfandrechte nicht anwendbar.

§ 1225. 1. *Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung, GruchotsBeitr. **52** 545 ff. Einige Schriftsteller meinen, daß die Zitierung des § 774 Abs. 2 im § 1225 auf einem Redaktionsfehler beruhe, weil eine entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 hier unmöglich sei. Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 auf das Rückgriffsrecht des Verpfänders ist jedoch sehr wohl möglich.. Die Bedeutung des § 774 Abs. 2 liegt darin, daß der Übergang der Rechte gegen die übrigen Bürgen auf den zahlenden Bürgen vom Bestehen einen Ausgleichungsanspruchs abhängig gemacht wird. Dieser Satz, auf das Verhältnis mehrerer Verpfänder übertragen, lautet: auf den zahlenden Verpfänder gehen andere für dieselbe Forderung bestehende Pfandrechte nur insoweit über, als er auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses von den anderen Verpfändern Ausgleichung verlangen kann. Dieser Satz findet jedoch nur auf das Verhältnis mehrerer Verpfänder zueinander Anwendung. AM. Planck auch bezüglich des Verhältnisses eines Verpfänders zu einem Bürgen oder Eigentümer eines verhafteten Grundstücks. Der zahlende Verpfänder kann — vorausgesetzt, daß ihm ein Ausgleichungsanspruch gegen den anderen Verpfänder zusteht — das andere für dieselbe Forderung bestehende Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen, gleichgültig, ob er zugleich Eigentümer der Pfandsache ist oder nicht. Das Rückgriffsrecht steht ihm dann zu, wenn er einen Ausgleichungsanspruch gegen den anderen Verpfänder hat; jedoch ist es nicht notwendig, daß er auch einen Ausgleichungsanspruch gegen den anderen Pfandeigentümer hat. Nichtidentität des Verpfänders und des Pfandeigentümers ist denkbar, wenn der Verpfänder, der ursprünglich auch Eigentümer der Pfandsache war, die Sache, nachdem er sie mit einem Pfandrechte belastet hat, veräußert hat und wenn der Verpfänder eine fremde Sache (mit oder ohne Einwilligung des Eigentümers) verpfändet hat. Die hier vertretene Auslegung der §§ 774 Abs. 2, 1225 führt zu dem Ergebnisse, daß, wenn mehrere Sicherungen gleicher Art für eine Forderung bestehen, der den Gläubiger befriedigende Sicherungspflichtige die übrigen Sicherungen mit der Hauptforderung nur dann und insoweit erwirbt, als er einen Ausgleichungsanspruch gegen die übrigen Sicherungspflichtigen hat. Dieser Satz ist für Mitbürgen im § 774 Abs. 2, für die Gesamthypothek in den §§ 1143 Abs. 2, 1173 und für mehrere Pfandrechte in den §§ 1225 Satz 2, 774 Abs. 2 ausgesprochen. Über das Zusammentreffen von Hypothek und Pfandrecht schweigt das Gesetz. Es ist aber unbedenklich, den gewonnenen Satz auch auf dieses Zusammentreffen anzuwenden, da es sich auch hier um Sicherungen gleicher Art, nämlich um Sachhaftungen, handelt. Was das Verhältnis des Bürgen zum Eigentümer eines verhafteten Grundstücks oder eines

Faustpfandes anbetrifft, so ist die Ansicht, daß unter sämtlichen Sicherungspflichtigen als vermeintlichen Gesamtschuldnern gemäß § 426 Abs. 1 eine gesetzliche Ausgleichungspflicht besteht, abzulehnen. Aus den §§ 769, 774 Abs. 2 geht hervor, daß das Gesetz nicht einmal Hauptschuldner und Bürgen als Gesamtschuldner ansieht; um wieviel weniger den Bürgen und den Eigentümer eines verhafteten Grundstücks oder einer verpfändeten beweglichen Sache. § 426 Abs. 1 ist aber auch noch aus dem weiteren Grunde unanwendbar, weil die Schuld des Pfandeigentümers den Sätzen des Obligationsrechts nur insoweit unterworfen ist, als dies durch eine besondere Verweisung im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist (vgl. z. B. §§ 1141, 1142, 1146, 1149, 1193, 1202). Auch kann aus den §§ 1173, 1225 Satz 2 eine allgemeine Regel des Inhalts nicht abgeleitet werden, daß beim gesetzlichen Übergang einer Forderung Hypotheken, Pfandrechte und Bürgschaften auf den Erwerber der Forderung nur dann mit übergehen, wenn er auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses einen Ausgleichungsanspruch gegen die Sicherungspflichtigen hat. Das Gesetz hat im § 1173 (im bewußten Gegensatze zu den §§ 412, 401) das Erlöschen der Hypotheken auf den übrigen Grundstücken deshalb angeordnet, um dem zahlenden Eigentümer die Möglichkeit zu nehmen, die Hypothek auf seinem Grundstücke löschen zu lassen und die Forderung gegen einen anderen Eigentümer geltend zu machen. Dieselben Gründe sind maßgebend für die im § 1225 Satz 2 getroffene Regelung des Verhältnisses mehrerer Verpfänder zueinander. Auch der zahlende Verpfänder soll, wenn das Pfandrecht an seiner Sache nach § 1256 erloschen ist, die Last nicht auf einen anderen Pfandeigentümer abwälzen können. In dem Falle, wenn eine Bürgschaft mit einer Hypothek oder einem Pfandrechte zusammentrifft, hängt es jedoch nicht vom Willen des Gläubigers ab, ob der Bürge oder der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder der verpfändeten beweglichen Sache den Schaden tragen soll. Aus § 776 folgt vielmehr, daß der Bürge die Last kraft Gesetzes immer auf die dinglich Verhafteten abwälzen kann. Aus § 776 ist insbesondere auch das Verhältnis des Bürgen zum Eigentümer eines Faustpfandes zu beurteilen. Wenn der Pfandeigentümer durch Befriedigung des Gläubigers die Hauptforderung erwirbt und dadurch gemäß § 1256 das Erlöschen des Pfandrechts herbeiführt, so ist dies Erlöschen des Pfandrechts der Aufgabe des Pfandrechts durch den Gläubiger gleichzustellen, so daß der Bürge von seiner Haftung frei wird, ein Rückgriffsrecht des Pfandeigentümers gegen den Bürgen also nicht besteht. Zu beachten ist jedoch, daß nach § 1256 Abs. 2 das Pfandrecht als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat. Ein solches Interesse besteht, wenn der Pfandeigentümer sein Rückgriffsrecht gegen den Bürgen in Höhe des Wertes des Pfandes ausüben will, da ihm dies nur gestattet ist, wenn dem Bürgen der Eintritt in das Pfandrecht offenbleibt. Der Pfandeigentümer hat daher die Möglichkeit, das Pfandrecht nach § 1256 Abs. 2 fortbestehen zu lassen und den Bürgen in Anspruch zu nehmen. In diesem Falle geht natürlich, wenn der Bürge den Pfandeigentümer befriedigt, das Pfandrecht mit der Forderung auf den Bürgen über (§§ 774, 412, 401).

2. **RG.** R. **08** 302, LeipzZ. **08** 458. Hat der Inhaber einer Forderung, für welche ein Dritter eine Sicherheit bestellt hat, diese Forderung ganz — also einschließlich des sichergestellten Teiles — zum Konkurse des Schuldners angemeldet, und ist die ganze Forderung im Prüfungstermine festgestellt worden, so kann der Dritte, der demnächst infolge der von ihm geleisteten Sicherheit den Gläubiger für den sichergestellten Teil befriedigt, auf Grund des § 1225 für seine durch die Zahlung an den Gläubiger entstehende Forderung mit Erfolg Zulassung zur Konkursmasse nicht beanspruchen. Bis zur vollen Deckung seines Guthabens hat der Gläubiger neben seinem Rechte aus der Sicherheit den Anspruch auf Zulassung zur Konkursmasse für seine ganze Forderung.

§ 1228. SeuffA. **64** 99 (Bamberg). Bei der Verpfändung von barem Gelde tritt an die Stelle der Verkaufsberechtigung das Recht des Gläubigers, sich von dem verpfändeten Gelde soviel anzueignen, als zur Deckung seiner Forderung aus dem durch das Pfandrecht gesicherten Rechtsverhältnis nötig ist. Die juristische Konstruktion dieses Aneignungsrechts ist nicht unbestritten (zu vgl. Staudinger (3/4) § 1228 Note 1).

§ 1229. *Reichel, JheringsJ. **53** 159 ff. Ein vollstreckungsrechtliches Analogon dieser lex commissoria bildet die durch § 825 ZPO. dem Gläubiger gewährte Füglichkeit, durch das Vollstreckungsgericht sich die gepfändete Sache ins Eigentum überweisen zu lassen.

§ 1230. Satz 2. 1. *Nebinger, Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf 5 ff. Aus der Natur der Nichtrechtmäßigkeit (§ 1243) ergibt sich, daß bei Verpfändung mehrerer ungleich wertvoller Sachen dem betreibenden Pfandgläubiger lediglich von dem Moment an die Verfügungsbefugnis abgeschnitten ist, in dem er ein Pfand zum Verkaufe bringen will, dessen Erlös zu seiner Befriedigung nicht mehr erforderlich ist. Innerhalb dieser Grenzen darf er wählen. Er ist also nicht verpflichtet, das wertvollste Pfand zu verkaufen und verkauft rechtmäßig, wenn er statt dessen einige weniger wertvolle Pfänder verkauft. AA. Bloch, Die Wirkungen des Mobiliarpfandverkaufs 21 ff.

2. **RG.** JW. **08** 142, HoldheimsMSchr. **09** 78. Die Bestimmung des § 1230 Satz 2 kann durch Vertrag abgeändert werden.

§ 1233. Abs. 2. SeuffBl. **08** 300 f. (Dresden). Hat der vorgehende Pfandgläubiger gemäß dem § 1233 Abs. 2 einen sein Vorkaufsrecht zur Anerkennung bringenden vollstreckbaren Titel gegen den Verpfänder erwirkt, so kann der bloße Widerspruch des nachfolgenden Pfandgläubigers nicht hindern, daß der Gerichtsvollzieher von dem bei der Versteigerung erzielten Erlöse den Betrag zur Auszahlung bringt, den der Pfandgläubiger nach dem Titel zu beanspruchen hat.

§ 1243. Abs. 1. *Nebinger, Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf. Nichtrechtmäßig, aber, weil selbstverständlich, im Gesetze nicht besonders hervorgehoben, ist der Pfandverkauf ohne gültiges Pfandrecht. Daraus ergibt sich aber, daß der Pfandverkauf in zweierlei Gruppen von Fällen nichtrechtmäßig ist, einmal ganz allgemein bei mangelnder Verfügungsbefugnis (materielle Nichtrechtmäßigkeit), sodann bei Verstoß gegen gewisse gesetzliche Formen (formelle Nichtrechtmäßigkeit). In die erste Gruppe fallen die vom Gesetze hervorgehobenen Fälle der §§ 1228 Abs. 2 Satz 1 und 2, 1230 Satz 2 (vgl. oben zu § 1230), 1235 Abs. 2 (teilweise, vgl. § 1244) und 1240 Abs. 1, sowie aber auch die Fälle mangelnden Pfandrechts, der Pfandgläubigergemeinschaftsverletzung und des dem Pfandgläubiger gegenüber ergehenden Veräußerungsverbots. In die zweite Gruppe gehören als heilbar Verstöße gegen § 1237 Satz 1, gegen eine nach § 1245 oder § 1246 getroffene Vereinbarung oder Anordnung und gegen die aus § 1233 Abs. 2 sich ergebenden Formvorschriften (abgesehen vom Gebote der öffentlichen Versteigerung), als unheilbar Verstöße gegen § 1235 Abs. 1, 2 (teilweise, vgl. § 1244) und § 1240 Abs. 2.

§ 1244. *Nebinger 30 ff. a) Im Falle nichtrechtmäßigen Pfandverkaufs gebührt der Erlös aus dem Pfande dem betreibenden Pfandgläubiger dann zu seiner Befriedigung, wenn formelle Nichtrechtmäßigkeit mit Eigentumserwerb des Käufers an der Sache vorliegt und dem betreibenden Pfandgläubiger keine Rechte vorgehen. In den Fällen materieller Nichtrechtmäßigkeit ist Eigentumserwerb des betreibenden Pfandgläubigers wegen dessen mangelnder Verfügungsbefugnis auch in den Fällen nicht zu rechtfertigen, wenn vorstehende Rechte nicht vorhanden sind (aA. Leonhard, ABürgR **21** 206 ff.). b) Hat der Käufer wegen unheilbaren formellen Mangels Eigentum nicht erworben, ist der betreibende Pfandgläubiger allerdings Eigentümer des Erlöses geworden. Der Pfandeigentümer und

etwaige dinglich Berechtigte behalten ihre Rechte an der Pfandsache. Der Pfandeigentümer kann aber, wenn er allein in Betracht kommt, den Verkauf genehmigen; sind noch andere dinglich Berechtigte vorhanden, so kann eine „Einigung" erfolgen, denn so gut eine Außerachtlassung der Vorschriften der §§ 1234—1240 durch vorherige Einigung ermöglicht werden kann (§ 1245 Abs. 1), muß sie auch durch nachträgliche Einigung geheilt werden können. Scheitert eine Einigung, so steht der Anwendung des § 1246 nichts im Wege. c) Es ist nicht der Sinn des Gesetzes, daß jeglicher Verstoß gegen § 1235 und § 1240 Abs. 2 unheilbare Nichtrechtmäßigkeit zur Folge haben soll, vielmehr sind diese Paragraphen wie auch der im § 1244 weiter genannte § 1233 Abs. 2 nur um der gegen sie erfolgenden Formverstöße willen zitiert, nicht aber auch wegen der Fälle, daß unter Preis bzw. Wert verkauft wird. Ein derartiger Verkauf ist nur materiell nicht rechtmäßig, verhindert also bei gutem Glauben einen Eigentumserwerb nicht.

§ 1253. 1. **RG.** 16. 5. 08, **68** 386 ff., R. **08** 426. Ein Vertrag, wodurch ein Schuldner dem Gläubiger als Sicherheit für eine Forderung ein persönliches Zurückbehaltungsrecht an einem dem Gläubiger übergebenen Grundschuldbrief einräumt, ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. **RG. 66** 24, GruchotsBeitr. **47** 955). Durch einen solchen Vertrag ist der Schuldner verpflichtet, den Grundschuldbrief dem Gläubiger so lange zu belassen, bis dieser wegen seiner Forderung befriedigt ist. Diese vertragsmäßige Verpflichtung wird dadurch, daß der Schuldner ohne den Willen des Gläubigers durch einen Zufall den Besitz des Grundschuldbriefs erlangt, nicht aufgehoben; vielmehr ist in solchem Falle der Schuldner, auch wenn er fehlerfrei in den Besitz des Grundschuldbriefs gelangt ist, vertragsmäßig verpflichtet, dem Gläubiger den Brief wieder auszuhändigen.

2. **RG.** 13. 3. 08, **67** 423, JW. **08** 334. Einer Rückgabe des Pfandes steht es gleich, wenn der Pfandgläubiger gestattet, daß die verpfändete Sache durch den Verpfänder zu freier Verfügung fortgenommen und durch eine andere Sache ersetzt wird. Die zum Ersatze gegebene, bisher pfandfreie Sache tritt nicht ohne weiteres in den Pfandverband ein, an ihr entsteht ein Pfandrecht vielmehr erst, wenn es nach den Vorschriften der §§ 1205 ff. begründet wird.

3. PosMSchr. **08** 32 (Königsberg). Der einmal erworbene Pfandbesitz an einem Pfandlager geht nicht schon dadurch verloren, daß die Schlüssel zu diesem dem Verpfänder zu einem nur vorübergehenden Zwecke ausgehändigt werden.

§ 1257. 1. **RG.** 13. 12. 07, **67** 214 ff., DJZ. **08** 305. Das Verhältnis des Staates rücksichtlich der wegen des Zoll- und Steuerinteresses in amtlicher Verwahrung befindlichen Gegenstände ist einem gesetzlichen Pfandrechte gleichzustellen. Jedenfalls geht unter analoger Anwendung des § 1249 BGB. auf den Dritten, der die Zollschuld für den Zollpflichtigen bezahlt, die Zollforderung des Fiskus mit ihren Vorrechten, insbesondere dem Vorrechte aus § 49 Ziff. 1 KO., über.

2. R. **08** 203 (Frankfurt). Die Vorschrift des § 1257 bezieht sich nur auf kraft Gesetzes entstandene Pfandrechte, nicht auf die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts, so daß für sie unter Ausschluß des den Erwerb in gutem Glauben schützenden § 1208 lediglich die gesetzlichen Vorschriften entscheiden (vgl. JDR. **1** und **3** Ziff. 1).

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. 1. *Führich, Rechtssubjekt und Kirchenrecht (I. Teil) 206 Anm. Das Pfandrecht (auch das Pfandrecht an Rechten) ist ein dingliches Recht. Das Wesen des dinglichen Rechtes liegt in der Bestimmung einer Sache für den Berechtigten (die Sache im Gegensatze zu einer Person, also in weiterem Sinne genommen als nach § 90 BGB.).

2. **RG.** 17. 1. 08, **68** 55. Bei der Verpfändung künftiger Rechte wird das Pfandrecht nicht früher wirksam als mit der Entstehung des Rechtes. Gerät der Besteller

des Pfandrechts vorher in Konkurs, so kommt daher ein rechtswirksames Pfandrecht nicht zustande.

3. **RG.** R. **08** 303. Der Anspruch auf Auflassung gehört nicht zu den Nebenrechten, die von der Pfändung des Hauptrechts mitumfaßt werden.

4. Vgl. auch oben § 1204 Ziff. 3 und 5.

§ 1274. 1. **RG.** 19./21. 3. 08, R. **08** 334. Die Bestimmung des § 1274 sagt über den Inhalt der Verpfändungserklärung nichts. Insbesondere ist aus ihr nicht zu folgern, daß diese, wie bei der Übertragung des Rechtes, auf dessen Abtretung zu richten sei.

2. **RG.** 14. 1. 08, **67** 331, JW. **08** 197 ff., BankA. **7** 316, RheinNotZ. **08** 126. Hat ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil verpfändet, so wird das Pfandrecht durch Veränderungen in dem Bestande der das Gesellschaftsvermögen bildenden einzelnen Gegenstände nicht berührt; ein Pfandrecht an dem Gesellschaftsanteile hat bei der Auseinandersetzung ein Vorrecht vor dem erst später begründeten Pfandrecht an dem Anspruche des Gesellschafters auf Herausgabe der ihm nach dem Auseinandersetzungsbeschlusse zuerteilten Sachen, denn beide Pfandrechte treffen sachlich das nämliche Recht, den Gesellschaftsanteil.

3. **RG.** 4. 3. 08, R. **08** 235. Auch im Wege nachträglicher Ausfüllung einer zuvor in blanco unterschriebenen Urkunde kann eine gültige Hypothekenverpfändung zustande kommen.

§ 1275. WürttJ. **20** 278 ff., OLG. **16** 303 (Stuttgart) sucht im Gegensatze zum OLG. Hamburg (JDR. **5** zu § 1275) nachzuweisen, daß die Bestimmung des § 1275 auf den Drittschuldner bei Forderungspfändung direkt anwendbar sei.

§ 1276. FrankfRundsch. **41** 225 ff. (Frankfurt) tritt der Auffassung des KG., JDR. **4** zu § 1276, bei und meint, daß es zu einer engeren Auslegung des § 1276 an jeder Veranlassung fehle, es im Gegenteile dem Pfandgläubiger jede Sicherheit nehmen und eine Benachteiligung der Gläubiger erleichtern würde, wollte man dem Vermieter gestatten, ohne Rücksicht auf die an dem Mietzinse bestehenden Pfandrechte das Mietverhältnis während der Vertragsdauer oder bei einer Miete auf unbestimmte Zeit ohne Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen durch eine Abmachung mit seinem Mieter zu beseitigen und den Pfandgläubiger auf die Möglichkeit einer Anfechtung des Vertrags zu verweisen (231).

§ 1277. Exner, DJZ. **08** 359 f. Zur Befriedigung des Gläubigers aus einem ihm verpfändeten Miterbenanteil ist gerichtliche Pfändung nicht erforderlich. Bereits die rechtsgeschäftliche Verpfändung des Erbanteils ist als genügende Grundlage für die weiteren Anordnungen des Vollstreckungsgerichts anzusehen (wie Exner auch Biermann u. Staudinger zu § 1277; aM. Planck Note 1 zu § 1277).

§ 1279. *du Chesne, BayRpflZ. **08** 139 ff. Das Vertragspfandrecht an einer Forderung ist dasjenige Recht, das zum Zwecke der Befriedigung wegen einer Forderung gerichtet ist auf Ziehung des Tauschwerts einer Sache oder auf Aneignung eines Geldbetrags, die beide den Gegenstand einer Forderung — der verpfändeten — bilden.

§ 1280. **RG.** 3. 4. 08, **68** 278 ff. In der Verpfändungsanzeige des Gläubigers an den Schuldner ist neben der bloß tatsächlichen Mitteilung der erfolgten Verpfändung auch die Willenserklärung zu erblicken, die Pfändung gegen sich gelten zu lassen. Ist die Verpfändung dem Schuldner auf andere Weise, etwa durch Mitteilung seitens des Pfändungsgläubigers, bekannt geworden, so ist allerdings die bloß tatsächliche Bestätigung des bereits Bekannten durch den Gläubiger überflüssig, nicht aber eine Willensäußerung des letzteren an den Schuldner, aus der dieser ein Anerkenntnis der Rechtsgültigkeit der Verpfändung seitens des Verpfändenden entnehmen kann (vgl. auch **RG.** JW. **04** 485, JDR. **3** Ziff. 2).

§ 1289. *Klein, Anzeigepflicht im Schuldrechte 62/3. Die Frage, welche Wirkung die Zurücknahme der Gläubigeranzeige: „daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache", ausübt, entzieht sich der reinen Beantwortung, weil der Gläubiger das Pfandrecht an der Zinsforderung durch einseitige Erklärung aufgeben kann (§§ 1273 Abs. 2, 1255 Abs. 1 BGB.), es also zweifelhaft bleibt, ob die Zurücknahme in positiver Verzichtsabsicht erfolgte oder nicht (vgl. Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht 119). Klein aaO. 63 will dem Zinsschuldner dadurch helfen, daß er ihm das Recht einräumt, im Falle der Zurücknahme der Anzeige vom Pfandgläubiger eine Erklärung darüber zu verlangen, ob diese Anzeige in positiver Verzichtsabsicht erfolgte oder nicht.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Vorbemerkung zu Titel 1—5: Aus der Literatur seien hervorgehoben die in Form einer Kritik des RG. die Verurteilung eines kranken Eheteils zur Duldung eines Heilverfahrens sowie praktische Fragen bezüglich der Schlüsselgewalt behandelnden Ausführungen Seelers (vgl. Ziff. 1 zu § 1354 und Ziff. I 1 zu § 1357) und die Auszüge aus von Lilienthals Kündigungsrecht des Ehemannes (§ 1358). Aus der neuen, von Boschan bearbeiteten Auflage des bekannten Hinschiusschen Kommentars zum PStG. sind Selbstberichte zu den §§ 1304 ff. aufgenommen worden. Die Praxis hatte sich im Berichtsjahre nur wenig mit den Vorschriften dieser Titel zu befassen. Das Recht des Mannes, den Wohnort zu bestimmen, wird durch die unter Ziff. 2a zu § 1354 abgedruckte Entscheidung des RG. in gewissem Sinne eingeschränkt. Nur aus den besonderen Umständen des zur Entscheidung gelangten Falles dürfte der Ausspruch des RG. zu erklären sein, daß Nichtkenntnis einer unehelichen Fehlgeburt den Ehemann nicht zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums berechtige. (Vgl. § 1333 Ziff. 1.)

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. 1. **RG.** 2. 12. 07, R. **08** 15, JW. **08** 28 f. Auch das Rechtsgeschäft des Verlöbnisses ist, wenn es von Anfang an mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet ist, von vornherein nichtig. Inwiefern eine spätere unsittliche und deshalb unwirksame Abrede die Kraft hat, das ganze, zunächst sittlich einwandfreie Verlöbnis auf eine neue Grundlage zu stellen und in seinem ganzen Bestande nichtig zu machen, ist eine Frage des Einzelfalls.

2. **RG.** (Straff.) JW. **08** 359. Das Ehehindernis des § 1312 steht mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Befreiung der Annahme eines Verlöbnisses nicht entgegen.

3. HansGZ. **08** Beibl. 76 (Hamburg). Auch die bedingte Abgabe eines Heiratsversprechens ist für wirksam zu erachten. Ähnlich ElsLothJZ. **08** 234 (Colmar). Ebenso Cramer, JDR. **6** Ziff. 1 b β.

§ 1298. 1. Ersatz des Schadens (s. JDR. **4** Ziff. 1 b u. c, **6** Ziff. II 1). a) R. **08** 664 f. (Cassel). Ein zu ersetzender Schaden im Sinne des § 1298 liegt nicht vor, wenn die demnächstige Verlobte zu einer Zeit, zu welcher sie Anknüpfungen zur Heirat durch Zeitungsinserate gesucht und in der Erwartung, daß die eine oder andere zum Ziele führen werde, ihre Erwerbsstellung aufgegeben hat. **b**) ElsLothJZ. **08** 190 (Colmar). Nicht ersatzpflichtig sind die Auslagen von Portokosten des mit dem Verlobten gepflogenen Briefwechsels oder Auslagen für dessen Bewirtung.

2. Wichtiger Rücktrittsgrund. **a**) Irrtum über Vermögensverhältnisse (s. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 2, **4** Ziff. 2 b). α. **RG.**, R. **08** 593. Irrtum über Vermögensverhältnisse rechtfertigt den Rücktritt vom Verlöbnisse nicht nur bei Bedrohung der Existenz des zurücktretenden Verlobten; letzteren trifft aber die Beweislast für die Erheblichkeit eines solchen Irrtums. Unterlassung

sorgfältiger Erkundigung kann zur Verneinung des Rücktrittsrechts führen. β. ElsLothJZ. 08 234 (Colmar). Die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verlobten ist kein wichtiger Rücktrittsgrund, wenn er nach seiner Vorbildung und Arbeitskraft imstande ist, eine Beschäftigung zu finden, mit deren Ertrag er sich und die zu gründende Familie erhalten kann. **b)** ElsLothJZ. **08** 234 (Colmar) über die Versagung der gesetzlich erforderten elterlichen Einwilligung in das Verlöbnis eines Minderjährigen als wichtiger Rücktrittsgrund (wie **RG. 58** 254, JDR. **3** Ziff. 2 b).

§ 1300. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 170. Die Frau kann die Forderung unter der Bedingung abtreten, daß sie anerkannt usw. und dadurch übertragbar werde. Sie kann sich aber nicht zur Herbeiführung der Bedingung verpflichten. Die Bedingung ist nicht stets ohne weiteres als hinzugefügt zu denken.

2. **RG.** JW. **08** 304. Eine Eideszuschiebung bezüglich der Bescholtenheit dahin, „daß die Klägerin mit einem anderen Manne geschlechtlich verkehrt habe", ist nicht zu beachten.

3. Ersatz des Schadens. R. **08** 203 (Naumburg). Zu dem nach § 1300 zu berücksichtigenden Schaden gehört auch der Verlust der Möglichkeit, durch Verheiratung mit dem untreuen Bräutigam in bessere wirtschaftliche Verhältnisse zu kommen.

4. **a)** R. **08** 15 (Stuttgart). § 1300 Abs. 1 kann nach der Fassung der Vorschrift nur Anwendung finden, wenn das Verlöbnis der Beiwohnung voranging (vgl. JDR. **2** Ziff. 2, **4** Ziff. 3). Bestand zur Zeit der Beiwohnung ein wegen mangelnder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ungültiges Verlöbnis, erfolgt aber diese Einwilligung später, so gilt die Beiwohnung als eine solche „unter Verlobten". **b) RG.** 2. 4. 08, R. **08** 335, HansGZ. **08** Beibl. 312. Der Umstand, daß die Verlobte, deren Unbescholtenheit im übrigen festgestellt ist, auch schon vor der Verlobung dem Bräutigam die Beiwohnung gestattet hat, steht dem Anspruch aus § 1300 nicht entgegen (vgl. auch R. **08** 203 [Frankfurt]). Es bedarf auch nicht der Feststellung, ob sie sich nach der Verlobung im Hinblick auf die erwartete Eheschließung oder lediglich in Fortsetzung des bisherigen Geschlechtsverkehrs dem Verlobten hingegeben hat (vgl. jedoch OLG. Hamburg, JDR. **5** Ziff. III).

5. OLG. Colmar, JDR. **6** Ziff. 2, jetzt auch DJZ. **08** 652, ElsLothJZ. **08** 185.

§ 1301. 1. *Reichel, AZivPr. **104** 24. Die Vorschrift des Satz 2 beruht auf der Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Berechtigten auf die ihm nach Satz 1 an sich zuständige condictio ob causam datorum.

2. ElsLothJZ. **08** 190 (Colmar). Der einem nach § 1301 erhobenen Herausgabeanspruch entgegengehaltene, aber nicht erwiesene Einwand, die geschenkten Sachen seien teils zerstört, teils verbraucht, hindert nicht an der Verurteilung zur Herausgabe.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

Literatur: Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 (4), behandelnd das PStG in seiner gegenwärtigen Gestalt und in Verbindung mit einer Erläuterung der §§ 1303—1322 BGB. von Boschan. Berlin 1909.

§ 1304. 1. *Hinschius-Boschan, PStG. 517. Vorhanden sein muß, wie § 1331 BGB. ergibt, die Einwilligung des zur Zeit der Eheschließung vorhandenen gesetzlichen Vertreters, nach § 45 StPG. reicht aber zum Nachweise der Einwilligung der Nachweis der Einwilligung des bei Erwirkung des Aufgebots vorhandenen gesetzlichen Vertreters aus, da angenommen wird, daß bis zum Beweise des Gegenteils die einmal erteilte Einwilligung fortdauert. Der Umstand allein, daß ein Wechsel in der gesetzlichen Vertretung eingetreten ist, berechtigt

daher den Standesbeamten nur dann, eine Einwilligung des neuen gesetzlichen Vertreters zu fordern, wenn Tatsachen bekannt werden, aus denen zu folgern ist, daß der neue gesetzliche Vertreter in die Eheschließung nicht einwilligt. — Die Einwilligung kann auch unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erteilt werden, doch muß dann zur Zeit der Eheschließung die Bedingung eingetreten oder die Frist abgelaufen sein. Der Erlaß des Aufgebots ist daher abzulehnen, wenn nicht mit Sicherheit zu erwarten ist, daß bis zur Eheschließung die Bedingung erfüllt oder die Frist abgelaufen ist. Der Widerruf der Einwilligung ist von demjenigen zu erklären, der bei Erklärung des Widerrufs gesetzlicher Vertreter des Geschäftsbeschränkten ist.

2. *Unger, BuschsZ. **37** 444. Dem gesetzlichen Vertreter steht gegen die gerichtliche Ersetzung seiner Einwilligung die Beschwerde namens des Vertretenen zu, weil diese Ersetzung nicht, wie von Dernburg, BGB. IV § 122 IV, gelehrt wird, eine unmittelbare, vom gesetzlichen Vertreter auf das Vormundschaftsgericht übergegangene und deshalb der Einwirkung des Vertreters entzogene besondere Vertretung des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, sondern eine in Oberleitung der gesetzlichen Vertretung erlassene behördliche Verfügung ist (vgl. hierzu JDR. **2**).

§ 1305. *Hinschius-Boschan, PStG. 521, 522. Auch hier richtet sich die Frage, welcher Elternteil die Einwilligung zur Eheschließung zu geben hat, nach dem Zeitpunkte der Eheschließung. Doch gilt auch hier der Grundsatz, daß Änderungen nicht vermutet werden, und der Standesbeamte hat daher, wenn z. B. die Einwilligung des Vaters in beglaubigter Form (§ 45 PStG.) beigebracht ist, keine Veranlassung, Ermittelungen darüber anzustellen, ob der Vater zur Zeit der Eheschließung noch lebt oder sonst zur Erteilung der Einwilligung berechtigt ist. Nur wenn ihm bekannt geworden ist, daß der Vater inzwischen gestorben oder seine Einwilligung nicht erforderlich ist, hat er die Eheschließung abzulehnen, wenn ihm nicht vorher die Einwilligungserklärung der Mutter in beglaubigter Form beigebracht wird. Wenn im Falle des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§ 1304) nicht notwendig die Einwilligungserklärung seines Nachfolgers zu fordern ist, so beruht dies darauf, daß ein Widerruf der einmal erteilten Einwilligung durch den Nachfolger nicht zu vermuten ist, während im Falle des § 1305 die Mutter nicht Nachfolgerin des Vaters bei Erteilung der Einwilligung ist, sondern die Einwilligung aus eigenem Rechte zu erteilen hat.

§ 1309. 1. Pagenstecher, R. **08** 32. Ein aufschiebendes Ehehindernis läßt sich in entsprechender Anwendung des Abs. 2 auch dann annehmen, wenn bei einem negativen Ehefeststellungsurteile die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen.

2. *Hinschius-Boschan, PStG. 526. Unter den Voraussetzungen des § 328 ZPO. ist auch die Wirksamkeit eines ausländischen Scheidungsurteils anzuerkennen. — Zur Wiederholung der Eheschließung (§ 1309 Abs. 1 Satz 2) müssen dieselben Voraussetzungen wie zu jeder Eheschließung vorliegen, nur daß das Ehehindernis der Wartezeit (§ 1313) und der Doppelehe (§ 1309) für die Frau nicht Platz greift. Es bedarf auch, was allerdings bestritten ist, der Beibringung neuer Einwilligungserklärungen, wie es ja auch solcher nach Nichtigerklärung der ersten Ehe zur Eingehung der neuen Ehe bedürfen würde (527).

§ 1312. 1. SächsJustMin. 25. 6. 08, FischersZ. **34** 185. Auch großbritannische Staatsangehörige bedürfen gegebenenfalls der Befreiung von dem Ehehindernisse des § 1312. Diese Befreiung kann auch Engländern gegenüber nur von deutschen Behörden bewilligt werden.

2. Vgl. **RG.** oben Ziff. 2 zu § 1297.

§ 1315. 1. Eine ausführliche Zusammenstellung der Fälle, in denen Militärpersonen und Landesbeamte nach Landesrecht zur Eingehung einer Ehe einer besonderen Erlaubnis bedürfen, sowie über den Nachweis der Voraus-

setzung der Eheschließung von Ausländern im Inlande s. bei *Hinschius-Boschan, PStG. 536 ff.

2. **RG.** (Straff.) **41** 227 ff. Die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten gehören zu den Militärpersonen im Sinne des § 1315, da zu den Militärpersonen alle Personen des Soldatenstandes zu rechnen sind, die dem aktiven Heere wie dem Beurlaubtenstand angehören.

3. R. **08** 622 (Hamburg). Unter Landesgesetzen im Sinne des Abs. 2 sind die Gesetze der deutschen Bundesstaaten zu verstehen und zwar im Einzelfalle die Gesetze desjenigen Bundesstaats, in welchem die Ehe geschlossen werden soll. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 1315 hat aber nicht die Nichtigkeit der Ehe zur Folge.

§ 1316. *Hinschius-Boschan, PStG. 553. Erfolgt das Aufgebot durch Bekanntmachung in einem öffentlichen Blatte (§ 47 PStG.), so ist es erst mit Ablauf von zwei Wochen nach dem Tage der Ausgabe des die Veröffentlichung enthaltenden Blattes vollzogen (aM. die 3. Aufl. 175).

§§ 1317, 1318. *Hinschius-Boschan, PStG. 564. Der § 1317 schreibt die zur Eheschließung wesentliche Form vor, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat (§ 1324), während § 1318 diejenigen Formvorschriffen enthält, die zwar gleichfalls zur Vermeidung disziplinarischer Haftung des Standesbeamten beachtet werden sollen und deren Beurkundung unter dem Schutze des § 348 StGB. steht, deren Nichtbeachtung aber die Ehe nicht ungültig werden läßt. Die Beobachtung des § 1318 ist daher auch für die Beweiskraft der Beurkundung der Eheschließung nicht wesentlich.

§ 1321. *Hinschius-Boschan, PStG. 551. Der ermächtigte Standesbeamte tritt nur für die Handlung der Eheschließung an die Stelle des zuständigen Standesbeamten, nachdem dieser die Voraussetzungen der Zulässigkeit der Eheschließung nach allen Richtungen geprüft und festgestellt hat.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1325. MecklZ. **27** 7 (Rostock). Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten zur Zeit der Eheschließung vernichtet die auf Antrag des anderen Ehegatten erfolgte Entmündigung.

§ 1326. a) Balog, Verschollenheit und Todeserklärung 136, stimmt Hellwig (JDR. **3**) darin zu, daß die zweite Ehe, welche die geschiedene Parte nach dem Scheidungsurteile geschlossen hat, gültig bleibt, weil die Unwirksamkeit des Urteils zwar die frühere Ehe wiederherstelle, aber nur derart, daß sie die inzwischen erworbenen Rechte Dritter, welche auf dem Scheidungsurteile basieren, nicht berührt (vgl. auch JDR. **5 u. 6**). **b)** Waldecker, R. **08** 592, vertritt jedoch gegen Hellwig, JDR. **3**, die Ansicht, daß die erfolgreiche Restitutionsklage gegen ein Scheidungsurteil dieses ex tunc beseitige und darum eine inzwischen von einem der geschiedenen Ehegatten eingegangene zweite Ehe wegen Bigamie nichtig sei.

§ 1329. SeuffA. **63** 296 (Hamburg). Wenn nach Wegfall des Ehehindernisses die Eheschließung wiederholt worden ist, kann auch nicht mehr auf Erklärung der Nichtigkeit der Ehe für den Zeitraum bis zur Wiederholung der Eheschließung geklagt werden (vgl. auch bereits JDR. **6** Ziff. 4).

§ 1333. 1. **RG.** 12. 12. 07, R. **08** 93. Ein Irrtum über die Jungfräulichkeit der Ehefrau und Nichtkenntnis einer unehelichen Fehlgeburt sind wegen der von dem Ehemanne betätigten „überaus laxen" sittlichen Auffassungen als Anfechtungsgrund nicht anerkannt worden. Die Besorgnis, daß die Ehefrau (wegen der Fehlgeburt) unfruchtbar bleiben möge, ist schon nach der objektiven Seite nicht ohne weiteres als ein Umstand anzuerkennen, der den Ehemann bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eheschließung abgehalten haben würde.

2. **RG.** R. **08** 203, BayRpflZ. **08** 270. Das Überstehen einer Krankheit ist etwas Vorübergehendes und kann den Begriff einer bleibenden Eigenschaft einer Person nicht erfüllen. Ebensowenig stellt eine vorübergehende Geistes- oder Gemütsstörung oder eine bloße Anlage zu Geisteskrankheit eine Eigenschaft im Sinne des § 1333 dar. Auch eine bloße geistige Minderwertigkeit kann regelmäßig zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums nicht genügen.

§ 1337. OLG. **16** 204 (KG.). Die Bestätigung der anfechtbaren Ehe nach § 1337 Abs. 2 setzt nicht Kenntnis des Anfechtungsrechts, sondern nur des Anfechtungsgrundes voraus.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

Literatur: Balog, Verschollenheit und Todeserklärung nach deutschem und ungarischem Rechte. Berlin 1908.

§ 1348. Balog, Verschollenheit und Todeserklärung 150, ist mit Dernburg entgegen der herrschenden Meinung der Ansicht, daß die auflösende Kraft der neuen Ehe nicht von der formell und materiell gültigen Ehe abhängig sei (vgl. IDR. **1** Ziff. 1 b, **4** Ziff. 2, **6** Ziff. 1).

§ 1350. Balog, Verschollenheit und Todeserklärung 145. Wenn die dritte Person beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts weiß, daß der für tot Erklärte lebt, dann kann gegen sie die Einrede des § 1344 mit Erfolg erhoben werden, vorausgesetzt, daß die neue Ehe angefochten wurde. AM. Planck Note 2 d α zu § 1350, dem schon das Wissen genügt, daß der Verschollene bei der Wiederverheiratung lebte.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: v. Lilienthal, Das Kündigungsrecht des Ehemanns aus § 1358 BGB., Heft 28 der Leonhardschen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes. Breslau 1908. — Seeler, Verurteilung eines Nervenkranken zur Duldung eines Heilverfahrens (Glossen zur Praxis des RG.) 101—112. Halle a./S. 1908. — Derselbe, Die Schlüsselgewalt (Glossen zur Praxis des RG.) 75—100. Halle a./S. 1908.

§ 1353. 1. Zeiler, R. **08** 414. Das Recht auf Wahrung der ehelichen Treue ist kein Recht in dem Sinne, daß dessen Verletzung vermögensrechtliche Folgen, insbesondere einen Anspruch auf Schadensersatz zu zeitigen vermöchte.

2. **a)** **RG.** R. **08** 59. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß mit der Abweisung der von beiden Ehegatten gegeneinander erhobenen Scheidungsklage auch die von dem Beklagten eventuell erhobene Widerklage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens abgewiesen wird, wenn nach der objektiven Sachlage mit Rücksicht auf den eben beendigten Scheidungsprozeß für beide Parteien die Bedingungen zu einem von wahrer ehelicher Gesinnung erfüllten Zusammenleben gegenwärtig nicht gegeben sind. **b)** **RG.** R. **08** 665. Ein Mißbrauch des Rechtes des Ehegatten liegt vor, wenn er ohne den ernsten Willen, die eheliche Lebensgemeinschaft wiederherzustellen, gleichwohl an den anderen Ehegatten klagend das Verlangen stellt, daß er diese Gemeinschaft wiederherstelle. Das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes ist zur Annahme eines Rechtsmißbrauchs im Sinne des Satz 1 nicht erforderlich.

3. **RG.** R. **08** 567. Hat sich bei einer von ihrem Ehemanne getrennt lebenden, an erheblicher Nervenschwäche und an Zuckerkrankheit leidenden Ehefrau der Glaube, von ihrem Ehemanne schlecht behandelt zu sein, in solchem Maße festgesetzt, daß für sie bei Erneuerung des Zusammenlebens Aufregungen unausbleiblich sind, und ist zu befürchten, daß solche Aufregungen eine Verschlimmerung ihres Leidens, insbesondere der Zuckerkrankheit, und eine Verkürzung der Lebenszeit zur Folge haben würden, so ist das Verlangen des Ehemanns nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht berechtigt.

4. **RG.** JW. **08** 110, R. **08** 128. Hat ein Ehegatte im Eheanfechtungsprozeß auf vage Vermutungen hin schwerwiegende Vorwürfe gegen den anderen erhoben, so kann letzterer die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verweigern. Auf den guten Glauben des Anfechtungsklägers kommt es nicht an; es könnte ihm nur zur Entschuldigung gereichen, wenn ihm tatsächliche Anhaltspunkte für seine Annahmen zur Seite stehen.

5. **RG.** R. **08** 469. Völlig ungerechtfertigter Übergang von der Herstellungs- zur Scheidungsklage kann die Annahme eines Rechtsmißbrauchs hinsichtlich des eventuell aufrechterhaltenen Herstellungsverlangens begründen.

§ 1354. 1. Seeler aaO. 101 ff. wendet sich gegen die beiden Urteile des **RG. 51** 185 (JDR. **2** zu § 1354) und **59** 256 ff. (JDR. **4** Ziff. 1), durch die ein getrennt lebender kranker Ehegatte verurteilt worden ist, sich in eine Heilanstalt zu begeben, indem er eine Verurteilung der Frau, sich einer Kur zu unterziehen, für völlig unzulässig hält. Der Ehemann sei vielmehr lediglich auf den Weg der Scheidung zu verweisen; wenn eine Ehefrau sich vorsätzlich in einem krankhaften Zustand erhält, um sich der Erfüllung ihrer Verpflichtungen zu entziehen, so liege darin eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten (111).

2. **a) RG.** JW. **08** 406. Der Ehemann muß bei der Auswahl der künftigen Familienwohnung auf die ihm bei Eingehung der Ehe wohlbekannten Verhältnisse und Lebensinteressen seiner Frau Rücksicht nehmen und darf nur, wenn wichtige und berechtigte Gründe vorliegen, eine Familienwohnung auswählen, die in größerer Entfernung von dem Grundbesitz und dem Geschäfte seiner Frau liegt. Wenn der Ehemann nur aus Laune oder gar Schikane halber die seiner Frau gehörige Wohnung verlassen hat, und berechtigte Interessen der Frau geschädigt würden, falls sie außerhalb ihres Grundstücks Wohnung nehmen müßte, so kann § 1354 Abs. 2 mit § 1353 Abs. 2 Satz 1 zur Anwendung gebracht werden. **b)** Mit **RG.** JW. **00** 778 nimmt **RG.** 23. 4. 08, JW. **08** 406, an, daß das Recht des Ehemanns, Wohnort und Wohnung zu bestimmen, nicht durch Vereinbarung der Ehegatten ausgeschlossen oder beschränkt werden könne.

3. **a) RG.** (Strafs.) DJZ. **08** 708. Die Pflicht der Ehefrau, das Hauswesen des Mannes zu leiten und ihm im Betriebe seines Gewerbes (Schankwirtschaft) behilflich zu sein, geht nicht so weit, daß sie auch gehalten wäre, sich an der geschäftlichen Verwertung der von diesem fortgesetzt gestohlenen Fleischvorräte mit zu beteiligen. **b) RG.** (Strafs.) JW. **08** 381. Die Aufgabe der Ehefrau, den Ehemann in seinen häuslichen Angelegenheiten, insbesondere bei der Kindererziehung, zu unterstützen, ist kein Beruf im Sinne des § 230 Abs. 2 StGB.

§ 1356. 1. Hoffmann, R. **08** 584. Die Ehefrau ist nach § 1356 Abs. 2 zu solchen Arbeiten verpflichtet, welche ihrer Art nach in das Hauswesen gehören, die also unmittelbar der Familie dienen. Hierher gehört nicht derjenige Erwerb der Frau, den sie sich, abgesehen von „Hausarbeiten", durch gewinnbringende Tätigkeit, z. B. gewerbsmäßige Schneiderarbeit, verschafft. Die Frau hat nur dem Manne unbezahlte Arbeiten im Hauswesen, d. h. in der häuslichen Wirtschaft, zu leisten. Was sie nebenher durch Arbeit für Fremde an Geld verdient, gehört ihr nach § 1367 als Vorbehaltsgut und fällt auch nicht unter den Begriff der Dienste, für deren Nichtleistung der Mann nach § 845 Ersatz verlangen kann.

2. **RG.** 5. 3. 08, JW. **08** 273 f. Eine Ehefrau hat einen Schaden selbst nur erlitten und kann einen solchen auch nur geltend machen, wenn ihr Vermögen beschädigt ist, wenn sie selbst für sich durch ihre Arbeit oder einen selbständigen Gewerbebetrieb einen Erwerb sich verschafft hat oder verschafft haben würde und hierin durch die unerlaubte Handlung gehindert worden ist; insoweit sie nur für den Ehemann in dessen Hausstand tätig oder ihm in seinem Gewerbebetriebe behilflich war und sein würde, ist nicht ihr, sondern nur ihrem Ehemann ein Schaden entstanden,

dessen Ersatz das Gesetz im § 845 ihm auch gesichert hat (vgl. **RG. 63** 195, **64** 323 [vgl. JDR. **6** Ziff. 2], JW. **06** 469). Für den Fall, daß sie in Zukunft, sei es durch Auflösung der Ehe, sei es durch Änderung der Verhältnisse, auf eigene Erwerbstätigkeit angewiesen sein würde, wird sie den Weg der Feststellungsklage zur Sicherung ihres Schadensersatzanspruchs beschreiten müssen; eine Rente nach § 843 kann der nicht einem Erwerbe selbständig nachgehenden Ehefrau nur insoweit zugesprochen werden, als es sich nicht um Verlust der Erwerbsfähigkeit, sondern um die Vermehrung ihrer Bedürfnisse handelt, und als der Wegfall ihrer Tätigkeit im Hausstand oder insbesondere im Gewerbebetrieb ihres Ehemanns mittelbar sie im Bezuge des von dem Ehemann ihr zu leistenden Unterhalts verkürzt (**RG. 47** 84 ff., JW. **05** 341).

§ 1357. I. 1. Seeler aaO. 83 ff. wendet sich gegen die Ausführungen des **RG. 61** 78 ff. (JDR. **5** Ziff. II 2), daß nicht die wirkliche Vermögenslage des Mannes, sondern nur der tatsächliche Zuschnitt des Hauswesens und die damit zusammenhängende Lebensführung der Ehegatten den Umfang der Schlüsselgewalt kennzeichnen. Die Bedeutung dieses tatsächlichen Zuschnitts beruhe nicht darin, daß durch ihn der Umfang der Schlüsselgewalt bestimmt wird, sondern vielmehr nur darin, daß durch ihn, unter Hinzutritt noch anderer Umstände, der Tatbestand hergestellt wird, an den das Gesetz den Schutz des redlichen Dritten knüpft. Er gelangt deshalb zu folgendem Ergebnisse: Kraft der ihr zustehenden Schlüsselgewalt verpflichtet die Frau durch ihre Rechtsgeschäfte den Mann nur dann, wenn a) das Geschäft seiner Art nach in den Wirkungskreis einer Ehefrau fällt, wenn b) das Geschäft, für sich allein betrachtet, dem Werte seines Gegenstandes nach den Vermögensverhältnissen des Mannes entspricht, und wenn c) der Abschluß dieses Geschäfts einem wirklich vorliegenden Bedürfnisse des Haushalts entspricht. Für die Frage, ob das erste Erfordernis vorliegt, ist maßgebend die Auffassung des Lebens. Fehlt das zweite Erfordernis, so ist der Dritte gleichwohl geschützt, wenn in ihm durch das Verhalten des Mannes der Irrtum erzeugt ist, das Erfordernis liege vor. Fehlt das dritte Erfordernis, so ist der Dritte schlechthin geschützt, es sei, daß ihm das Fehlen desselben bekannt war (100).

2. Josef, R. **08** 441, wendet sich gegen die Auffassung des KG., KGJ. **32** A 34 (auch JDR. **5** Ziff. II 4 a), daß die Schlüsselgewalt nicht durch die auf Antrag des Mannes erfolgende Eintragung ausgeschlossen werde. Auf eine Erklärung des Mannes gegenüber der Frau käme es nicht an, stelle diese doch einen ziemlich gleichgültigen Vorgang dar.

3. Breit, Gesetzliche Vertretung, SeuffBl. **08** 884, tritt entgegen Planck, Staudinger und anderen für die Befugnis des gesetzlichen Vertreters des Mannes zur Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt ein.

4. Die Vertretungsbefugnis der Frau rechnet *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 552, zu den Fällen der gewillkürten, nicht der gesetzlichen Stellvertretung, da der Mann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen kann.

5. Wagner, SeuffBl. **08** 359. Liegt ein von der Ehefrau abgeschlossenes Rechtsgeschäft als solches im Bereich ihrer Schlüsselgewalt, so ist sie auch befugt, für seine Erfüllung einen besonderen Gerichtsstand nach § 29 ZPO. zu vereinbaren.

6. Josef, R. **08** 441. Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist nicht dadurch bedingt, daß der Frau zur Zeit der Erklärung der Ausschließung die Schlüsselgewalt zustand. Verläßt die Frau aus berechtigtem oder unberechtigtem Anlasse den Mann und fürchtet dieser, daß sie bei Dritten, die glauben, daß sie noch sein Hauswesen leite, Schulden machen wird, so wird er zur Vorsicht die Eintragung der Ausschließung im Güterrechtsregister beantragen; darin liegt kein Mißbrauch. Kehrt aber die Frau zum Manne zurück oder ist sie auch nur hierzu bereit und verweigert der Mann ihre Aufnahme, dann liegt in der weiteren Beibehaltung der Eintragung, in deren Bestehenlassen, ein Mißbrauch, der die

Anrufung des Vormundschaftsgerichts rechtfertigt, obwohl der Frau zur Zeit der Eintragung die Leitung des Hauswesens nicht zustand. Vgl. jedoch KG., KGJ. **32** A 34.

II. Aus der Praxis. 1. a) HessRspr. **9** 41 (Darmstadt). Innerhalb des Kreises der Schlüsselgewalt liegt die Beschaffung von Kleidungsstücken, insbesondere der Livree für einen im Haushalte beschäftigten Diener. b) OLG. **16** 205 (Frankfurt). Innerhalb des Kreises der Schlüsselgewalt der Frau liegen Ausgaben für Ausbesserung von Schmucksachen; falls sich die Eheleute in „sehr guten" Verhältnissen befinden, auch Neuanschaffungen von Schmucksachen.

2. **RG.** JDR. **6** Ziff. II 2 a, jetzt auch SeuffBl. **08** 453.

§ 1358. 1. v. Lilienthal 9 ff. Zu den von der Frau in Person zu bewirkenden Leistungen gehören nicht nur Rechtsgeschäfte, bei welchen die Frau schon wegen ihrer regelmäßigen Abwesenheit von der gemeinsamen Wohnung ihren Verpflichtungen als Hausfrau nicht nachkommen kann, sondern überhaupt alle Rechtsgeschäfte, welche die Verpflichtung der Frau zu einer Tätigkeit begründen, die sie selbst vornehmen und nicht durch andere vornehmen lassen soll. — Die Verpflichtungen, bei deren Übernahme durch die Frau der Mann gemäß § 1358 kündigen kann, sind: Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Mäklervertrag, Verwahrungsvertrag über lebende Sachen, Testamentsvollstreckung, Gesellschaftsvertrag, wenn die Frau als geschäftsführender Gesellschafter daran teilnimmt, Mitgliedschaft bei einem Vereine, wenn die Frau sich zu persönlichen Leistungen, z. B., als Vorstand verpflichtet. — Der Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts fällt nur dann unter § 1358, wenn die Frau sich Dritten gegenüber dabei zu in Person zu bewirkenden Leistungen verpflichtet.

2. v. Lilienthal 53 ff. Setzt die Frau trotz wirksam ergangener Kündigung seitens des Mannes das Dienstverhältnis mit dem Dritten fort, so treten folgende Wirkungen ein: Der Ehemann ist berechtigt, auf Herstellung der Lebensgemeinschaft zu klagen. Der Ehemann kann auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft mit event. nachfolgender Scheidungsklage Klage erheben, falls die Frau die häusliche Gemeinschaft aufgehoben hat. Der Mann kann unter Umständen direkt wegen grober Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten auf Scheidung klagen. Der zwischen der Ehefrau und dem Dritten abgeschlossene neue Vertrag ist nichtig. Der Mann hat gegen die Frau und den Dritten, falls die fortgesetzten Dienstleistungen ihn materiell schädigen, eine Klage gemäß § 823 BGB. auf Geldersatz. Der Mann hat, falls eine Fortsetzung der Dienste zu befürchten ist, auf Grund derselben Bestimmung eine Klage gegen die Frau und den Dritten auf Unterlassung dieser Fortsetzung, gleichgültig, ob eine solche ihn materiell schädigen würde oder nicht (vgl. hierzu Wieruszowski, JDR. **1** Ziff. 1).

3. v. Lilienthal 16. Durch die Kündigungsbefugnis aus § 1358 soll nur diejenige Verpflichtung zu persönlichen Leistungen getroffen werden, die die Ehefrau nach geschlossener Ehe eingegangen ist. Ebenso Haidlen, JDR. **6** Ziff. 4, aM. jedoch Strübe, GruchotsBeitr. **48** 295 ff., JDR. **3**.

4. v. Lilienthal 26. Die Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zur Kündigung gemäß § 1358 kann nicht an eine Bedingung (z. B. Einhaltung einer Kündigungsfrist) geknüpft werden (gegen Endemann, Opet, v. Blume, Planck).

5. Abs. 2. a) Zustimmung. α. v. Lilienthal 31. Die Zustimmung des Mannes zu einer Verpflichtung der Frau muß dieser oder dem Dritten gegenüber ausdrücklich erklärt worden sein, um das Kündigungsrecht des Mannes auszuschließen (gegen Planck, Opet, v. Blume, Kuhlenbeck, Schmidt-Habicht). β. Gegen Schmidt-Habicht, Planck, v. Staudinger wendet v. Lilienthal 29 ff. die Vorschriften der §§ 182 ff. auf die im § 1358

genannte Zustimmung an. **b)** v. Lilienthal 21. Da das Gesetz über den Grund der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft schweigt, ist anzunehmen, daß das Kündigungsrecht des Ehemanns wegfällt, welches auch die Ursache der Aufhebung sein mag. Ob daher die häusliche Gemeinschaft durch richterliche Verfügung oder tatsächlich aufgehoben ist, ob der Mann oder die Frau die Aufhebung verschuldet hat, ob die Aufhebung gerechtfertigt ist oder nicht, — das Kündigungsrecht kann der Mann während der Dauer der Aufhebung nicht ausüben. Eine Ausnahme bildet der Fall, daß die häusliche Gemeinschaft eben dadurch aufgehoben wird, daß die Frau ihren Verpflichtungen zu einer in Person zu bewirkenden Leistung nachkommt (vgl. Frankenburger, HoldheimsMSchr. **08** 69, JDR. **1** Ziff. 4).

§§ 1360, 1361. 1. R. **08** 623 (Colmar). Im Gegensatze zu den nach §§ 1601 ff. unterhaltspflichtigen Personen ist der Ehemann in der Regel nicht berechtigt, seinen eigenen standesgemäßen Unterhalt vorwegzunehmen, sondern muß das, was er hat, mit der Ehefrau teilen. Die Grenze wird seiner Unterhaltspflicht nur durch seine Leistungsfähigkeit gezogen. Nur ausnahmsweise, aus besonderen Gründen, kann nach § 1361 Abs. 2 seine Unterhaltspflicht wegfallen oder auf die Leistung eines Beitrags beschränkt werden.

2. **a)** **RG.** R. **08** 203. Das Gesetz steht nicht entgegen, wenn als Maßstab für die Leistungsfähigkeit des Ehemanns in der Gewährung des Unterhalts an seine getrennt lebende Frau sein bisheriger (die eigentlichen Einkünfte übersteigender) regelmäßiger Jahresverbrauch zugrunde gelegt wird. **b)** PosMSchr. **08** 117 (Posen). Der Umfang der Unterhaltsrente wird nicht nach dem tatsächlichen Erwerbe, sondern nach der Erwerbsfähigkeit des Mannes bemessen.

§ 1360. Abs. 3. **RG.** 14. 11. 07, R. **08** 15. Der Mann genügt regelmäßig seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber seiner Ehefrau, wenn er dafür sorgt, daß sie in dem gemeinsamen Haushalte der Eheleute ihren Unterhalt empfangen kann. Für den Mann besteht daher regelmäßig keine Verpflichtung, der Frau den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren und sie auf diese Weise in den Stand zu setzen, außerhalb der Ehewohnung zu leben.

§ 1361. 1. Würzburger, SeuffBl. **08** 323. Eine zur Regelung der Unterhaltspflichten während des Ehescheidungsprozesses erlassene einstweilige Verfügung kann nach der rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsprozesses nicht mehr vollstreckt werden (gegen BayObLG.).

2. KGBl. **08** 30 (LG. II Berlin). Die Verpflichtung des zur Zahlung einer Geldrente an seine Ehefrau verurteilten Ehemanns fällt nicht ohne weiteres dadurch fort, daß die Ehefrau der an sie ergangenen Aufforderung, entweder die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen oder die Ehescheidungsklage zu erheben, nicht Folge geleistet hat und dadurch ihres Anspruchs auf Ehescheidung verlustig gegangen ist.

3. OLG. **16** 206 (Posen). Die einstweilige Verfügung aus § 627 ZPO. präjudiziert nicht die Klage auf Unterhalt aus § 1361 BGB.

4. Wie OLG. Dresden, JDR. **1** Ziff. 3 b, HansGZ. **08** Beibl. 153 (Hamburg).

5. OLG. Kiel, JDR. **6** Ziff. II c, jetzt auch OLG. **16** 209.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an Entscheidungen ist ebenso gering wie das Ergebnis der Literatur. Nur kleinere Abhandlungen, die sich meistens an praktische Fälle anlehnen, sind zu erwähnen. Die bekannte Streitfrage zwischen Nord und Süd über die Befugnis des gütergemeinschaftlichen Ehemanns zur Bestellung der Kaufgeldhypothek ist durch das RG. zugunsten des KG. entschieden. — Das Werk von Wieruszowski ist leider in dem Berichtsjahre nicht weiter fortgeschritten, dagegen der Kommentar von Staudinger für das Güterrecht in neuer Auflage fertig geworden.

I. Gesetzliches Güterrecht.

Literatur: Kiefe, Das Recht des Mannes an dem von der Frau in die Ehe eingebrachten Handelsgeschäfte bei gesetzlichem Güterstande, WürttRpflZ. **08** 207—230. Schefold, Erörterungen zum ehelichen Güterrechte, WürttZ. **20** 116—129, 248—259.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1367, 1405. 1. Schefold, WürttZ. **20** 248, verteidigt gegenüber der Entsch. des OLG. Dresden, OLG. **9** 148 (JDR. **3** zu §§ 1366, 1367 Ziff. 3) die Anschauung, daß die Bestandteile des Erwerbsgeschäfts nicht Vorbehaltsgut werden, sondern eingebrachtes Gut bleiben, weil diese Meinung nicht nur dem Gesetze, sondern auch in den meisten Fällen der Billigkeit entspräche.

2. *Kiefe, WürttRpflZ. **08** 207 ff. a) Das Handelsgeschäft, ein Vermögen im Sinne des BGB., unterliegt als Ganzes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes (im Gegensatze zu **RG. 59** 29 ff., Hörle 55 ff., vgl. JDR. **6**). Das BGB. betrachtet bewußtermaßen das Vermögen als Objekt der Verwaltung und Nutznießung. b) Der Mann kann zwar sonst das eingebrachte Gut nach seiner Wahl im eigenen Namen oder im Namen der Frau verwalten. Dies gilt aber nicht für das Handelsgeschäft, weil die Änderung der Firma auf seinen Namen oder die Eintragung seiner selbst als Inhaber der Firma eine dem § 1375 widersprechende Verfügung darstellen würde. Die Rechte des Mannes sind, da die Frau auch nicht durch Rechtsgeschäfte verpflichtet werden darf, so beschränkt, daß ein Fortbetrieb des Geschäfts der Frau durch den Mann ohne deren Zustimmung unmöglich erscheint und eine Generalzustimmung nach § 1375 ausgeschlossen ist. Der Mann kann auch das Geschäft nicht aufhören lassen, insbesondere nicht zu Liquidationszwecken als Ganzes veräußern. c) Neben dem Verwaltungsrechte des Mannes hat die Frau kein Verwaltungsrecht. Sie kann auch nicht verlangen, daß der Mann ihr den Eigenbetrieb gestattet. Der Mann kann das Geschäft nicht schließen, aber er kann bestimmen, ob die Frau das Geschäft betreiben darf oder nicht (§ 1354). Weigert die Frau die Folge, so hat der Mann die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens oder auf Untersagung des Betriebs. Auch die letztere ist nur eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Vollstreckung ist ausgeschlossen. Das Verfahren regelt sich nach §§ 606 ff. ZPO. Die Wirkung des Urteils äußert sich darin, daß die Zuwiderhandlung gegen das Urteil als ein Ehevergehen im Sinne des § 1568 angesehen werden kann. Trotz der Untersagung und Verurteilung bleibt die Frau Handelsfrau, der Gewerbebetrieb ein selbständiger mit der Rechtsfolge des § 1367. Die Verfügungen der Ehefrau über eingebrachtes Gut sind jedem Dritten gegenüber ungültig, doch gilt hier zum Schutze Gutgläubiger § 363 HGB. — Falls die Frau sich Dritten gegenüber eigenmächtig zu von ihr persönlich zu bewirkenden Leistungen verpflichtet, so kann der Mann nach § 1358 mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts das Rechtsverhältnis, welches die Grundlagen zu den Dienstleistungen bildet, kündigen. Das Kündigungsrecht ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Zustimmung des Mannes zu der rechtlichen Grundlage erteilt oder ersetzt war. d) Den Ehegatten bleibt daher praktisch nur die Möglichkeit der Einigung, sei es, daß der Mann oder die Frau oder beide gemeinschaftlich das Geschäft führen. Führt es der Mann unter der bisherigen Firma mit Zustimmung der Ehefrau fort, so ist es auf ihn übergegangen, § 25 HGB. findet Anwendung. e) Der einer Ehefrau aus vor der Ehe eingegangenen Geschäften während der Ehe erwachsende Gewinn wird eingebrachtes Gut, nicht Vorbehaltsgut (**RG.** JW. **08** 484, BayRpflZ. **08** 357, R. **08** 522 Ziff. 2944).

§ 1369. Bendix, SeuffBl. **73** 537, verteidigt gegen **RG. 65** 67 die Meinung, daß § 1369 sich auch auf Erwerb vor der Ehe erstreckt.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. 1. OLG. **16** 209 (Kiel). Gegenüber der Klage des Ehemanns auf Herausgabe der Hausstandsmobilien hat die Ehefrau keine Einrede aus § 1361 Abs. 1 Satz 2.

2. **RG.** JW. **07** 202 (s. JDR **6**), auch GruchotsBeitr. **52** 1077.

3. PosMSchr. **08** 133 (Posen). Der Mann hat Anspruch auf Herausgabe des Sparkassenguthabens gegen die Frau, die dasselbe abgehoben hat.

§ 1379. 1. Schefold, WürttJ. **20** 116 ff. Die Zustimmung des § 1379 ist nicht die Verschaffung einer Vertretungsmacht. Weder die freiwillige noch die ersetzte Zustimmung bewirkt, daß der Mann im Namen der Frau verfügen darf. Die Ermächtigung des § 1379 kann der Mann zu Verpflichtungsgeschäften nicht erwirken; denn um sich zu verpflichten, bedarf er ihrer nicht; die Frau persönlich verpflichten kann er ohne Vollmacht nicht. Die Ersetzung hat also nur Bedeutung für Verfügungen, die der Mann im eigenen Namen vornehmen kann.

2. **RG.** R. **08** 93 Ziff. 538. Die Zustimmung der Ehefrau kann auch stillschweigend erteilt werden.

§ 1380. **RG.** R. **08** 93 Ziff. 539. Antrag auf Zahlung des Kapitals an beide Ehegatten ist nicht notwendig.

§ 1383. **RG.** **69** 59, JW. **08** 308, R. **08** 338 Ziff. 1996. Ein Vertrag des Ehemanns als Angestellter mit dem Prinzipale, daß der Ehemann ein unpfändbares Gehalt, die Ehefrau außerdem als Entgelt für die Leistungen des Ehemanns ein jährliches Fixum erhält, ist nicht anfechtbar; auch die Gläubiger des Mannes können die der Frau zufließenden Beträge nicht pfänden, weil sie keine Früchte, sondern eingebrachtes Gut sind.

§§ 1385, 1388. 1. Schultzenstein, ABürgR. **33** 1 ff., verteidigt seine in ABürgR. **29** 168 ff. dargelegte Anschauung gegenüber v. Blume und der Anmerkung der Redaktion des Jahrbuchs (vgl. JDR. **5** und **6**), daß auch in öffentlich-rechtlicher Beziehung der Ehemann als Gesamtschuldner mit seinem Vermögen für Abgaben und Steuern der Frau hafte. Er gibt eine Entsch. des OVG. vom 3. Dezember 1908 wieder, nach der dieses Gericht seiner Anschauung prinzipiell beitritt, aber Straßenregulierungsbeiträge nicht als ordentliche, sondern außerordentliche Lasten ansieht. Diese Ausnahme erkennt Schultzenstein (vgl. aaO. 200 ff.) nicht an.

2. KGJ. **36** B 8, OLG. **17** 244 (KG.). Der Ehemann haftet persönlich für die Gerichtskosten, die durch die Eintragung eines zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehörigen Grundstücks auf deren Namen im Grundbuch entstehen.

§ 1387. 1. OLG. **16** 210, SeuffA. **63** 233 (Posen). Mit der Rechtskraft erlischt die Pflicht zur Zahlung von Kosten auf Grund dieser Bestimmung.

2. OLG. **17** 128, SeuffA. **63** 420, PosMSchr. **08** 140, R. **08** 303 Ziff. 1812 (Posen), OLG. **17** 126 (Rostock), OLG. **17** 127 (Hamburg), 128 (Breslau). Festsetzung der Vorschüsse, welche auf Grund des § 1387 gegen den Gegner erfordert sind, findet nicht statt.

3. Armenrecht. a) Oppler, JW. **08** 290, bekämpft die Entsch. des **RG.** GruchotsBeitr. **51** 385 (JDR. **5** A a, **6**). Die Ehefrau müsse das Armenrecht schon dann erhalten, wenn dem Ehemanne das Armenrecht erteilt sei; denn dann liege kein Grund vor, eine einstweilige Verfügung auf Kostenvorschuß zu geben, weil die Lage der Frau nicht gefährdet ist. **b)** HansGZ. **08** Beibl. 241 (Hamburg). Das Armenrecht, welches dem Manne erteilt ist, schließt den Anspruch auf Kostenvorschuß nicht aus; aber jedenfalls dann, wenn er frustra excussus ist. **c)** SeuffA. **63** 423, HansGZ. **08** Beibl. 241 (Dresden, München). Schon die Erteilung des Armen-

rechts an die Frau vor der Bestellung des Armenanwalts befreit den Mann von der Kostenvorschußpflicht. — Abweichend davon **OLG. 16** 210, 211 (Celle). Das Armenrecht der Ehefrau befreit den Ehemann erst dann, wenn der Ehefrau ein Armenanwalt bestellt ist. d) **RG.** R. **08** 59 Ziff. 337. Gerichtskostenvorschuß der Ehefrau kann von dem gütergemeinschaftlichen Ehemanne, dem das Armenrecht bewilligt ist, gefordert werden.

§ 1388. **RG.** LeipzZ. **08** 74. Bei der Klage gegen die Ehefrau auf Leistung und gegen den Ehemann auf Duldung der Vollstreckung sind die Eheleute unechte Streitgenossen, die Kosten sind nach Quoten zu teilen; die von der Ehefrau zu leistende Quote ist aber zugleich dem Ehemann als Gesamtschuldner aufzuerlegen.

§ 1394. OLG. **16** 207 (Stuttgart). Der Ehemann hat keinen Anspruch auf Rechenschaft über eingebrachtes Gut gegen die Ehefrau, wenn diese dasselbe zur Verwaltung Dritten überlassen hat, weil § 259 BGB. nur Rechenschaft über fremdes Vermögen kennt, und weil er die tatsächliche Ausübung des Verwaltungsrechts erzwingen könnte.

§§ 1395, 1399. 1. ElsLothJZ. **08** 535 (Colmar). Mitunterschrift des Ehemanns genügt nicht, um seine Einwilligungserklärung darzutun.

2. PosMSchr. **08** 130 (LG. Tilsit). Das Vermieterpfandrecht an einem von der Ehefrau ohne Genehmigung des Ehemanns eingebrachten Gegenstand ist dem Ehemanne gegenüber unwirksam.

§§ 1400, 1407. Fuchs, R. **08** 831. Gerichtliche Geltendmachung des zum eingebrachten Gute gehörenden Rechtes seitens der Frau gegen den Mann. Der Klagantrag muß lauten: der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin mit seiner Einwilligung zu zahlen. Dieser Klagantrag ist zulässig und notwendig: a) Die Verpflichtung des Mannes zur Zahlung besteht, weil § 1407 Ziff. 2 sonst überflüssig wäre, und weil eine Klage auf Feststellung des Rechtes allein den Interessen der Frau und ihren Rechtsansprüchen nicht genügte. b) Von der Aufnahme der Einwilligung in den Antrag kann nicht abgesehen werden, weil eine solche Abweichung dem § 1395 widerspricht. Wenn die Ehefrau dementsprechend Rückzahlung eines dem Manne gewährten Darlehens fordert, so bleiben die Zinsen als Früchte des eingetragenen Kapitals Eigentum des Mannes. Vgl. hiermit übereinstimmend R. **08** 303 Ziff. 1813 (Cassel).

§ 1400. 1. Pagenstecher, BuschsZ. **37** 229 ff. Gegen die Ansicht des **RG. 56** 73, JDR. **3** zu § 1454, das gegen die Ehefrau in dem ohne Zustimmung des Mannes geführten Prozeß ergangene Urteil habe weder Rechtskraftwirkung gegen den Mann, noch lasse es die obligierende Wirkung des Urteils dem Manne gegenüber zu, führt der Verf. aus, daß die obligierende Wirkung des rechtskräftigen Urteils sowohl Dritten wie auch dem Manne gegenüber gilt. Die vom RG. angenommene Konsequenz, das Urteil werde auf diesem Umwege gegen den Mann wirksam, sei unrichtig, weil § 1416 Abs. 2 und § 1460 Abs. 1 entgegenstehen.

2. Schefold, WürttJ. **20** 253. Die Rechtskraftwirkung aus der Zustimmung des Mannes macht die Schuld noch nicht zur Vollschuld, wegen der gegen den Mann in das eingebrachte Gut vollstreckt werden kann; dazu gehört Verurteilung aus § 739 ZPO. Bei der Erwerbsfrau ist die Vollstreckung aus § 741 stets gegen die Frau gerichtet, eine Klage auf Vollstreckungsklausel gegen den Mann gibt es in diesem Falle nicht.

3. **RG.** JW. **08** 529. Der Ehemann, in dessen Beistand die Ehefrau klagt, kann als Zeuge vernommen werden.

§§ 1401, 1450. Schefold, WürttJ. **20** 121. Die Ehefrau bedarf keiner Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, wenn sie in den Fällen der §§ 1401, 1450 an Stelle des Mannes handelt.

§ 1404. Kiese, WürttRpflZ. **08** 218. § 1404 gilt neben § 366 HGB. Dieser schützt den guten Glauben an die Veräußerungsbefugnis, soweit aber der gute Glaube sich nur auf die Unkenntnis der Ehefrauoualität stützt, bleibt § 1404 maßgebend und insoweit die Beschränkungen der §§ 1395—1403 BGB. in Kraft. Gegen Staub und Teutsch vgl. JDR. **2**.

§ 1405. Kiese aaO. 221 ff. a) Für die Frage, welche Rechtsgeschäfte der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt, sind die Bestimmungen des § 367 HGB. verwendbar (gegen Ullmann 54). b) Neben den erwähnten Rechten der Ehefrau bleiben die dem Manne gesetzlich zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsbefugnisse bestehen (gegen Hörle, JDR. **6** zu § 1367). c) Das Widerrufs- und Einspruchsrecht ist unverzichtbar, ist ausschließlich personenrechtlicher, nicht güterrechtlicher Natur (gegen Zschimmer, GoldschmidtsZ. **52** 502 ff. und Hörle, JDR. **6** Ziff. 4 k zu § 1367).

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. **RG.** R. **08** 93 Ziff. 540. Die Voraussetzungen müssen zur Zeit des ergehenden Urteils vorliegen.

2. KGBl. **08** 31 (KG.). Der Anspruch der Ehefrau setzt kein Verschulden des Ehemanns in der Erfüllung der Unterhaltspflicht voraus.

§ 1421. OLG. **16** 212 (Frankfurt). Im Konkurse des Ehemanns hat die Ehefrau gegenüber demjenigen Konkursgläubiger, der einen bestimmten Ersatzanspruch bestreitet, alle Rechtsverhältnisse zwischen Ehemann und Ehefrau aufzuklären und darzulegen, daß nach Ausgleichung aller Ansprüche dieser Ersatzanspruch besteht.

5. Gütertrennung.

§ 1426. KGBl. **08** 72 (KG.). Die Ehefrau in Gütertrennung hat keinen Anspruch auf Kostenvorschuß im Ehescheidungsprozesse.

§ 1427. **RG.** JW. **07** 481, JDR. **6**, jetzt auch **RG. 67** 481, ebenso auch **RG.** SeuffA. **63** 278, JW. **08** 110, PosMSchr. **08** 116, R. **08** 129 Ziff. 766.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. **RG.** DJZ. **08** 647. Der Ehevertrag muß die güterrechtlichen Normen für die Dauer der Ehe ordnen. Bestimmungen für spätere Rechtsverhältnisse gehören begrifflich nicht hinein. Es genügt Veränderung der spezifischen Grundsätze des gesetzlichen Güterrechts über Verwaltung und Nutznießung, um einen Ehevertrag zu schaffen.

2. **RG. 68** 322, JW. **08** 445, DJZ. **08** 77, R. **08** 399 Ziff. 2338. Ein Ehevertrag ist gültig, trotzdem im gleichen Vertrag ein nichtiges Rechtsgeschäft vereinbart wird, und die Beteiligten wissen, daß das letztere Rechtsgeschäft der Rechtswirksamkeit entbehrt. In diesem Falle ist für die Anwendung des § 139 BGB. kein Raum.

3. Anfechtung des Ehevertrags wegen Gläubigerbenachteiligung. a) OLG. **17** 213 (Breslau). Ein Ehevertrag, durch welchen der Mann auf Nutzung und Verwaltung verzichtet, ist unanfechtbar, weil das Nutzungsrecht nicht pfändbar ist. b) PosMSchr. **08** 30 (Königsberg). Anfechtung eines Ehevertrags, durch welchen die Gütergemeinschaft aufgehoben wird, ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 1468 gegeben sind.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 1437. PosMSchr. **08** 81 (KG.). Auch der elterliche Gewalthaber bedarf der Zustimmung des Beistandes zu einem Ehevertrage für die Tochter in elterlicher Gewalt.

§ 1438. 1. SeuffA. **63** 457, PosMSchr. **08** 29 (Posen). Eine Eintragung einer Zwangshypothek auf dem gütergemeinschaftlichen Grundstück in der Weise, daß

zunächst eingetragen wird, die Hypothek hafte auf den Anteil des Ehemanns, dann eingetragen wird, die Hypothek hafte auf den Anteil der Ehefrau, ist nichtig.

2. OLG. **16** 181 (Colmar). Eintragung eines Nießbrauchs für Eheleute in Gütergemeinschaft ist unzulässig.

§ 1443. 1. **RG.** **67** 266, JW. **08** 70. Die gütergemeinschaftliche Ehefrau ist im Prozesse des Ehemanns zulässige Zeugin.

2. SeuffA. **63** 382 (Posen). Die Interventionsklage im Zwangsversteigerungsverfahren gegen die für gütergemeinschaftliche Eheleute eingetragene Hypothek kann gegen beide Eheleute gerichtet werden, weil sonst das Urteil nicht gegen beide Rechtskraft schafft.

§ 1445. 1. **RG.** **69** 177 ff., SeuffBl. **08** 793, DNotV. 8 315, R. **08** 623 Ziff. 3432, ElsLothJZ. **08** 257, BayRpflZ. **08** 305, BayObLG. **9** 276. Der Ehemann ist berechtigt, für das Kaufgeld mit dem für die Gütergemeinschaft erworbenen Grundstücke Hypothek zu bestellen, ohne daß er der Zustimmung bedarf. Das BGB. fußt in seiner Begründung auf dem § 378 II. 1 ALR. und wollte deshalb die preußische Rechtsübung miteinführen. Außerdem erscheint der Erwerb des Grundstücks unter gleichzeitiger Belastung mit dem Kaufpreise nicht als Verminderung des gütergemeinschaftlichen Vermögens, muß dem Manne daher im Sinne der Regelung der Gütergemeinschaft gestattet sein. — Damit ist die Streitfrage im Sinne der herrschenden Meinung endgültig entschieden. Vgl. noch dazu Kerkhoff, DNotV. **08** 77, und abw. von **RG.** BayObLG., R. **08** 426 Ziff. 2474, BayObLG. **9** 270, 336 und Seuffert, SeuffBl. **08** 789.

2. ZBlFG. **9** 42, R. **08** 372 Ziff. 2189 (Hamburg). Die Zustimmung des Grundeigentümers zur Löschung ist als Verfügung im Sinne des § 1445 nicht anzusehen, auch wenn er dadurch die Hypothek erwirbt.

3. **RG.** ZBlFG. 8 633, R. **08** 60 Ziff. 340. Auf die Unwirksamkeit einer Verfügung über ein Grundstück kann sich der verfügende Ehegatte selbst berufen.

§ 1446. 1. SeuffBl. **08** 148 (BayObLG.). Zur Verpfändung der Gesamtgutshypothek ist eine Zustimmung der Ehefrau oder der Abkömmlinge nicht notwendig, wenn nur nachgewiesen wird, daß die Verpfändung keine Schenkung enthielt.

2. Eckert, Schenkung aus der Gütergemeinschaft, BayRpflZ. **08** 281, polemisiert gegen die Entscheidung zu 1, weil dann die Rechte der Ehefrau nicht genügend geschützt werden: die Verpfändung könne zwei Arten in sich schließen, eine entgeltliche, dem Pfandnehmer gegenüber, eine unentgeltliche, gegenüber dem Dritten, zu dessen Gunsten sie vorgenommen werde. In allen Fällen, in denen die Verpfändung auch dem Dritten gegenüber unentgeltlich sei, muß die Zustimmung der Ehefrau verlangt werden.

3. ZBlFG. **9** 335 (Colmar), SeuffBl. **08** 550, KGJ. **35** A 209 (KG.). Der Grundbuchrichter kann darüber Aufklärung verlangen, ob eine Schenkung vorliegt. Der Nachweis ist nicht an die Form des § 29 GBO. gebunden.

§ 1447. R. **08** 540 Ziff. 3036 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung auch im voraus zu einem festbestimmten Rechtsgeschäft ersetzen.

§ 1476. R. **08** 593 Ziff. 3276 (Hamburg). Der Ehegatte, der bestimmte Sachen oder Summen verlangt, muß nachweisen, daß bei der Auseinandersetzung diese Sachen und Summen auf ihn fallen müssen.

§ 1480. Wendt, LeipzZ. **08** 928 ff. Verbindlichkeiten im Sinne des § 1480 sind auch bedingte und betagte. Sie müssen nur zur Zeit der Teilung des Gesamtguts existent geworden sein. Unter dieser Voraussetzung ist die Bestimmung anzuwenden auf den Anspruch der eingetragenen Genossenschaft wegen der Nachschüsse, zu denen der Ehemann als Genosse nach seinem Ausscheiden verpflichtet ist, und für den Gläubigeranspruch aus § 29 GenG. nach abgeschlossenem Konkursverfahren.

§§ 1487, 1449. 1. SeuffA. **63** 213 (München). a) Klagt der Ehemann des Abkömmlings in fortgesetzter Gütergemeinschaft gegen einen Dritten auf Rückleistung eines Geschenkes, so ist die Ehefrau unmittelbar interessiert, weil der zurückzugewährende Gegenstand ohne weiteres Gesamtgut wird. b) Der einzelne Abkömmling in fortgesetzter Gütergemeinschaft kann nach Beendigung derselben bis zur Auseinandersetzung die Ungültigkeit der Verfügung des überlebenden Ehegatten gegen den Dritten nicht geltend machen, weil die Verwaltung inzwischen sich nach § 1472 regelt. Das Recht aus § 1449 ist mit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erloschen.

2. ElsLothNotZ. **08** 116 (Colmar). Die Veräußerung des Anteils an der fortgesetzten Gütergemeinschaft selbst nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat keine dingliche Wirkung bezüglich der zur Masse gehörigen Grundstücke; Auflassung ist notwendig.

§ 1491. Ziff. 4. HansGZ. **08** Beibl. 244 (Hamburg). Verzicht auf die Quote bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

§ 1502. Schefold, WürttJ. **20** 123. Eine Auflassung ist im Falle des § 1502 Abs. 1 nicht nötig. Die Erklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, welche den Übergang des Eigentums im Wege der Akkreszenz schafft. Einer Annahme bedarf es nicht.

§ 1507. SchlHolstAnz. **08** 259 (KG.). Die Voraussetzungen des Zeugnisses auch für das alte Recht gehen dahin, daß die Existenz der Abkömmlinge, das Nichtvorhandensein eines Ehevertrags bei altrechtlicher Gütergemeinschaft ebenfalls eidesstattlich versichert werden muß.

§§ 1512, 1518. Wäntig, DNotV. **09** 59 ff. Um zu erreichen, daß der überlebende Ehegatte durch Übertragsvertrag oder letztwillige Verfügung das gemeinschaftliche Vermögen auf ein bestimmtes Kind überweist, dem die Abfindung der anderen Kinder auferlegt wird, gibt es folgenden Weg: Beide Eheleute bestimmen durch gemeinschaftliches Testament, daß derjenige Abkömmling, der sich weigert, die für einen solchen Vertrag oder letztwillige Verfügung erforderliche Erklärung zu geben, seinen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei deren Beendigung zur Hälfte verliert und aus dem Nachlasse des überlebenden Ehegatten nur den Pflichtteil erhält. Es muß der Abkömmling und die Abfindung aber genau präzisiert sein, weil sonst die Bestimmungen dem § 2064 BGB. widersprechen (vgl. JDR. **2, 3, 4**).

§ 1518. Bornschein, BadRpr. **08** 21. Vollmachtserteilung an den überlebenden Ehegatten zur Veräußerung des Grundstücks ist unzulässig (vgl. auch **RG.** BayRpflZ. **08** 424).

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. OLG. **16** 154, R. **08** 257 Ziff. 1574 (Colmar). Die Eigentumsübertragung eines für die Gütergemeinschaft erworbenen Grundstücks muß für denjenigen Ehegatten geschehen, der sie beantragt.

4. Fahrnißgemeinschaft.

§ 1557. Staudinger tritt jetzt ebenfalls der herrschenden Ansicht, daß auch die vereinbarte fortgesetzte Gütergemeinschaft abgelehnt werden könne, bei.

III. Güterrechtsregister.

§§ 1560, 1561. 1. ElsLothJZ. **08** 263, ZBlFG. **8** 794 (Colmar). Der Eintragungsantrag muß im Ehevertrage gestellt sein, wenn der Notar die Befugnis zur Stellung des Antrags ohne Vollmacht haben soll.

2. ElsLothJZ. **08** 537 (Colmar). Der Nachweis des Güterstandes kann auch durch die Vorlegung des Ehevertrags, sowie die Beurkundung des Notars im Kaufvertrage, daß er den Ehevertrag eingesehen habe, geführt werden.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel liegt ein etwas größerer Selbstbericht Schmidts über sein Familienrecht vor, den die Redaktion glaubte, in vollem Umfange aufnehmen zu sollen, weil er an der Hand der einzelnen Paragraphen gerade für die Praxis bedeutsame Fragen klar und kurz zur Darstellung bringt. Von den Entscheidungen des RG. sei hier auf die **68** 124 veröffentlichte hingewiesen (vgl. unten Ziff. II 1 zu § 1568). Zweifellos entspricht das Urteil dem Gesetz, aber man wird zugeben müssen, daß die Verwirkung des Scheidungsrechts durch Fristablauf in Fällen, in denen sich der Tatbestand ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens erst allmählich verwirklicht und der andere Teil aus zu billigenden Beweggründen mit der Erhebung der Scheidungsklage zögert, den unschuldigen Ehegatten unter Umständen schwer treffen kann. Mit der Anwendung des § 1568 bei beiderseitigem Verschulden befaßt sich die Ziff. II 2 zu § 1568 wiedergegebene reichsgerichtliche Entscheidung

Literatur: Schmidt, Familienrecht, München 1907.

§§ 1564 ff. 1. *Schmidt, Vorbem. zu §§ 1564 ff., nimmt gegen Stölzel, DJZ. **02** 84, Wilke, DJZ. **02** 121, v. Schulte, DJZ. **02** 290 ff., an, daß eine Ausnahme von § 1564 Satz 2 nach Landesrecht nur in Ansehung des Landesherrn und der Mitglieder der landesherrlichen bzw. der ihnen gleichgestellten Familien zulässig sei (Art. 57 EGBGB.).

2. *Schmidt, Vorbem. zu §§ 1564 ff., nimmt gegen Gaupp-Stein, Anm. II. zu § 615 ZPO., an, daß bei Anhängigkeit einer Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft der später erhobenen Klage auf Scheidung die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden könne.

3. R. **08** 304 (Frankfurt a. M.). Die Frage, wie es mit den Kosten eines schwebenden Ehescheidungsprozesses gehalten werden soll, kann durch Abmachungen der Streitteile geregelt werden.

§ 1565. 1. Zustimmung zum Ehebruche (s. JDR. **5**, **6**). **a)** *Schmidt Anm. 3 a γ zu § 1565. Zur Annahme der Zustimmung zum Ehebruche genügt es, wenn der andere Ehegatte sein Einverständnis in irgendeiner Weise tatsächlich zu erkennen gibt, z. B. durch ausdrückliche Erklärung, durch Äußerung seiner Mitfreude, durch Verschaffen von Gelegenheit (nicht notwendig braucht der Tatbestand der Kuppelei gegeben zu sein, **RG.** JW. **03** Beil. 12); die bloße Kenntnis des strafbaren Tuns genügt nicht (**RG.** JW. **03** Beil. 12). Wird die Zustimmung in einem einzelnen Falle erteilt, so ist daraus noch nicht eine generelle Zustimmung herzuleiten. **b)** **RG.** JW. **08** 336, R. **08** 568. Ein Ehegatte, der eine für die Zukunft berechnete Zustimmung zu Ehebrüchen des anderen Ehegatten erklärt hat, ist jederzeit zum Widerrufe berechtigt; ein in unzweideutiger Weise dem anderen Ehegatten kundgegebener Widerruf wird für die Folgezeit ohne weiteres wirksam. In der Erhebung der Klage wegen Ehebruchs liegt der Widerruf der zuvor erklärten Zustimmung zu Ehebrüchen des anderen Teiles (vgl. **RG.** JW. **01** 868, JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2 Abs. 2, **3** Ziff. 2 a).

2. **RG.** R. **08** 540. Ist Ehescheidung wegen Ehebruchs des anderen Teiles begehrt, so kann bei nicht erwiesenem Ehebruche die Scheidung nicht aus § 1568 ausgesprochen werden, wenn der klagende Teil nicht das Scheidungsbegehren auch mit der Behauptung begründet hat, daß der behauptete anstößige Verkehr des anderen Teiles als eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten jedenfalls unter § 1568 falle.

§ 1566. *Schmidt Anm. 2 zu § 1566. „Nach dem Leben trachten" ist jede vorsätzliche Handlung, die die Tötung des anderen Ehegatten bezweckt. Ob eine dahingehende ernstliche Absicht vorliegt, entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Nicht notwendig gefordert werden die Begriffsmerkmale des strafrechtlichen Versuchs. Es genügen vielmehr auch bloße Vorbereitungshandlungen, die die bestimmte (ernstliche) Absicht der Tötung erkennen lassen, z. B. das Beschaffen der zur Ausführung des Delikts bestimmten Mittel (vgl. Leske 798 Anm. 7, Dernburg IV § 26 Anm. 1), genügend ist auch ein Versuch mit untauglichen Mitteln (Davidsohn 29, Erler 99; vgl. JDR. **1**). Mündliche Äußerung der Tötungsabsicht oder bloße mündliche Bedrohungen genügen nicht (aM. Dernburg, BGB. IV § 26 Anm. 1).

§ 1567. I. 1. *Schmidt Anm. 2 c α. Die böse Absicht wird durch den guten Glauben des Beklagten an das Vorhandensein eines seine Weigerung rechtfertigenden Grundes ausgeschlossen. Die einjährige Frist muß am Schlusse der dem Ehescheidungsurteile vorausgehenden mündlichen Verhandlung abgelaufen sein. Gegen **RG. 60** 194, Dernburg IV § 26 Anm. 22, Opet Anm. 3 b, Leske 799 Anm. 9, Eichhorn, R. **03** 564 (vgl. JDR. **2** Ziff. 2 c).

2. *Schmidt Anm. 2 c α εε zu § 1567. Zur Begründung seiner Scheidungsklage braucht der Kläger nur die Verurteilung des Beklagten zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und die Nichtbefolgung während der Dauer eines Jahres zu beweisen.

3. *Schmidt Anm. 2 c α zu § 1567. Kehrt der zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft Verurteilte wohl zurück, geschieht dies aber in schikanöser Weise lediglich auf kurze Zeit nur, um dadurch der Scheidungsklage zu entgehen, so kann dies als eine ernsthaft gemeinte Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und damit als Folgeleisten gegen das auf Herstellung lautende Urteil nicht betrachtet werden.

4. *Schmidt Anm. 3 a zu § 1567. Die Vorschrift des § 1567 Abs. 3 gilt auch für die Revisionsinstanz, da die Prüfung der Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung dem Gerichte von Amts wegen obliegt. Gegen Staudinger Anm. 3 d, Davidsohn 33, Erler 111 Anm. 4 (vgl. JDR. **1** Ziff. 6).

II. Aus der Praxis. 1. Bösliche Absicht. a) R. **08** 469, HansGZ. **09** Beibl. 47 (Hamburg). Hält ein Ehegatte aus Furcht vor Strafe sich verborgen und von seiner Frau getrennt, so fehlt in der Regel das Tatbestandsmerkmal der Böslichkeit. Läßt sich jedoch aus den Umständen des Falles feststellen, daß nicht bloß die Furcht vor Bestrafung, sondern auch die Absicht, sich in Widerspruch mit den durch die Ehe begründeten Pflichten von der Klägerin zu trennen, bestimmend für den Beklagten gewesen ist, so liegt eine bösliche Verlassung vor. b) BraunschwZ. **08** 165 (Braunschweig). Die bösliche Absicht setzt das Bewußtsein der Verletzung der aus der Ehe fließenden Verbindlichkeit zur häuslichen Gemeinschaft voraus. Dieses Bewußtsein kann bei demjenigen, der sich aus der häuslichen Gemeinschaft entfernt hat, nicht entstehen, wenn der andere Teil durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er die eheliche Gemeinschaft gar nicht hergestellt haben will.

2. **RG.** 16. 3. 08, R. **08** 269. Die einjährige Frist muß zur Zeit der Klagerhebung abgelaufen sein, da mit der Erhebung der Scheidungsklage der andere Ehegatte den Willen kundgibt, die eheliche und häusliche Gemeinschaft für immer aufzuheben und da deshalb von der Klagerhebung an ein Fernbleiben gegen den Willen des klagenden Gatten nicht mehr vorliegt (vgl. **RG. 60** 194). Ebenso OLG. **16** 218 (Stuttgart).

3. ThürBl. **55** 108 (Jena) über Unterbrechung der einjährigen Frist durch Briefe an den Folgepflichtigen, in denen Kränkungen ausgesprochen und unberechtigte Bedingungen für die Rückkehr gesetzt werden (im wesentlichen wie **RG. 60** 194, JDR. **4** Ziff. II 2 c).

4. **RG.** 17. 10. 07, JDR. **6** Ziff. 2, jetzt auch SeuffA. **63** 234.

§ 1568. I. 1. Verweigerung der kirchlichen Trauung (s. IDR. **1** Ziff. 4, **4** Ziff. I 3). *Schmidt Anm. 5 b ε zu § 1568 nimmt an, daß die Weigerung der Einholung der kirchlichen Trauung oder einer bestimmten kirchlichen Trauung, sei es, daß dieselbe vor der staatlichen Eheschließung ausdrücklich versprochen worden sei, sei es, daß dieselbe als selbstverständlich habe angenommen werden können und angenommen worden sei, zu denjenigen Tatbeständen gehöre, deren Beurteilung nach § 1568 den Richter zur Scheidung der Ehe führen könne und müsse. In Übereinstimmung mit Sartorius (PStG. 460, vgl. IDR. **1** Ziff. 4) wird man den Nachdruck nicht auf die Verletzung der kirchlichen Rechtspflicht, sondern (unabhängig hiervon) auf die Umstände des Falles, die ein ehrloses oder unsittliches Verhalten in sich schließen (somit auf den subjektiven Tatbestand), zu legen haben. Der Scheidungsgrund fällt weg, wenn die Weigerung auf einen rechtfertigenden Grund gestützt wird (z. B. Forderung des Geistlichen im Hinblick auf die religiöse Erziehung der Kinder bei gemischter Ehe).

2. *Schmidt Anm. 5 b ζ zu § 1568. Ein Bekenntniswechsel enthält kein Verschulden des konvertierenden Ehegatten, bietet deshalb (auch wenn er den Ehefrieden untergräbt) keinen Scheidungsgrund im Sinne des § 1568. Eine Ausnahme wäre nur dann gegeben, wenn der Bekenntniswechsel aus ehrenrührigen Motiven (z. B. um pekuniärer Vorteile willen) erfolgt.

3. *Schmidt Anm. 4 c α zu § 1568. Als fortdauernde unbegründete Verweigerung der ehelichen Pflicht ist nicht die Weigerung anzusehen, sich einer Operation, die ein der Beiwohnung entgegenstehendes Hindernis beseitigen soll, zu unterziehen (aM. Davidsohn 63).

4. *Schmidt Anm. 5 a zu § 1568. Ein Verstoß gegen die „Standesehre" kann nicht als „unsittlich" oder „ehrlos" im Sinne des § 1568 gelten (übereinstimmend Davidsohn 70, Staudinger Anm. 3 zu § 1568).

II. Aus der Praxis.

1. a) **RG.** 9. 12. 07, IW. **08** 42 f. Als maßgebender Zeitpunkt dafür, ob sämtliche Erfordernisse des § 1568 gegeben sind, kommt lediglich die letzte mündliche Verhandlung vor Erlaß des Urteils in Betracht. **b) RG.** R. **08** 94. Das Erfordernis der Ehezerrüttung ist nicht nur subjektiv nach dem Empfinden des verletzten Ehegatten, sondern auch objektiv von dem Standpunkt eines Ehegatten zu würdigen, der sich seiner durch die sittliche Lebensordnung der Ehe begründeten Pflichten in vollem Maße bewußt ist. **c)** MecklZ. **27** 122 ff. (Rostock) hat eine wegen Trunksucht auf § 1568 gestützte Klage abgewiesen, weil Beklagter erwiesenermaßen geistig minderwertig war und folglich die tiefe Zerrüttung der Ehe, wie sie tatsächlich durch seine Trunksucht herbeigeführt ist, wegen seiner geistigen Minderwertigkeit nicht voll verschuldet hat.

2 Beiderseitiges Verschulden (s. IDR. **1** Ziff. 7 a, **3** u. **5** Ziff. 2 b, **6** Ziff. II 2). **RG.** 23. 12. 07, R. **08** 94, BadRpr. **08** 126. Zur Scheidung der Ehe genügt es, wenn die bereits bestehende Zerrüttung durch Verschulden des anderen Teiles verstärkt oder vertieft wird; es genügt sogar die bloße Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes der Zerrüttung. Wird Klage und Widerklage auf Scheidung erhoben, so ist, abgesehen von dem Zusammenhang, in dem die auf beiden Seiten begangenen Verfehlungen zueinander stehen, für jede Klage besonders zu prüfen, ob die dem anderen Teile zur Last fallende schwere Pflichtverletzung für sich genügen würde, die eingetretene Zerrüttung herbeizuführen, wobei es stets erforderlich ist, daß auf beiden Seiten ein Verschulden von gleicher Schwere vorliegt.

3. **RG.** R. **08** 336. Daß Verfehlungen des einen Ehegatten dem anderen die Fortsetzung der Ehe nicht unerträglich gemacht hätten, kann nicht lediglich daraus gefolgert werden, daß es bald nach jenen Verfehlungen zu einer Versöhnung zwischen

den Parteien gekommen war und daß der beleidigte Teil während des Eheprozesses vorübergehend den Antrag auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft gestellt hat.

4. Beleidigende Prozeßbehauptungen (s. JDR. **2** Ziff. 3 b, **4** Ziff. II 2 a, **6** Ziff. II 4). **a)** **RG.** 12. 12. 07, JW. **08** 43. Für schriftliche und mündliche Auslassungen eines Prozeßbevollmächtigten kann die Partei dann nicht verantwortlich gemacht werden, wenn diesem bei der Erteilung der Information eine derartige Verwendung der ihm gemachten Mitteilungen untersagt war. Die bloße Vermutung, daß der Beklagte den jene Auslassungen enthaltenden Schriftsatz selbst „korrigiert" oder „konzipiert" habe, ändert hieran nichts. Jedenfalls würde auch im Falle einer nachträglichen Billigung dieses Vorbringens, weit mehr aber noch insoweit, als es sich um die vertraute Erörterung der Vorgänge zwischen dem Beklagten und seinem Sachwalter handelte, dem Beklagten rechtlich als entlastend anzurechnen sein, daß er sachlich erhebliche und zu einer prozessualisch wirksamen Verteidigung dienliche Behauptungen vorbrachte, von denen einstweilen noch nicht feststeht, daß sie tatsächlich unrichtig sind. **b)** **RG.** R. **08** 167. Ein im Laufe eines Scheidungsprozesses erhobener, unbegründeter ehrenrühriger Vorwurf (des Ehebruchs) kann nur dann einen Scheidungsgrund aus § 1568 darstellen, wenn besondere, aus der Form oder aus den Umständen sich ergebende Momente hinzukommen. Eine bloße Unvorsichtigkeit bei der Aufstellung der Behauptung reicht nicht aus. **c)** **RG.** 16. 1. 08, R. **08** 166. Auch in einer in dem schwebenden Ehescheidungsprozesse zu Verteidigungszwecken erhobenen, unwahren und wider besseres Wissen aufgestellten Beschuldigung kann eine Eheverfehlung im Sinne des § 1568 liegen.

5. Grobe Mißhandlungen (s. JDR. **3** Ziff. 2 c, **6** Ziff. II 1). **a)** **RG.** JW. **08** 276. Jeder Schlag mit der Hand in das Gesicht stellt meist schon deshalb eine grobe Mißhandlung dar, weil edle Teile hätten getroffen werden können. Allerdings kann eine hinsichtlich der objektiven Folgen nicht erhebliche Mißhandlung sich deshalb als grobe kennzeichnen, weil sie unter Umständen begangen wurde, die eine erniedrigende Herabwürdigung des mißhandelten Ehegatten vor den Augen von Untergebenen darstellen. In solchem Falle kommt es aber wesentlich auf die Gestaltung des Einzelfalls an. **b)** R. **08** 60 (Stuttgart). Als grobe Mißhandlung und als ein auch vom subjektiven Standpunkte der Ehefrau genügender Ehescheidungsgrund im Sinne des § 1568 ist es anzusehen, wenn der Ehemann nach der nicht ohne sein Verschulden eingetretenen tatsächlichen Trennung die Frau öffentlich auf der Straße schlägt. **c)** **RG.** 9. 12. 07, JW. **08** 42, R. **08** 335. Da der Schlußsatz des § 1568 grobe Mißhandlung immer als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten „gelten" läßt, ist für Berücksichtigung subjektiver Momente, wenn überhaupt, nur ein äußerst geringer Spielraum gelassen. Keinesfalls kann dem schuldigen Teile seine zu Mißhandlungen neigende Charakteranlage, Leidenschaftlichkeit, Heftigkeit und leichte Erregbarkeit auch nur mildernd zugute gerechnet werden. Ebensowenig wird die Mißhandlung ihres Charakters als schwerer Pflichtverletzung dadurch entkleidet, daß der Mißhandelte darauf seinerseits mit Tätlichkeiten erwidert hat, zumal wenn sie nur sehr leichter Natur gewesen sind. Auch kann nicht davon die Rede sein, daß Mutterliebe oder Sorge für die Gesundheit des Kindes auch nur einigermaßen entschuldigen könnten, daß eine Mutter den in der Ausübung des Züchtigungsrechts begriffenen Vater eben deshalb vor den Augen des Sohnes ohrfeigt.

6. Eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten wurde in folgenden einzelnen Fällen angenommen.

a) **RG.** JW. **08** 484. Ob die Verheimlichung einer Frühgeburt von seiten einer Ehefrau als schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten aufzufassen

ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Die Annahme einer schweren Eheverfehlung ist daher insolange zu beanstanden, als nicht die Umstände dargelegt sind, unter denen die Verheimlichung stattgefunden hat. **b)** **RG.** R. **08** 496. Die Geltendmachung einer Straftat als Scheidungsgrund enthält eine schwere Ehepflichtverletzung, wenn der klagende Ehegatte die Straftat selbst veranlaßt hatte. **c)** **RG.** R. **08** 336. Geht eine Ehefrau während schwebenden Scheidungsprozesses darauf aus, ihren Ehemann an seinem Wohnort in Mißachtung zu bringen und ihn in seiner Stellung unmöglich zu machen, so ist darin eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten zu erblicken. Daß sie sich der ehezerrüttenden Wirkung ihrer Verfehlungen bewußt gewesen, ist nicht notwendig. **d)** **RG.** R. **08** 336. Eine schwere Verletzung des einen Ehegatten gegen den anderen kann auch darin gefunden werden, daß er die Eltern des anderen beleidigt. **e)** **RG.** R. **08** 702. Lieblose Behandlung und übermäßige Züchtigung eines gemeinschaftlichen Kindes enthält einen Scheidungsgrund nur dann, wenn darin auch grobe Verfehlungen gegen den anderen Ehegatten zu erblicken sind.

7. **a)** **RG.** R. **08** 469. Ein ehewidriges Verhalten eines Eheteils, welches unter normalen Verhältnissen geeignet erscheinen könnte, eine Ehescheidung zu begründen, verliert diese Bedeutung, wenn besondere Umstände vorliegen, welche dieses Verhalten nicht als eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten erscheinen lassen. **b)** **RG.** R. **08** 702. Ehrenkränkende Briefe und Postkarten der Beklagten sind dann keine schweren Eheverfehlungen, wenn bei ihr ein in kritikloser Selbstüberhebung mit Anklängen von Wahnvorstellungen sich äußernder geistiger Schwächezustand vorliegt, der ihre Zurechnungsfähigkeit nicht aufgehoben, sondern nur gemindert hat. **c)** **RG.** R. **08** 469. Hysterie der Ehefrau kann das Scheidungsrecht ausschließen, auch wenn die Willensfreiheit fortbesteht.

§ 1569. Geistige Gemeinschaft (s. JDR. **1** u. **2** Ziff. 1, 5). *Schmidt Anm. 5 a α ββ zu § 1569. Die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten umfaßt die Anteilnahme nicht nur an dem Geschick und Wohle des anderen Ehegatten, sondern auch an der körperlichen, geistigen und sittlichen Entwickelung der gemeinschaftlichen Kinder (ebenso Opet Anm. 2 c α, Staudinger Anm. 2 c). Aufhebung der geistigen Gemeinschaft liegt nur vor, wenn auf seiten des geisteskranken Ehegatten die volle Unfähigkeit des Verständnisses und der Empfindung für diese höhere Gemeinschaft und für die aus ihr entspringenden sittlichen Pflichten vorhanden ist. Ein Scheidungsgrund ist deshalb nicht gegeben, solange nur eine Minderung oder Zurückdrängung des eben charakterisierten Verständnisses und Empfindens, oder nur eine partielle, die geistige Gemeinschaft nicht ergreifende Geistesstörung vorliegt, während auf der anderen Seite eine verständnislose dunkle Erinnerung an das bisherige Eheband die Scheidung nicht hindert.

§ 1570. I. Begriff der Verzeihung (s. JDR. **1** und **2** Ziff. 1, Bruck, JDR. **3** Ziff. 2, **4** u. **6** Ziff. 1). 1. Während z. B. Staudinger-Engelmann, Fischer-Henle und Davidsohn 86 die Verzeihung für einen tatsächlichen Vorgang erklären, hält *Schmidt, Anm. 3 zu § 1570, diese mit Planck [3] (im Gegensatze zur 1. u. 2. Aufl.), Endemann, Opet, Neumann, Dernburg für eine Rechtshandlung. Ausschlaggebend erscheint vor allem, daß das Recht mit der Verzeihung bestimmte Rechtsfolgen verbindet. Demgemäß sind auch die Vorschriften des Buch **1** Abschn. 3 Tit 1 u. 2 BGB. auf die Verzeihung entsprechend anzuwenden.

2. **a)** **RG.** R. **08** 60. Eine Verzeihung liegt vor, wenn der Ehegatte deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er das ihm widerfahrene Unrecht dem anderen Ehegatten nicht mehr nachtragen wolle. Dies kann auch in dem Tone liegen, in dem Briefe abgefaßt sind. **b)** **RG.** 10. 2. 08, R. **08** 203, SchlHolstAnz. **08** 132 f., Bay. RpflZ. **08** 245. In dem Gebrauche des Wortes „Verzeihen" oder „Vergeben" liegt

nicht unter allen Umständen eine Verzeihung im Sinne des § 1570. Eine sog. moralische Verzeihung, die auf Gefühle des Hasses und der Rache Verzicht leistet, ist durchaus denkbar, sie erfüllt aber nicht den Tatbestand des § 1570, weil ihr die auf ferneres eheliches Zusammenleben gerichtete Gesinnung fehlt. c) **RG.** R. **08** 60. Die Verzeihung kann sich unter Umständen auch auf Eheverfehlungen des anderen Teiles erstrecken, bezüglich deren der verzeihende Ehegatte lediglich einen Verdacht hegt. d) **RG.** R. **08** 269. Die Wirksamkeit der Verzeihung kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der verzeihende Ehegatte im Widerspruche mit seinem die Verzeihung zum Ausdrucke bringenden Verhalten Äußerungen macht, inhalts deren er sich gegen ihm ungünstige Schlußfolgerungen verwahrt (vgl. auch JDR. **4** Ziff. 2 b).

II. 1. Beischlafsvollziehung als Verzeihung (s. JDR. **1** Ziff. 1 g, **2** Ziff. 5, **5** Ziff. 1, **6** Ziff. 2). HansGZ. **08** Beibl. 196 (Hamburg). Ein Verzicht auf die im fortgesetzten ehelichen Verkehre liegende Verzeihung ist ohne rechtliche Bedeutung; auch dann, wenn der zur Klage berechtigte Teil erklärt hat, er wolle trotz des Geschlechtsverkehrs nicht verzeihen, ist in dem erfolgten Geschlechtsverkehr eine Verzeihung zu erblicken, wenn tatsächlich eine versöhnliche Stimmung Platz gegriffen hat.

2. **RG.** 28. 9. 08, R. **08** 593. Eine Teilung der Beweislast, daß der die Verzeihung Behauptende nur den äußeren Vorgang der Verzeihung nachzuweisen hat, und demgegenüber der Beweis, daß der äußere Vorgang eine Verzeihung nicht bedeutet, dem Gegner zufällt, ist unzulässig. Dem Gegner ist nur freigestellt, die Darlegung, die zur Annahme einer Verzeihung führt, durch Nachweisung eines gegenteiligen Sachverhalts zu widerlegen; die eigentliche Beweislast trifft ihn nicht.

§ 1571. I. 1. *Schmidt Anm. 3 a zu § 1571. Derjenige Zeitraum, während dessen die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, soll in die sechsmonatige bzw. zehnjährige Frist nicht eingerechnet werden (übereinstimmend Neumann, Planck, Staudinger, Opet), aber auch der vor Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft bereits abgelaufene Teil dieser Frist soll ausgeschieden werden (s. auch Davidsohn 94, Erler 128; vgl. JDR. **1** Ziff. 1 b). Als Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Sinne des § 1571 Abs. 2 sind diejenigen Fälle nicht zu betrachten, in denen die Trennung sich nach den bestehenden Lebensverhältnissen des Ehegatten als eine natürliche, aus dem regelmäßigen Laufe der Dinge hervorgehende darstellt (z. B. Badereise, Geschäftsreise).

2. *Zitelmann, Recht der Eheanfechtung 167 ff. Wird die Scheidungsklage zurückgenommen oder ohne Sachentscheid abgewiesen, so kann sie nur dann aufs neue angestellt werden, wenn die Frist bei der Wiedererhebung noch nicht abgelaufen ist.

3. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 795. Die Prozeßvollmacht zur Führung eines Rechtsstreits über Unterhaltsgewährung ermächtigt nicht zur Abgabe oder Entgegennahme der Aufforderung, die eheliche Gemeinschaft herzustellen oder die Scheidungsklage zu erheben.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 5. 3. 08, **68** 124, JW. **08** 276. Es ist nicht angängig, die Ausschlußfrist des Abs. 1 in dem Falle, daß der schuldige (trunksüchtige) Ehegatte nach Begehung der Eheverfehlung in Geisteskrankheit verfallen ist, erst von dann an laufen lassen zu wollen, wenn der unschuldige Teil von dem inneren Momente, das die Trunksucht ihrer Eigenschaft als Scheidungsgrund entkleidet, Kenntnis erhält (aM. OLG. Dresden, JDR. **6** Ziff. 1). Auch wo sich der Tatbestand schwerer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens, erst allmählich verwirklicht, ist das Scheidungsrecht durch Fristablauf verwirkt, wenn der unschuldige Ehegatte, sei es in der Hoffnung auf Besserung, sei es aus anderen löblichen Beweggründen, die Erhebung der Scheidungsklage innerhalb der Frist des § 1571 unterläßt.

2. a) **RG.** 7. 5. 08, JW. **08** 433, R. **08** 522, BayRpflZ. **08** 400. Die Erhebung einer Scheidungsklage, mit der nur eventuell die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verbunden ist, genügt den gesetzlichen Anforderungen des § 1571 Abs. 2 Satz 2 nicht. Der klagende Ehegatte gibt dem anderen dadurch nicht zu erkennen, daß er ihn vor die Wahl stelle, zurückzukehren oder seinerseits rechtzeitig auf Scheidung zu klagen. **b)** R. **08** 496, WürttRpflZ. **1** 347 (Stuttgart). Lediglich durch die Erhebung der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft wird die Präklusivfrist nicht gewahrt; es ist auch noch die Aufforderung „oder die Scheidungsklage zu erheben" erforderlich. Ebenso HansGZ. Beibl. 51 **09** (Hamburg). AM. Haidlen, JDR. **6** Ziff. 3 a.

3. **RG.** 19. 12. 07, R. **08** 94, BayRpflZ. **08** 182. Die Scheidung kann auf Trunksucht nicht gegründet werden, wenn der Ehegatte in den letzten 6 Monaten für sein übermäßiges Trinken (wegen krankhaften Dranges nach alkoholischen Getränken) nicht mehr sittlich verantwortlich gemacht werden kann.

§ 1573. **RG.** JW. **08** 42, R. **08** 337. Bei Anwendung des § 1573 darf nicht gefordert werden, daß die ehezerrüttende Wirkung sowohl von den früheren wie von den späteren Verfehlungen ausgeht. Es genügt vielmehr, daß auch nur eine der Tatsachen diese Wirkung hervorgerufen hat, während die übrigen Tatsachen nur für die Beurteilung des Schuldmaßes in Betracht kommen (vgl. JDR. **5** Ziff. b). Namentlich kann auch die wiederauflebende Erinnerung an eine erlittene, wenngleich seiner Zeit verziehene Schmach allein schon eine ehezerrüttende Folge haben. Das Vorhandensein der Zerrüttung wie des ursächlichen Zusammenhanges darf auch nicht deshalb verneint werden, weil beides erst im Verlaufe des Eheprozesses hervorgetreten ist. Es wird im Gegenteil regelmäßig einer besonderen Begründung bedürfen, wenn angenommen werden soll, daß eine in der Tat vorhandene eheliche Zerrüttung nicht auf die geltend gemachten, an und für sich triftigen Scheidungsgründe zurückzuführen sei, daß sich die Klagepartei vielmehr in Wahrheit hiergegen gleichgültig verhalte oder sie lediglich als Vorwand zu einer aus anderen Gründen erstrebten Ehescheidung benutzen wolle. Es ist nicht erforderlich, daß die älteren verziehenen Tatsachen doch noch eine Mißstimmung bei dem verzeihenden Ehegatten zurückgelassen haben. Eine gewisse Gleichartigkeit zwischen den früheren — verziehenen — und den späteren Verfehlungen wird nicht vorausgesetzt.

§ 1575. 1. *Schmidt Anm. 2 a zu § 1575. Die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist bei allen Scheidungsgründen zulässig, auch bei Geisteskrankheit des anderen Ehegatten (§ 1569) (gegen Davidsohn 109 und Achilles, Handausgabe d. BGB. [4] Anm. 1 zu § 157; vgl. JDR. **1** Ziff. 3).

2. *Schmidt Anm. 4 c zu § 1575. Bei Geschäftsunfähigkeit des beklagten Ehegatten bedarf der von dem gesetzlichen Vertreter gestellte Antrag auf Scheidung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. — Der Bevollmächtigte des beklagten Ehegatten bedarf einer besonderen auf den Rechtsstreit gerichteten Vollmacht (gegen Seckel, Festgabe f. Dernburg und Gaupp-Stein Anm. 4 u. 5 zu § 612 ZPO.).

3. Ehebruch während aufgehobener ehelicher Gemeinschaft (s. JDR. **6** Ziff. 2). *Schmidt Anm. 3 b i zu § 1586. Nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann ein Ehebruch nicht begangen werden (gegen Staudinger, Erler, Friedberg, Kirchenrecht § 158 Anm. 52, Th. Olshausen, ABürgR. **23** 157 ff.).

4. Abs. 1 Satz 2. **RG.** 23. 3. 08, JW. **08** 302, R. **08** 304. In der auf Scheidung gerichteten Widerklage kann „ein Antrag" im Sinne des § 1575 Abs. 1 Satz 2 nicht gefunden werden.

§ 1577. 1. *Schmidt Anm. 7 a zu § 1577. Führt die Frau trotz Untersagung seitens des Mannes den bisherigen Namen weiter, so maßt sie sich damit einen

fremden, ihr nicht zukommenden Namen an. Sie verletzt dadurch das Interesse des Mannes, das bereits durch die Tatsache der Schuldigerklärung der Frau begründet erscheint. Der Mann hat demgemäß die Klage aus § 12 auf Unterlassung. § 1577 Abs. 3 räumt dem Manne kein besonderes, neben § 12 stehendes Klagerecht ein (abw. Davidsohn 118, Staudinger Anm. 5).

2. SeuffA. **64** 71, PosMSchr. **08** 134 (Posen). Ein Verzicht des Mannes auf sein Namenuntersagungsrecht gegen Einwilligung der Frau in die Scheidung ist nichtig.

§§ 1578, 1579. 1. R. **08** 665 (Breslau). Wenn der Ehemann rechtskräftig bei der Ehescheidung für den allein schuldigen Teil erklärt ist, ist bei dem Rechtsstreit über den Unterhalt eine Nachprüfung der Frage, ob im Ehescheidungsprozesse mit Recht ein Ehebruch des Ehemanns als erwiesen angenommen sei, ausgeschlossen.

2. **RG.** JDR. **6** Ziff. 2 zu §§ 1578, 1579, jetzt auch SeuffA. **63** 278.
RG., JDR. **6** Ziff. 3, jetzt auch **67** 56 ff.

§ 1578. Erwerb durch Arbeit. 1. *Schmidt Anm. 3 zu § 1578. Eine bestimmte Art der Arbeit wird nicht verlangt, vielmehr umfaßt „Arbeit" jede auf Gewinnung wirtschaftlicher Güter gerichtete Tätigkeit. Dafür, daß die Frau durch eine neben der erwerbenden Tätigkeit des Mannes herlaufende selbständige Tätigkeit unmittelbar erwerben muß, spricht der Wortlaut des Gesetzes nicht. Es genügt vielmehr, wenn sie durch Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes sonst erforderliche Ausgaben erspart, also nur mittelbar erwirbt. Eine Arbeit ist, auch wenn sie tatsächlich von der Frau während bestehender Ehe aus Liebhaberei oder im Interesse eines Nebenverdienstes geleistet worden ist, als „nicht üblich" zu betrachten, wenn sie den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, nicht entsprochen hat. Hat sie demnach z. B. während bestehender Ehe eine Erwerbstätigkeit (als Lehrerin, Buchhalterin oder als selbständige Handelsfrau) ausgeübt, obgleich eine solche Tätigkeit nach den Eheverhältnissen (der Mann ist z. B. ein größerer Fabrikant oder ein höherer Beamter) als nicht üblich zu bezeichnen ist, so bleibt ein solcher Arbeitsvertrag für den Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau außer Betracht (abw. Davidsohn 124; JDR. **1** Ziff. 3).

2. WürttRpflZ. **1** 294 ff. (Stuttgart). Unter dem im § 1578 erwähnten Erwerbe durch Arbeit ist nicht nur die entgeltliche Geschäftsführung für Dritte, sondern auch die eine Ersparnis durch Nichtverwendung fremder Arbeitskraft bedeutende Tätigkeit im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes zu betrachten. Auch diejenige geschiedene Frau, welche sich während des Zusammenlebens mit ihrem Manne jeder Arbeit enthalten hat, ist zum Erwerbe durch eigene Arbeit verpflichtet, wenn solche nach den Verhältnissen, in welchen sie mit ihrem Manne gelebt hat, üblich ist.

3. Beweislast. WürttRpflZ. **1** 294 ff. (Stuttgart). Die unterhaltsberechtigte Ehefrau hat ihre Bedürftigkeit zu beweisen, d. h. in erster Linie den Nachweis zu führen, daß sie ihren standesgemäßen Unterhalt aus den Einkünften ihres Vermögens nicht bestreiten kann. Beweispflichtig für die Üblichkeit des Erwerbes durch Arbeit seitens der Frau ist der Ehemann.

§ 1579. 1. *Schmidt Anm. 3 c α zu § 1579. „Die Beteiligten" im Sinne des Abs. 1 Satz 2 sind alle Beteiligten, d. h. der Unterhaltsschuldner, der unterhaltsberechtigte geschiedene Ehegatte, die minderjährigen unverheirateten Kinder und (bei Wiederverheiratung) der neue Ehegatte. Abs. 1 Satz 2 findet keine Anwendung, wenn mit dem geschiedenen Ehegatten ein minderjähriger unverheirateter Enkel konkurriert (aM. Fischer-Henle Anm. 7 zu § 1579).

2. WürttRpflZ. **1** 294 ff. (Stuttgart). Der allein für schuldig erklärte Ehegatte muß als verpflichtet erachtet werden, sich in einer Weise erwerbsgeschäftlich zu betätigen, daß er dem anderen Ehegatten den standesgemäßen Unterhalt gewähren kann, wenn er zur Ausübung solcher Tätigkeit imstande ist.

3. R. **08** 665 (Breslau). Die Berücksichtigung der Schulden des Mannes geschieht in genügender Weise, wenn man einen angemessenen Betrag für das Jahr von dem nach Abzug des notdürftigen Unterhalts von dem Einkommen bleibenden Reste in Abzug bringt.

§ 1581. *Schmidt Anm. 2 e zu § 1581. Die von dem bisherigen Unterhaltsberechtigten eingegangene Ehe muß gültig abgeschlossen sein. Der Unterhaltsanspruch dauert deshalb fort, wenn die neue Ehe absolut nichtig oder auf erhobene Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage für nichtig erklärt worden ist. Es besteht kein Anzeichen dafür, daß § 1581 Abs. 1 von den allgemeinen Grundsätzen der Wirkungen der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit eine Ausnahme begründen wollte (abw. Dernburg § 29, Opet Anm. 2 zu § 1581; vgl. auch Davidsohn, FDR. **1** Ziff. 1 und Haidlen, FDR. **6**).

§ 1582. *Schmidt Anm. 3 zu § 1582. Die Herabsetzung der Unterhaltspflicht untersteht der freien Entschließung des Erben. Sie darf erfolgen, obgleich der Nachlaß imstande wäre, die volle bisher gewährte Rente weiterzubezahlen. Ebensowenig hindert die Herabsetzung eine vertragsmäßige Vereinbarung, welche der verstorbene Unterhaltsschuldner mit dem Unterhaltsberechtigten getroffen hat, sofern nicht aus dem Inhalte der Vereinbarung ein entgegenstehender Wille der Vertragschließenden hervorgeht. „Zur Zeit des Todes" des Unterhaltsschuldners heißt nicht: am Todestage; berücksichtigt werden muß vielmehr ein vor diesem Tage liegender konkret zu würdigender Zeitraum.

§ 1584. *Schmidt Anm. 2 zu § 1584. Derjenige, gegen den sich der Herausgabeanspruch richtet, muß allein für schuldig erklärt sein. Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so vermag sich keiner auf § 1584 zu stützen. § 1584 schließt jedoch den Widerruf auf Grund der §§ 530 ff. nicht aus (aM. Davidsohn 156).

§ 1586. Rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (s. FDR. **1**, **2**, **3**, **4**, **5**, **6** zu § 1586). *Schmidt Anm. 2 c u. 3 zu § 1586. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist nicht Scheidung. Sie ist auch keine Art der Scheidung. Sie ist nicht Auflösung der Ehe, sie besitzt nur die Wirkungen der Auflösung der Ehe durch Scheidung. Andererseits ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft keine Übertragung der kanonischen separatio perpetua a mensa et toro. Sie ist nur unter dem Einfluß und unter Berücksichtigung kanonistischer Gedanken geschaffen worden. Das Ergebnis ist: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist eine neue rechtliche Bildung. Sie ist Aufrechterhaltung der alten Ehe, besitzt aber grundsätzlich alle Wirkungen der aufgelösten Ehe. Ihre Wirkungen fallen mit Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft weg (§ 1587). Andererseits gewährt das Recht die Möglichkeit, jederzeit die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Scheidung zu verwandeln (§ 1576). Mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft treten trotz Nichtauflösung der Ehe alle Rechtswirkungen der Scheidung ein, demnach auch diejenigen, die eine Folge der mit der Scheidung verbundenen Eheauflösung sind. Es treten die in §§ 1577—1585 enthaltenen Wirkungen der Scheidung ein (abw. hinsichtlich des Namenrechts [§ 1577] Süßheim, GruchotsBeitr. **43** 582). Die Frau teilt nicht mehr den Wohnsitz des Mannes. — Es gilt nicht mehr die Verjährungshemmung des § 204 Satz 1. — Die Wirkungen der Ehe in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung erlöschen. — Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wirkt (soweit nicht § 1591 Abs. 2 in Betracht kommt) hinsichtlich des Schwägerschaftsverhältnisses und hinsichtlich der ehelichen Abstammung. Es gilt nach der Aufhebung nicht die Vermutung des § 1591 Abs. 2 Satz 1. Ein von der Frau später als 302 Tage nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geborenes Kind ist unehelich; es bedarf zur Geltendmachung der Unehelichkeit nicht der Anfechtung des Mannes (aM. Achilles zu § 1593, Erler-

Walter, Leske, Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft 14, Mattiaß). Berührt wird das Einwilligungsrecht der §§ 1726, 1796, 1783, 1795, 1887 Abs. 2, 1900. In Wegfall kommt das Ehegattenerbrecht und Pflichtteilsrecht der §§ 1931 ff., 2303, sowie das Erbrecht aus Verfügungen von Todes wegen gemäß §§ 2077 Abs. 1, 2265, 2268, 2279 Abs. 2, auch die auf das Ehegattenverhältnis gestützte Anfechtung gemäß §§ 31 Ziff. 2, 32 Ziff. 2 KO., § 3 Ziff. 2 u. 4 AnfG.

§ 1587. *Schmidt Anm. 2 und 4 zu § 1587. In der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ist ein familienrechtlicher Vertrag zu erblicken. Erforderlich ist Geschäftsfähigkeit beider Ehegatten. Ist ein Ehegatte geschäftsunfähig, so liegt Nichtigkeit der Wiederherstellung vor; ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte bedarf der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Die zur Wiederherstellung führende Willenserklärung kann ihrer höchstpersönlichen Natur wegen nicht durch einen Vertreter im Willen erfolgen. — Als hauptsächliches Kennzeichen für die Frage, ob die Gemeinschaft wiederhergestellt ist, wird die Wiederherstellung der früheren Haushaltsgemeinschaft in Betracht kommen. Keine unbedingt sichere Entscheidung liefert die bloße Vollziehung der Beiwohnung; man wird aber in der Beiwohnung regelmäßig die Wiederherstellung zu erblicken haben (vgl. hierzu Behr, JDR. **3**, und Haidlen, JDR. **6**).

Achter Titel. Kirchliche Verpflichtungen.

§ 1588. *Schmidt Anm. 3 b zu § 1588. Die Ausdrucksweise des § 1588 umfaßt nicht nur die im Hinblick auf die kirchliche Trauung zu erfüllenden Pflichten, sondern auch die auf die Beobachtung der kirchlichen Ehehindernisse, die Führung und Auflösung der Ehe bestehenden kirchlichen Verpflichtungen.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1589. **RG.** Straff. **41** 301. Der Begriff des Personenstandes i. S. des § 169 StGB. und der der Verwandtschaft i. S. von § 1589 BGB. decken sich nicht.

§ 1590. **RG.** Straff. **41** 413. Für das Schwägerschaftsverhältnis wird nach dem Wortlaute des § 1590 Satz 1 nur das Bestehen einer Ehe erfordert, welche den in ihr Lebenden die Eigenschaft von Ehegatten verleiht. Ob die Ehe materiell gültig, anfechtbar oder nichtig ist, wird dabei nicht ausdrücklich unterschieden und es kommen mithin für den Begriff der Schwägerschaft des weiteren alle sonstigen Bestimmungen des BGB. in Betracht, welche für das „Bestehen einer Ehe" maßgebend sind, insbesondere die §§ 1323 ff.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. **RG.** JW. **08** 485, RheinA. **105** 249, BayRpflZ. **08** 356 (unter Aufhebung von OLG. Cöln, JDR. **6** § 1591 Ziff. 4, auch abgedruckt OLG. **16** 222). § 1591 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 stehen in engem Zusammenhange miteinander. Abs. 1 Satz 2 stellt nicht unabhängig von Abs. 1 Satz 1 eine selbständige Rechtsregel des Inhalts auf, daß ein jedes in der Ehe geborene Kind ehelich sei, sofern nicht die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann vorliege, sondern gibt nur eine Ausnahme von der im Satz 1 enthaltenen Bestimmung. Die Selbstbefruchtung der Ehefrau mit dem Samen des Mannes ohne mitwirkende Handlung und in Abwesenheit des Ehemanns ist keine Beiwohnung im Sinne des § 1591. In diesem Falle hat der Beklagte den Beweis zu führen, daß die Frau das Kind wirklich von ihrem Ehemann empfangen hat. Vgl. hierzu Th. Olshausen, das RG. zur Frage der künstlichen Befruchtung in der DMedW. **08** Nr. 38.

2. **RG.** JW. **08** 144. Der nach § 1591 Abs. 1 Satz 2 gegen die Ehelichkeit des Kindes zugelassene Gegenbeweis ist dahin zu erbringen, daß es den Umständen nach

offenbar unmöglich sei, daß die Ehefrau das Kind von dem Ehemann empfangen habe. Damit ist, wie auch bei den Verhandlungen in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde, zum Ausdrucke gebracht, daß bei Zulassung und Prüfung des Gegenbeweises auf die Schlüssigkeit mit besonderer Strenge und Vorsicht zu verfahren sei (Mugdan, Mat. IV 938).

§ 1593. HansGZ. **08** Beibl. 100 (Hamburg). Die Ehelichkeit eines Kindes muß vom Ehemanne binnen Jahresfrist angefochten werden. Stirbt er während dieser Frist, so können seine Erben die Anfechtung noch nachholen, dagegen nicht, wenn jene Frist bei seinem Tode verstrichen war.

§ 1594. OLG. **16** 1 (Hamburg). In der bloßen Anmeldung der Geburt eines Kindes ist noch keine Anerkennung der Ehelichkeit zu erblicken (JW. **04** 236, OLG. **10** 285). S. JDR. **6** § 1720 Ziff. 4.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Vorbemerkung: Aus den Entscheidungen zu diesem Titel ist die zu § 1603 (Ziff. 2) mitgeteilte RG. hervorzuheben, welche auch die im Wege des Kredits flüssig zu machenden Mittel zu den „verfügbaren Mitteln" im Sinne des § 1603 rechnet.

Literatur: Appel, Der Ersatzanspruch des Armenverbandes und § 1613, Hirths Ann. **08** 152—156. — Jacobson, Ersatzanspruch des Staates für die Verpflegung der Strafgefangenen, SächsRpflA. **08** 551—555.

§§ 1601 ff. 1. HansGZ. **08** Beibl. 149 ff. (Hamburg). Ein Kind ist nicht deshalb imstande, sich selbst zu unterhalten, weil es, während die Eltern getrennt leben, von der Mutter oder deren Eltern unterhalten wird. Der Umstand, daß die Mutter das Kind ernährt, kann diesem vom Vater nur dann entgegengehalten werden, wenn diese Unterhaltsgewährung gerade für den Vater (in dessen Vertretung) geschieht (s. unten § 1612 Ziff. 2).

2. HansGZ. **08** Beibl. 152 (Hamburg) über die Verschiedenheit der Unterhaltsansprüche der Frau gegen ihren Mann gemäß §§ 1360, 1361 von den Vorschriften der §§ 1601 ff.

3. Ermel, DJZ. **08** 1217 f. Der Unterhaltspflichtige ist zur Tragung von Haftkosten des Unterhaltsberechtigten nicht verpflichtet.

§ 1602. 1. Jacobson, SächsRpflA. **08** 551 ff. Der Staat hat kein Recht, die Aufwendungen für den Unterhalt eines gesunden Strafgefangenen von dessen Verwandten ersetzt zu verlangen.

2. **RG.** WarnE. **08** 161. Wer wegen eines Unfalls einen Anspruch auf Rente hat, ist nicht an die gesetzliche Unterhaltspflicht seiner Mutter zu verweisen. Der Schadensersatzanspruch geht der Unterhaltspflicht vor.

§ 1603. 1. **RG.** R. **08** II 541. Bei Bemessung der Unterhaltspflicht der Kinder ihren Eltern gegenüber können jene regelmäßig nur beanspruchen, daß ihnen das verbleibt, was ihnen zum standesgemäßen Unterhalt unbedingt nötig ist.

2. **RG.** ZBlFG. **9** 238. Auch die im Wege des Kredits flüssig zu machenden Mittel sind zu den „verfügbaren Mitteln" im Sinne des § 1603 Abs. 2 zu zählen. Ist der Realkredit des Unterhaltspflichtigen erschöpft, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß er noch Personalkredit genießt.

3. PosMSchr. **08** 135 (Posen). Die Mutter ist erst dann unterhaltspflichtig, wenn der Vater ohne Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts seiner Unterhaltsverpflichtung nicht nachkommen kann.

4. KGBl. **08** 8 (KG.). § 1603 findet auf die Unterhaltspflicht des Ehemanns keine Anwendung.

5. OLG. **16** 223 (Braunschweig). Zu den „sonstigen Verpflichtungen" des unterhaltspflichtigen Elternteils nach § 1603 Abs. 2 gehört auch die regelmäßige Unterhaltspflicht, die dem Vater des unterhaltsberechtigten ehelichen Kindes un-

ehelichen Kindern gegenüber obliegt. Der Vater darf sich hierauf nicht berufen, wenn er seiner Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung den unehelichen Kindern gegenüber nicht nachgekommen ist.

§ 1606. OLG. **17** 263, HansGZ. **08** Beibl. 151 (Hamburg). Die Bestimmung des § 1606 ist nicht im Interesse des Kindes, sondern im Interesse der Mutter erlassen. Dafür spricht auch der letzte Halbsatz des § 1606, nach welchem die Mutter vor dem Vater haftet, wenn ihr die Nutznießung an dem Vermögen der Kinder zusteht. Macht die Mutter von der zu ihren Gunsten erlassenen Bestimmung keinen Gebrauch, so kann sich das Kind auf dieselbe gegenüber dem Vater nicht berufen. Wollte man dem Kinde in solchem Falle das Recht geben, weil es ihm oder seinem Pfleger so gefällt, vom Vater die Gewährung des Unterhalts zu verlangen, so würde das zu Härten führen (Klage der Kinder gegen den Vater ist abgewiesen). Vgl. aber auch OLG. **17** 264 (Hamburg).

§ 1610. 1. BadRpr. **08** 3 (Karlsruhe). Nach § 1610 erstreckt sich bei einer der Erziehung bedürftigen Person die Unterhaltspflicht auch auf die Vorbildung zu einem Berufe. Darunter fallen auch die zur Entwickelung und Ausbildung des Geistes erforderlichen Kosten. Ist ein Kind geistig gut beanlagt, so sind die Eltern verpflichtet, dem Kinde die Kosten zu einer seinen Anlagen entsprechenden geistigen Ausbildung zu gewähren, wobei es nicht auf den Stand der Eltern ankommt. Wo das BGB. vom standesmäßigen Unterhalte spricht (§ 1610 Abs. 1), gilt dies von der Lebensstellung des Bedürftigen, nicht von derjenigen des Verpflichteten. Die Grenze der Unterhaltspflicht liegt in den Mitteln des Verpflichteten, und in bezug auf diese legt das Gesetz den Eltern eine erhöhte Pflicht auf. Sie müssen alle verfügbaren Mittel aufwenden (§ 1603 Abs. 2). — Verpflichtung eines Braumeisters, seiner Tochter die Mittel zur Beendigung des Studiums auf einer Handelsschule zu gewähren.

2. OLG. **16** 1 (KG.). Die Lebensstellung des Bedürftigen, welche nach § 1610 für den Begriff des „Standesmäßigen" entscheidet, ist bei einem wirtschaftlich unselbständigen Sohne nach der Lebensstellung des Vaters zu beurteilen.

3. OLG. **16** 1 (KG.). Verpflichtet sich der Vater dem Sohne, ihm die Mittel zur Ausbildung für den höheren Justizdienst zu verschaffen, so erzeugt ein solcher Vertrag für den Sohn nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Es muß als die Vertragsabsicht der Parteien angesehen werden, daß der Sohn gegen die Vergünstigung, sich einem höheren Lebensberuf widmen zu dürfen, als ihn der Vater selbst hatte ergreifen können, die Pflicht übernahm, dem Ziele mit der durch die Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit des Beklagten und auf die gleichartigen Ansprüche von 4 Geschwistern gebotenen Sparsamkeit und Pflichttreue nachzustreben. Es muß ferner als Vertragsinhalt angesehen werden, daß eine gröbliche Verletzung dieser vom Sohne übernommenen Verpflichtung dem Vater das Recht verleihe, die Vergünstigung zu entziehen und den Sohn auf die Wahl eines anderen, weniger kostspieligen Berufes zu verweisen.

4. PosMSchr. **08** 135 (Posen) über das Maß des Unterhalts.

5. **RG.** SeuffA. **63** 280 s. JDR. **6** § 1610 Ziff. 3.

6. OLG. **16** 245 (KG.). Verpflichtung des Vaters eines Fürsorgezöglings zum Ersatz der Erziehungskosten.

§ 1612. 1. ZBlFG. **9** 326 Ziff. 279 (BayObLG.). Bei der Entscheidung darüber, ob das Vormundschaftsgericht von der ihm im § 1612 Abs. 2 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen soll, handelt es sich im wesentlichen um eine Ermessensfrage; eine Nachprüfung der Entscheidung durch das Gericht der weiteren Beschwerde ist insoweit ausgeschlossen.

2. HansGZ. **08** Beibl. 149 (Hamburg). Die Bestimmung, in welcher Weise der Unterhalt zu leisten ist, kann auch in der Art getroffen werden, daß der unterhalts-

pflichtige Elternteil das Kind in Pension und Verpflegung gibt. Eine solche Bestimmung enthält aber die Verweisung an eine andere Person nicht.

3. ZBlFG. **9** 323 Ziff. 259, BadRpr. **08** 261 (Karlsruhe). Der unterhaltspflichtige Vater, der nicht Vormund seines unterhaltsbedürftigen entmündigten Kindes ist, kann nicht auf Grund des § 1612 Abs. 2 im Widerspruche mit dem Vormund im Prozeßwege die Gewährung von Naturalverpflegung anstatt Rente durchsetzen.

4. R. **08** II 270, BayRpflZ. **08** 248, ZBlFG. **8** 777, SeuffA. **63** 460, SeuffBl. **08** 803 (BayObLG.). Durch die Anhängigkeit einer Unterhaltsklage wird die Bestimmung des Vormundschaftsgerichts über Art und Zeit der Unterhaltsgewährung nicht ausgeschlossen. Gegebenenfalls ändert sich damit der eingeklagte Anspruch und ist dies, sofern rechtzeitig geltend gemacht, für das Prozeßgericht bindend.

5. OLG. **17** 264 (Naumburg). Der Vater ist dadurch, daß die Kinder aus seinem Haushalt entfernt sind, selbst wenn dies gegen seinen Willen geschehen wäre, von seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht befreit, sondern muß dieser durch Gewährung einer Geldrente genügen, solange er nicht genügende Schritte tut, die Kinder in seinen Haushalt und in seine Obhut zurückzubringen.

§ 1613. 1. Appel, HirthsAnn. **08** 152 ff. Der Armenverband, welcher einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, unterliegt bei Geltendmachung seiner Ersatzansprüche gegen unterhaltspflichtige Verwandte der Beschränkung des § 1613 BGB. nicht (aM. Planck und Wohlers-Krech).

2. RheinA. **105** I 124 (Düsseldorf). Der Armenverband, der nach dem UWG. einen Hilfsbedürftigen verpflegt hat, kann von dem unterstützungspflichtigen Dritten Ersatz der Pflegekosten nur von dem Tage ab verlangen, an dem dieser in Verzug gesetzt ist.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Auch in dem vorliegenden Berichtsjahre hat sich bei diesem Abschnitte wiederum die Rechtsprechung mit der Wirksamkeit des Ausstattungsversprechens (s. unten zu § 1624) beschäftigt, insbes. inwieweit ein solches, weil ihm ein lästiger Vertrag zugrunde liegt, keiner Form oder, soweit es sich um ein Leibrentenversprechen handelt, der Schriftform bedarf. In einer eingehend begründeten Entscheidung hat das **RG. 67** 204 den Begriff des Leibrentenversprechens umgrenzt.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1617. DJZ. **08** 431 (PrOVG.). Der § 1617 bezieht sich auch auf volljährige Kinder und seine Anwendung wird nicht durch die bloße Möglichkeit, daß die Kinder sich unter Umständen selbst zu unterhalten imstande wären, auch nicht durch Vermutungen, sondern lediglich durch einen Dienstvertrag beseitigt, der zwar formlos, auch stillschweigend zustande kommen, aber doch nur dann als vorhanden gelten kann, wenn beide Teile sich über die Absicht der Aufhebung der Haushaltzugehörigkeit und der Herstellung eines Gewerbegehilfenverhältnisses, und zwar von einem bestimmten Zeitpunkt ab und unter Regelung von Leistung und Entgelt einig sind. Für den Sohn, der als Lehrling noch der Erziehung bedarf, zu der auch seine Berufsvorbildung gehört, ist der Vater die hierzu erforderlichen Unterhaltskosten unter allen Umständen kraft Gesetzes (BGB. § 1602) zu gewähren verpflichtet.

§ 1620. 1. Die Entsch. des OLG. Kiel (JDR. **6** Ziff. 2 b zu § 1620) auch OLG. **16** 224.

2. Über die Rechte des Kindes, wenn zu seinen Gunsten der Vater eine Aussteuerversicherung nimmt, s. Josef, JheringsJ. **53** 310.

§ 1624. I. H. Meyer, R. **08** 654 ff., entnimmt der Entsch. **RG. 62** 273 (JDR. **5** Ziff. 2 b zu § 1624) folgende Grundsätze: Bei einem Mitgiftversprechen ist

zunächst zu prüfen, ob nicht durch die besonderen Umstände des Falles die Annahme berechtigt ist, daß die Kontrahenten Ehe und Mitgiftversprechen als Leistung und Gegenleistung gelten lassen wollten. Wird das bejaht, einerlei, wer das Versprechen abgab, so liegt Schenkung nicht vor und das mündlich abgegebene Versprechen ist klagbar, ganz einerlei, ob der Betrag das angemessene Maß übersteigt. Wird es verneint, so liegt Schenkung vor. Dann ist, wenn ein Fremder nur mündlich die Mitgift versprach, das Versprechen nicht klagbar. Hat aber ein Vater oder eine Mutter der Tochter oder deren zukünftigem Manne, der damit einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich seiner Braut, schließt, eine Mitgift versprochen, so ist § 1624 zur Anwendung zu bringen. Dann ist das Versprechen zwar Schenkung, wird aber nicht als Schenkung behandelt, also ist es gültig, wenn es auch nur mündlich abgegeben ist. Sache des Beklagten ist es dann, den Ausnahmefall darzutun, in dem es doch als Schenkung gilt, nämlich, daß das Versprochene das den Verhältnissen entsprechende Maß übersteigt. Gelingt dieser Beweis, so ist das Mitgiftversprechen hinsichtlich des das Maß einhaltenden Betrags gültig, dagegen ungültig, soweit das Maß überschritten ist.

II. Neubecker, Das Mitgiftversprechen in rechtsvergleichender Darstellung, DJZ. **08** 1265, R. **08** 776. Das Mitgiftversprechen muß (nach BGB.) unter dem Gesichtspunkte der typischen Veranlassung betrachtet werden. Danach ist das Mitgiftversprechen vor der Eheschließung kein Schenkungsversprechen. Nach der Seite der Gläubigeranfechtung und im Konkurs ist es anders: Ist das Versprechen keine Schenkung, so ist es doch eine Freigebigkeit, und demnach ist die Gläubigeranfechtung gegeben. Die Lösung des Problems liegt in dem Grundgedanken: es liegt ein lästiger Vertrag vor mit Verhaftung des reinen Vermögens.

III. Aus der Rechtsprechung. 1. Aktivlegitimation. a) **RG.** JW. **08** 71, R. **08** II 94, SeuffBl. **08** 826. In dem Mitgiftversprechen gegenüber dem Bräutigam ist zugleich das Ausstattungsversprechen für die Tochter und an die Tochter, die bei der Unterzeichnung des Schuldscheins und dessen Vorbesprechung zugegen war, enthalten, und der gegenseitige Vertrag insoweit als Vertrag zugunsten eines Dritten (der Braut) anzusehen. — Dazu Landsberg, PosMSchr. **08** 18, welcher es für unerheblich bezeichnet, ob die Braut bei der Unterzeichnung des Schuldscheins zugegen gewesen ist. **b)** OLG. **17** 265, Braunschw. RpflZ. **08** 142 (Braunschweig) läßt es mit dem **RG.** (R. **08** II 94) dahingestellt, ob, wenn der Schwiegersohn im eigenen Namen nach § 1380 BGB. auf Zahlung der mündlich versprochenen Aussteuer gegen den Schwiegervater klagt, die Klage auf Leistung an beide Eheleute zu richten ist.

2. Leibrentenversprechen? **RG. 67** 204, JW. **08** 103, DNotV. **08** 410. Ein schriftliches Ausstattungsversprechen enthält nur dann ein Leibrentenversprechen im Sinne des § 759 BGB., wenn es als einheitliches nutzbares Recht dem Berechtigten für die Lebensdauer eines Menschen eingeräumt ist und seine Erträge aus fortlaufend wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen. Dies ist nicht der Fall, wenn die Verpflichtung zur Entrichtung der Einzelleistungen von wirtschaftlichen Voraussetzungen irgendwelcher Art, z. B. von der Ergiebigkeit der Tätigkeit des Verpflichteten oder der fortdauernden Zuschußbedürftigkeit des Berechtigten, abhängig gemacht worden ist, ebenso, wenn die Bestimmung eines monatlichen Mindestbetrags die Annahme begründet, daß unter Umständen auch darüber hinaus ein Mehrbetrag in angemessener, wenn nur objektiv bestimmbarer Höhe zu entrichten sein sollte.

3. Schenkungsversprechen oder entgeltlicher Vertrag? a) **RG.** DJZ. **08** 307, R. **08** II 94, SeuffBl. **08** 826, JW. **08** 71, WarnE. **08** 148. § 1624 besagt nicht, daß das Mitgiftversprechen, soweit es den Umständen nach das den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechende Maß überschreite, not-

wendig als Schenkung anzusehen sei und daher dem Formenzwang einer solchen unterliege. Es bleibt immer zu erwägen, ob nicht den Umständen nach ein gegenseitiger Vertrag vorliege — Eheversprechen, bedingt durch das Versprechen der Mitgift. **b)** **RG. 67** 204. Soweit ein Schenkungsversprechen (§§ 516, 518 BGB.) zugleich die Voraussetzungen des § 1624 Abs. 1 erfüllt, bedarf es, soweit die versprochenen Leistungen über die im § 1624 Abs. 1 bezeichneten Grenzen der Angemessenheit nicht hinausgehen, zu seiner Rechtswirksamkeit der Form des § 518 Abs. 1 BGB. nicht (vgl. **RG. 62** 275), auch soweit der Schenker sich zugunsten seiner Tochter dem anderen Teile gegenüber verbindlich machte, da insoweit der § 1624 Abs. 1 entsprechend zur Anwendung zu bringen ist. Unter die Vorschrift des § 1624 fallen auch Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben werden, als Einkünfte verwendet zu werden (§ 2050 Abs. 2), da sie nicht — anders Jacubezki, R. **06** 284 — in einem begrifflichen Gegensatze zu den im § 1624 Abs. 1 und § 2050 Abs. 1 behandelten Ausstattungen stehen. Sie sind auch nicht unter allen Umständen (anders Binder III 144, 165) als Ausstattung anzusehen. **c)** OLG. **17** 265, Braunschw. RpflZ. **08** 142 (Braunschweig). Soweit die Ausstattung über das den Vermögensverhältnissen entsprechende angemessene Maß hinausgeht, liegt ein Schenkungsversprechen vor, welches, wenn mündlich abgegeben, nur dann als rechtswirksam angesehen werden kann, wenn es als Gegenleistung für das Eheversprechen abgegeben ist. Aber ein solches entgeltliches Versprechen liegt nicht schon dann vor, wenn es „im Hinblick auf die künftige Ehe" gegeben wird, denn im Hinblick hierauf wird ein Aussteuerversprechen begrifflich immer gegeben. Nun mag es in bäuerlichen Verhältnissen meist die Gegenleistung für das Eheversprechen bilden, dies ist aber nicht der Fall, wenn der Schwiegersohn nicht in das Bauerngut hineinheiratet und noch vor der Hochzeit erklärt hat, es käme ihm auf das Geld nicht an. **d)** BadRpr. **08** 154 (Karlsruhe). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Ausstattungsversprechen der Schenkungsform bedurft hat oder nicht, kann nur die Zeit in Betracht kommen, zu der das Versprechen erteilt worden ist.

4. Besondere Fälle. **a)** **RG.** SächsRpflA. **08** 266, PosMSchr. **07** 131. Zulässig ist ein Ausstattungsversprechen unter dem stillschweigenden Vorbehalte, daß die Eheleute „wie christliche und bäuerliche Ehegatten miteinander leben würden", und daher die Verweigerung seiner Erfüllung, wenn das Getrenntleben auf ein Verschulden des Mannes zurückzuführen ist (vgl. **RG. 50** 257, **60** 59). Eine andere Beurteilung wäre geboten, wenn der Schwiegervater, weil die Ehe der Tochter sich demnächst als unglücklich gestaltet habe, die bereits gewährte Mitgift zurückfordert; denn § 813 BGB. knüpft (abgesehen von § 814) den Rückforderungsanspruch an die Voraussetzung, daß dem Schuldner bereits zur Zeit der Erfüllung der Verbindlichkeit eine Einrede zur Seite stand, durch die die Geltendmachung des erfüllten Anspruchs dauernd ausgeschlossen war. **b)** BraunschwRpflZ. **08** 141 (Braunschweig). Ein Zuschuß zu den „Haushaltungskosten der Eheleute" ist bedingt durch das Bestehen eines gemeinschaftlichen Haushalts, entfällt also bei tatsächlicher Trennung der Ehegatten. **c)** PosMSchr. **08** 161 (Posen). Wird dem Ehemann an Stelle eines vor der Heirat als Mitgift versprochenen Grundstücks nach der Hochzeit die Zahlung einer baren Mitgift versprochen, so ist zwar das Versprechen der Grundstücksübereignung beim Mangel der vorgeschriebenen Form (BGB. §§ 313, 125) ungiltig, dagegen ist das Versprechen der baren Mitgift, wenn es nicht etwa an Stelle des ersten an Erfüllungsstatt oder erfüllungshalber gegeben ist und dann nach § 812 BGB. kondiziert werden könnte, wirksam, da es wohl mit Rücksicht auf das erste Versprechen, aber sonst unabhängig davon als Entgelt für den Abschluß der Ehe gegeben ist. Ein solches Versprechen unterliegt nicht den Vorschriften über Schenkungsversprechen (BGB. § 518), denn es handelt sich um einen Vertrag, bei dem Leistung (Versprechen eines Vermögensobjekts)

und Gegenleistung (Heirat der Tochter) sich gegenüber stehen, auch nachdem die Gegenleistung (die Heirat der Tochter) bereits erfüllt ist, denn ein Leistungsversprechen kann im Hinblicke sowohl auf eine noch zu bewirkende, als auch auf eine bereits erfolgte Leistung abgegeben werden. **d)** PosMSchr. **08** 161 (Posen). Ein Mitgiftversprechen kann auch nach dem Tode der Frau und der dadurch bewirkten Auflösung der Ehe, für deren Zweck die Mitgift bestimmt sein sollte, geltend gemacht werden, da ein wichtiger Zweck der Ehe in der Erziehung der Kinder fortbesteht, besonders wenn der Kläger die Widmung der Mitgift für diese Aufgabe durch Übertragung des Anspruchs auf die Kinder zum Ausdrucke gebracht hat. Anders für das frühere preuß. Recht OTr. **41** 22, StriethA. **34** 68.

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des Elternrechts hat in dem verflossenen Berichtsjahre fast ausschließlich nur die Rechtsprechung das Wort geführt, das Reichsgericht allerdings auch nur in vereinzelten Entscheidungen (vgl. zu §§ 1631, 1634, 1636). Bemerkenswert sind zur Anwendung der §§ 1634—1636 die Versuche, die Zuständigkeit des Prozeß- und des Vormundschaftsgerichts fest zu umgrenzen, die Meinungsverschiedenheiten über die Haftung des Vaters für die Prozeß- und Gerichtskosten, wenn seiner Nutznießung unterliegendes Vermögen des Kindes nicht vorhanden ist, und die, wie immer, zahlreichen Entscheidungen über die Entziehung des Sorgerechts nach § 1666 BGB. sowie die damit zusammenhängenden Fragen der Fürsorgeerziehung. In Preußen hat sich hierbei ein interessanter Streit zwischen dem KG. und dem OVG. über die Verbindlichkeit der Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts für die Armenverbände entwickelt (vgl. Ziff. VI b zu § 1666), dessen baldige Beilegung im Interesse der Fürsorgebedürftigen erwünscht erscheint, wenn nicht anders möglich, durch Änderung der Gesetzgebung.

Literatur: Außer den Nachweisen zu Beginn des Buches IV: Neubecker, ABürgR. **32** 375, über die Erwerbsfähigkeit der Kinder nach russischem Rechte im Vergleiche zum deutschen Rechte. — Adele Schreiber, Das Buch vom Kinde. Leipzig 1907.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 128 Note. Der Vater kann über das Kindesvermögen auch im eigenen Namen verfügen; denn da er Dritten die Einwilligung zur Verfügung über Sachen des Kindes geben kann, ist er selbst vom Gesetze doch wohl nicht schlechter gestellt.

§ 1629. 1. *Bendix, SeuffBl. **08** 211, tritt der Auffassung KGJ. **33** A 9 (JDR. **6** Ziff. a zu § 1629) bei unter Hinweis auf § 1915, der bei einem derartigen Meinungsstreite zwischen Vormund und Pfleger ebenfalls dem Vormundschaftsgerichte die Entscheidung überträgt.

2. R. **08** 175 (Stuttgart). In einem gemäß § 1629 durch das Vormundschaftsgericht zu entscheidenden Streite der Mutter und des Pflegers über die Verwendung der Einkünfte aus dem der Verwaltung des Pflegers unterliegenden freien Vermögen des Kindes für dessen Unterhalt kommt, sofern das Kind neben dem freien Vermögen auch solches besitzt, an dem der Mutter kraft des (württembergischen) „statutarischen Nutznießungsrechts" die Verwaltung und Nutznießung zusteht (sog. hinterfälliges Vermögen), nicht die Vorschrift des § 1602 Abs. 2 BGB. in Betracht. Vielmehr ist nach den durch Art. 262 AGBGB. aufrechterhaltenen Grundsätzen der statutarischen Nutznießung (ALR. IV. 7 § 4, 11 § 1), solange die Kinder noch in der häuslichen Zucht und Obhut der Eltern stehen, die Pflicht zur Erziehung und Ernährung eine auf der Nutznießung ruhende Last und es sind die Einkünfte aus diesem Vermögen für Erziehung und Ernährung des Kindes mit der Maßgabe zu verwenden, daß nur das Fehlende aus dem freien Vermögen zuzuschießen ist.

§ 1630. 1. BreslauAK. **08** 18 (LG. Glatz). Aus §§ 1630, 164 BGB. ergibt sich, daß die Rechtsgeschäfte, welche der Vater kraft der elterlichen Gewalt für das Kind abschließt, das Kind auch über die Dauer der Minderjährigkeit hinaus verpflichten. Erteilt der Vater kraft der elterlichen Gewalt einem Dritten Vollmacht, das Kind zu vertreten, so wirkt auch dieses Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung unmittelbar für und gegen das Kind und überdauert nach der allgemeinen Regel in seinen Wirkungen die Minderjährigkeit.

2. Abs. 2. **a)** SächsRpflA. **08** 43 (Dresden). Nach § 1630 Abs. 2 in Verb. mit §§ 1795, 1643 Abs. 1 u. § 1821 Abs. 1 Ziff. 1—3, Abs. 2, § 1822 Ziff. 1, 3, 5, 8—11 BGB. ist der Vater im Verhältnisse zu seinen Kindern darin nicht beschränkt, Schenkungen, die er selbst seinen Kindern macht, z. B. die Schenkung eines Sparkassenbuchs für diese, selbst als ihr Vertreter anzunehmen. Für eine solche Schenkung spricht die Vermutung, wenn der Vater ein Sparkassenbuch auf den Namen seines Kindes anlegt. **b)** Vgl. ferner unten zu § 1795.

§ 1631. I. Aufenthalt. **RG.** (Straff.) R. **08** 76. Ist durch eine dem Gesetz entsprechende behördliche Anordnung (z. B. im Fürsorgeerziehungsverfahren) dem Kinde ein Aufenthalt außerhalb des elterlichen Hauses angewiesen und verläßt das Kind diesen eigenmächtig, so erwächst wie dem Vater so auch der Mutter die Pflicht, ihm die Aufnahme im Elternhause zu verweigern.

II. Züchtigungsrecht. **RG.** (Straff.) **41** 99, JW. **08** 381. Das Züchtigungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt geht nicht weiter, als es mit der ihm auferlegten Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, vereinbar ist, jede Verletzung dieser Pflicht bei einer Züchtigungshandlung ist eine Überschreitung der rechtlichen Grenze des Züchtigungsrechts. Welche Behandlung eines Kindes pflichtmäßig und welche pflichtwidrig ist, wird im einzelnen durch die allgemeine sittliche Anschauung über das Wesen des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern hinlänglich bestimmt. Das Sittengesetz zieht die Grenze für die rechtliche Befugnis. Dem Tatbestande der vorsätzlichen Körperverletzung gegenüber bildet das Züchtigungsrecht einen Schuldausschließungsgrund. Der Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen eines solchen ist nicht geeignet, die Annahme eines strafbaren Vorsatzes auszuschließen.

Literatur: Güttler, Die religiöse Kindererziehung im Deutschen Reiche (Bd. I der Sammlung „Die Rechtseinheit" von Kohler u. Posener). Berlin und Leipzig 1908.

III. Religiöse Erziehung. OLG. **16** 227 (KG.). Eine von dem Vormundschaftsgericht über die religiöse Erziehung eines Kindes getroffene vorläufige Anordnung tritt mit der entsprechenden endgültigen Anordnung des Vormundschaftsgerichts ohne weiteres außer Kraft. 1. In Preußen. **a)** Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. 2a zu § 1631) auch OLG. **16** 229 (KG.). **b)** OLG. **17** 282 (KG.). Unter dem Ausdruck: „Einigsein" in Abs. 2 Satz 2 PrDekl. vom 21. November 1803 ist nicht eine einmalige übereinstimmende Willenserklärung der Eltern zu verstehen, sondern nur ein rein tatsächlicher Zustand des Einigseins der Eltern, der sich dadurch zeigt, daß sie das Kind diesen oder jenen Religionsunterricht besuchen lassen. Dieses tatsächliche Verhältnis hat lediglich für die Gegenwart die Bedeutung, daß niemand den Eltern in die religiöse Erziehung ihrer Kinder hineinreden und sie stören darf. Darüber hinaus entbehrt es jeder Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit für die Zukunft, besonders auch für die Zeit nach dem Tode des Vaters. **c)** OLG. **17** 284, DJZ. **08** 1226, R. **08** 822, KGJ. **36** A 48 (KG.) (unter Aufgabe der gegenteiligen Ansicht KGJ. **26** A 25). Für die religiöse Erziehung der Kinder aus einer gemischten Ehe wird nach dem Wortlaute des Gesetzes weder in der Dekl. vom 21. November 1803, noch in den ursprünglichen Vorschriften des PrALR. (§§ 76—82 II. 2) unterschieden, ob die Ehe der lebenden Eltern noch

besteht oder geschieden ist, ebensowenig können die Bestimmungen, welche für den Fall der Lösung der Ehe durch den Tod gelten (§§ 80—82), auf den ihrer Trennung durch den Richterspruch entsprechend angewendet werden, da es an der erforderlichen Gleichheit der Verhältnisse fehlt. Sind daher die geschiedenen Eltern über den ihren Kindern zu erteilenden Religionsunterricht einig, so behält es dabei sein Bewenden. Hieran wird auch grundsätzlich dadurch nichts geändert, daß der geschiedene Vater zur Zeit in unbekannter Abwesenheit lebt, wenn nur aus seinem früheren Verhalten Schlüsse auf seinen gegenwärtigen Willen gezogen werden können, wobei auch Tatumstände berücksichtigt werden dürfen, die vor der Ehescheidung liegen, wenn z. B. das Kind mit Zustimmung des Vaters in der Religion der Mutter getauft worden ist oder Unterricht erhalten hat. **d)** KGJ. **36** C 61 (KG., Strafſ.). Dissidenten dürfen im Gebiete des PrALR. ihre Kinder von dem in der öffentlichen Volksschule erteilten Religionsunterrichte nur dann fernhalten, wenn sie ihnen Unterricht in einer Glaubenslehre erteilen lassen, der sich nach dem Befinden der Schulbehörde als ein ausreichender Ersatz für den Religionsunterricht der Volksschule darstellt. **e)** Über den Religionsunterricht der Kinder von Dissidenten im ehemaligen Kurfürstentume Hessen s. KGJ. **36** C 64 (KG., Strafſ.). **f)** KGJ. **34** C 41, VolksschulA. **7** 36 (KG.). Solange der Vater nach der KurhessV. vom 1. April 1853 verhindert ist, einen Wechsel in der kirchlichen Erziehung der Kinder eintreten zu lassen, müssen die Kinder in der Schule den Religionsunterricht ihrer Konfession genießen.

2. In Sachsen. R. **08** 176, FischersZ. **31** 99 (Min. d. Innern). Eltern, die derselben christlichen Kirche angehören, haben in Sachsen nicht das Recht, zu bestimmen, daß die ehelichen Kinder in einem anderen Bekenntnisse erzogen werden (G. vom 1. November 1836).

IV. Abs. 2. BadRpr. **08** 156 (LG. Konstanz). Das Vormundschaftsgericht ist nicht verpflichtet, einem Antrage nach § 1631 Abs. 2 unter allen Umständen, ohne Prüfung seiner Angemessenheit, stattzugeben, wie es nach dem Wortlaute des Gesetzes scheinen könnte. Die Worte im § 1504 Abs. 2 des ersten Entwurfes: „nach verständigem Ermessen" sind nur aus redaktionellen Gründen weggelassen.

§ 1632. 1. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 1632) auch BayRpflZ. **08** 69.

2. R. **08** II 703 (Naumburg). Für den Streit unter den Eltern um das Bestimmungsrecht über das Kind kommt der Umstand, daß die Erziehung des Kindes bei dem die Herausgabe fordernden Vater gefährdet ist, nicht in Betracht. Das Interesse des Kindes hat lediglich das Vormundschaftsgericht wahrzunehmen.

3. OLG. **17** 267 (Dresden). Der Herausgabeanspruch des Vaters ist nur so lange begründet, als nicht das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes, insbes. gemäß § 1635 BGB., eine abweichende Anordnung getroffen hat, die für die Entscheidung des Prozeßgerichts maßgebend ist (**RG. 63** 275).

§ 1634. a) R. **08** II 703 (Naumburg). In einem um den Besitz und die Erziehung ihres Kindes zwischen den Eltern geführten Rechtsstreite kann die Mutter der Berufung des Vaters auf § 1631 entgegenhalten, daß sein Klaganspruch eine mißbräuchliche Geltendmachung seines Rechtes (§ 1354 Abs. 2 BGB.) sei. Dies gilt auch für den Fall, daß zwar ein Recht der Frau, von ihrem Manne getrennt zu leben, noch nicht dargetan ist, sie aber tatsächlich mit seiner Einwilligung von ihm getrennt lebt. **b) RG.**, R. **08** II 130, SächſRpflA. **08** 112, PosMSchr. **08** 10. Die gemäß § 1634 Satz 2 bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern von dem Vater getroffene Bestimmung über eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Frage ist für die Ehefrau nicht bindend, wenn sie einen die Rechte der Mutter kränkenden Mißbrauch der Rechte des Vaters (§ 1354 Abs. 2) darstellt. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat die (infolge der Weigerung des

Mannes, die eheliche Gemeinschaft herzustellen) getrennt lebende Ehefrau nicht nur eine Einrede gegenüber der Klage des Ehemanns auf Herausgabe des Kindes, sondern auch ihrerseits ein Klagerecht auf Herausgabe des Kindes gegen den Ehemann.

§ 1635. 1. Tragweite der Schuldigerklärung im Scheidungsprozesse. a) Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. III zu § 1635) auch OLG. **17** 267. b) ElsLothJZ. **08** 605, R. **08** II 541 (Colmar). Ist eine Ehe wegen der dem Ehemanne durch seine Frau widerfahrenen Beschimpfungen geschieden und diese für den schuldigen Teil erklärt worden, so kann der Umstand, daß erst nachträglich ein dem Ehemann zur Last fallender Ehebruch bekannt geworden ist, die rechtskräftig festgestellte Tatsache nicht beseitigen, daß der Ehefrau die alleinige Schuld an der Scheidung auferlegt ist. Der Ehebruch kann aber in Verbindung mit anderen besonderen Umständen dem Vormundschaftsgericht Anlaß geben, eine von der Regel des § 1635 Satz 1 abweichende Anordnung zu treffen.

2. Gesetzliche Regel. Zwangsvollstreckung. a) OLG. **16** 225 (KG.). Zur Durchführung der gesetzlichen Regel des § 1635 Abs. 1 Satz 1 bedarf es eines vollstreckbaren Urteils oder einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts; eine Zwangsvollstreckung aus Artt. 15—17 PrFGG. setzt die Auferlegung einer bezüglichen Verpflichtung durch eine Verfügung des Gerichts voraus, darf also nicht unmittelbar zur Herbeiführung eines gesetzmäßigen Zustandes erfolgen. Ebenso **RG. 46** 176; die Entsch. **RG. 63** 236 behandelt den hier nicht in Frage stehenden Fall des § 1636. b) OLG. **16** 225 (Colmar). Der § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB., ebenso eine gemäß Satz 2 aaO. vom Vormundschaftsgerichte getroffene abweichende Regelung begründen ein im Prozeßwege verfolgbares Erziehungs- und Fürsorgerecht.

3. Anordnungen des Vormundschaftsgerichts auf Zeit. BayRpflZ. **08** 42, R. **08** II 568 (BayObLG.). Eine abweichende Anordnung (§ 1635 Abs. 1 Satz 2) kann im Interesse des Kindes auch nur mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeit (z. B. die Schulferien) erlassen werden, wenn es sich von vornherein um ein zeitlich beschränktes Interesse des Kindes handelt. Besondere Gründe, die die Anordnung gebieten, sind anzunehmen, wenn das Interesse des Kindes einer ernstlichen Gefährdung ausgesetzt ist, die nur durch eine abweichende Anordnung über das Recht der Sorge für die Person des Kindes abgewendet werden kann.

4. Rechtsfolge der Entziehung des Sorgerechts der Mutter. R. **08** II 399 (KG.). Das Recht der Sorge für die Person der Kinder geht, falls es der Mutter gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 1 zusteht und dieser gemäß § 1666 schlechthin entzogen wird, dadurch auf den Vater unmittelbar über. Diese Entziehung ist aber keine unbeschränkte, vielmehr würde das Sorgerecht der Mutter wieder wirksam werden, wenn dasjenige des Vaters, z. B. durch dessen Tod, wegfiele.

5. Vertretung des Kindes im Falle der Wiederverheiratung der Mutter. a) HessRspr. **9** 2 wird (von einem ungenannten Verf.) die Ansicht vertreten, daß das Fürsorgerecht der geschiedenen Mutter mit Eingehung der neuen Ehe im Sinne der §§ 1697, 1696 eine Einschränkung erfahre, daß aber, da in diesem Falle ein Vormund nicht zu bestellen sei, ein Pfleger bestellt werden könne mit dem Wirkungskreise, wie er einem Beistande der Mutter bei der persönlichen Fürsorge für die Minderjährigen zusteht. b) Dagegen *Boschan, HessRspr. **9** 93. Die Bestellung eines Pflegers kann nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (§ 1909) in Frage kommen, insbes. dann, wenn dem Vater das Recht der Personenfürsorge nach § 1666 BGB. entzogen ist oder wenn es sich um Angelegenheiten handelt, an deren Besorgung der Vater rechtlich oder tatsächlich verhindert ist.

§ 1636. 1. Entsprechende Anwendung des § 1636. **RG. 69** 94, DJZ. **08** 972, JW. **08** 486, R. **08** II 469. Der § 1636 Abs. 2 ist analog anzuwenden,

wenn die Eheleute getrennt leben. Im Falle eines Scheidungsprozesses sind zwar die Gerichte nach § 627 ZPO. zuständig, durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Prozesses im allgemeinen auch den Verkehr der Eltern mit den Kindern zu regeln, aber schon Abs. 3 des § 627 deutet darauf hin, daß die Regelung im einzelnen dem Vormundschaftsrichter zusteht. Ebenso PosMSchr. **08** 162 (Posen) gegen RJA. **6** 19 (KG.).

2. Keine entsprechende Anwendung. DJZ. **08** 252 (KG.). Der leiblichen Mutter steht ein rechtlicher Anspruch auf Gestattung des persönlichen Verkehrs mit den Kindern, welche von einem Dritten an Kindesstatt angenommen sind, nicht zu (BGB. § 1765). Eine analoge Anwendung des § 1636 ist ausgeschlossen. Allerdings hat der Annehmende und nach seinem Tode der Vormund bei der Erziehung des Kindes auf das Verhältnis zu seinen leiblichen Eltern diejenige Rücksicht zu nehmen, die das Sittengesetz fordert. Die Frage, ob der unehelichen Mutter eines Adoptivkindes der persönliche Verkehr mit diesem zu gestatten ist, betrifft also die Art der Erziehung.

3. Verfahren. a) Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **6** Ziff. 4 c zu § 1636) auch SeuffBl. **08** 185, BayRpflZ. **08** 22, ZBlFG. **9** 74, R. **08** II 497. b) Die Entsch. OLG. **16** 9 (Braunschweig) (JDR. **6** Ziff. 5 zu § 1636) auch SeuffA. **63** 411.

4. Ordnungsstrafen nach Landesrecht. a) BoschersZ. **50** 240, R. **08** II 593 (Stuttgart). Es ist zulässig, einer Mutter, bei der sich das Kind befindet, unter Androhung landesgesetzlich zugelassener Ordnungsstrafen aufzugeben, die Anordnungen über den Verkehr des Kindes mit dem Vater zu befolgen. b) KGJ. **36** A 6 (KG.) schließt sich in Beantwortung der Frage, ob das Vormundschaftsgericht die Befolgung seiner Anordnungen über den Verkehr eines geschiedenen Ehegatten mit dessen Kindern zwangsweise mit Ordnungsgeldstrafen durchsetzen kann, soweit dies nach Landesrecht zugelassen ist, der Entsch. **RG. 63** 236 an. Hierbei ist jedoch (in Preußen) erforderlich, daß in der zu vollstreckenden Verfügung dem zu zwingenden Ehegatten eine konkrete, hinlänglich bestimmte Verpflichtung der im Art. 15 PrFGG. bezeichneten Art, z. B. über die Zeit, den Ort und die sonst in Betracht kommenden Umstände einer Zusammenkunft auferlegt wird. Soll der verpflichtete Gatte dem anderen seine Kinder mittels einer Reise zuführen, mit der erhebliche Kosten verbunden sind, so kommt es darauf an, ob er nach seinen Vermögensverhältnissen in der Lage ist, die Reisekosten zu zahlen. Ist dies nicht der Fall, so ist seine Bestrafung nicht zulässig, weil die Zuführung der Kinder nicht ausschließlich von seinem Willen abhängt, wie PrFGG. Art. 15 voraussetzt. Doch kann in der Weise geholfen werden, daß der andere Ehegatte die Reisekosten rechtzeitig vorschießt.

§ 1638. 1. OLG. **17** 266 (KG.). Ist gemäß §§ 1628, 1638 zur Ausübung der den Kindern zustehenden Vermögensrechte ein Pfleger bestellt, so kann die Erwägung, daß dem Vater die Sorge für die Person seiner Kinder zusteht, wohl dazu führen, daß sein Anspruch, über den Stand des Kindesvermögens unterrichtet zu werden, als berechtigt anzuerkennen ist, begründet aber für ihn nicht das Recht, die von dem Pfleger gelegte Rechnung zu bemängeln und zu einzelnen Posten Aufklärung zu verlangen. Die Beaufsichtigung des Pflegers ist nach §§ 1837, 1915 BGB. Sache des Vormundschaftsgerichts, welches Mitteilungen des Vaters als Anregung benutzen kann und seiner Amtspflicht gemäß unter Umständen weiter zu verfolgen hat.

2. SeuffA. **63** 461 (Braunschweig). Eine Verwaltung des den Kindern zugewendeten Vermögens kann auch in der Sicherung eines Rechtes bestehen, z. B. wenn schon vor der Herausgabe eines Vermächtnisses oder dem Eintritte der Nacherbfolge eine solche notwendig wird. Auch für diese Zeit kann dem Vater der Kinder bereits die Verwaltung entzogen werden, wie dies schon nach gemeinem Rechte zu-

lässig war (BraunschwZ. **34** 1), und er ist dann zur Geltendmachung der Sicherung des den Kindern zugewendeten Vermögens nicht befugt, auch wenn für die Kinder durch Bestellung eines Pflegers nicht gesorgt ist.

§ 1640. 1. BadNotZ. **08** 30 (LG. Karlsruhe). Der Gewalthaber über ein Kind, das an der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft teilnimmt, braucht auf Grund des § 1640 ein Verzeichnis des zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens nicht einzureichen.

2. HessRspr. **9** 73, ZBlFG. **9** 323. Ein Vermögensverzeichnis nach § 1640 kann auch zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden.

3. Vgl. auch zu § 1674.

§ 1642. *Peiser, PosMSchr. **08** 3. Will der Gewalthaber mit dem eigenen minderjährigen Kinde ein Darlehnsgeschäft schließen, so findet § 1642 keine Anwendung, denn von einer Anlegung von Geld kann keine Rede sein, wenn der Gewalter das Geld des Kindes als Darlehen erhalten und verbrauchen will. §§ 1795, 181 BGB. greifen Platz. Das Vormundschaftsgericht hat nicht die Befugnis, dem Gewalthaber zu gestatten, daß er mit sich selbst kontrahiere. Vielmehr ist ein Pfleger zu bestellen behufs Abschluß des Darlehnsgeschäfts (vgl. oben Ziff. I 1 zu § 181 BGB.).

§ 1643. 1. a) ElsLothJZ. **08** 93 (Colmar). Keiner Genehmigung bedarf ein Vater zur gleichzeitigen Bestellung einer Hypothek für den Kaufpreis eines Grundstücks, das er für seinen unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Sohn erwirbt. Die Gründe ElsLothJZ. **07** 626 (Colmar) (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1445 BGB.) bezüglich einer Hypothek für den Kaufpreis eines von dem Ehemanne für die Gütergemeinschaft erworbenen Grundstücks greifen auch hier Platz. b) BreslauAK. **08** 53 (Breslau). Es bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Kaufvertrage, durch den der Vater für das Kind ein Grundstück unter Übernahme von Hypotheken erwirbt, denn die Vereinbarung des Weiterbestehens der Hypothek enthält die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit im Sinne des § 1822 Ziff. 10. Vgl. OLG. **9** 461 (KG.).

2. v. Warnstedt, R. **08** 549, vertritt, gegenüber der in Westfalen geübten Praxis, die Ansicht, daß die §§ 1643, 1821 BGB. auch gegenüber dem westfälischen ProvinzialG. vom 16. April 1860, wonach der überlebende Ehegatte durch lästige Verträge auch Grundstücke veräußern und verpfänden kann, gelten.

3. Vgl. auch zu §§ 1821 ff., 1822 Ziff. 10, 1829.

Literatur: Hein, Das elterliche Nutznießungsrecht am Kindesvermögen nach dem BGB. Worms 1908 (Diss.).

§ 1649. PosMSchr. **08** 4 (LG. Danzig). Sind minderjährige Kinder als Erben eingesetzt und ist dem Gewalthaber der Nießbrauch vermacht, so ist der Gewalthaber berechtigt, sich selbst den Nießbrauch zu bestellen, denn die Bestellung ist eine obligatorische des Erben (BGB. § 181). Ob aber der Wille auf Bestellung des Nießbrauchs kraft Testaments gerichtet war und nicht lediglich auf die Ausübung des gesetzlichen elterlichen Nutznießungsrechts gerichtet ist, wird im Einzelfalle schwer zu entscheiden sein und deshalb die Frage offen bleiben, ob das Nießbrauchsvermächtnis im gegebenen Falle bereits erfüllt ist. Zur Erklärung der Annahme oder Ausschlagung des Nießbrauchsvermächtnisses bedarf es der Bestellung eines Pflegers, dem gegenüber die Erklärung nach § 2180 BGB. abzugeben ist. Das gesetzliche Nutznießungsrecht genießt einen größeren Schutz gegenüber Pfändungen als die fortlaufenden Einkünfte auf Grund der Fürsorge oder Freigebigkeit eines Dritten (§ 862 im Verhältnisse zu § 850 Abs. 1 ZPO.). § 862 Abs. 1 ZPO. schützt das gesetzliche Nutznießungsrecht selbst vor Pfändung, Abs. 2 auch die kraft elterlicher Nutznießung erworbenen Früchte, soweit sie zur Erfüllung der in den §§ 1384—1387 BGB. bestimmten Verpflichtungen erforderlich

sind. Ordnet der Erblasser nicht den Nießbrauch, sondern eine Vorerbschaft an, so sind die Nutzungen dem Zugriffe der Gläubiger des Vorerben ohne Einschränkung unterworfen; eine Pfändungsbeschränkung besteht nach § 863 ZPO. nur für den Fall des § 2338 BGB. — Vgl. auch unten zu § 2174 BGB.

§ 1653. 1. SächsRpflA. **08** 43 (Dresden). Aus der Vorschrift des § 1653 folgt, daß dem Vater kein unbeschränktes Verfügungsrecht über das Kindesvermögen zusteht; verbraucht daher der Vater nicht verbrauchbare Sachen oder andere Vermögensbestandteile des Kindes, wie Forderungen, für sich, so entbehrt die Verfügung über Vermögen des Kindes diesem gegenüber der rechtlichen Wirksamkeit. Schließt er ein Rechtsgeschäft ab, das die Einziehung einer zum Kindesvermögen gehörenden Forderung und ihre Verwendung in seinem Interesse zum Gegenstande hat, verwendet er z. B. Sparkassenbücher der Kinder zur Bezahlung eigener Schulden, so ist das Rechtsgeschäft den Kindern gegenüber unverbindlich, weil ihm zu seiner Eingehung die Befugnis fehlte. Der Empfänger der Leistung (z. B. der Sparkassenbücher und der von ihm abgehobenen Beträge) ist daher auf Kosten der Kinder ohne rechtlichen Grund bereichert und zu deren Herausgabe verpflichtet (BGB. §§ 812, 808). Auf seinen guten Glauben kann sich daher der Empfänger nicht stützen, da einen solchen, der gegen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung schütze, das Gesetz nicht kennt.

2. Vgl. auch zu § 1674.

§ 1654. 1. **a)** R. II **08** 94 (Breslau). Der Vater hat die Kosten eines von ihm in gesetzlicher Vertretung seines Sohnes geführten Prozesses zu tragen und haftet dem Anwalt als Gesamtschuldner für die Kosten (vgl. § 1388 BGB.), einerlei, ob der Sohn Vermögen hat, das der Nutznießung des Vaters unterliegt. Eine Ausnahme greift nur Platz, wenn es sich um freies Vermögen des Kindes bei dem Prozesse handelt, zu diesem gehört aber ein Anspruch auf Entschädigung für einen Unfall jedenfalls dann nicht, wenn das Kind sich noch gar nichts erworben hatte (§ 1651 Ziff. 1). **b)** OLG. **16** 226, R. **08** II 167 (Frankfurt). Die Frage, ob ein Vater die Kosten eines von ihm für sein Kind geführten Rechtsstreits schlechthin zu tragen hat, sofern ihm nur das Recht der elterlichen Nutznießung zusteht, oder nur dann, wenn die Nutznießung auch existent ist, wenngleich nicht mit einem zur Deckung der Kosten ausreichenden Betrag, ist nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse zu entscheiden. Hat der Vater lediglich kraft seines Nießbrauchsrechts für das Kind Klage erhoben, so haftet er für die Kosten ohne weiteres auch mit seinem eigenen Vermögen, selbst wenn er keine Nießbrauchserträgnisse bezieht. Hat er dagegen lediglich in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter geklagt, und dafür spricht die Vermutung, so haftet er für die Prozeßkosten nicht mit dem eigenen Vermögen.

2. **a)** KGJ. **36** B 3, OLG. **17** 244 (KG.). Aus der entsprechenden Anwendung des § 1385 folgt, daß der Vater in der Regel die dem Hauskind obliegenden öffentlichen Lasten zu tragen hat, und es bedarf nicht des Nachweises, daß Kindesvermögen vorhanden ist oder daß dieses zur Deckung der Schulden ausreicht. Der Vater muß nur an sich kraft seiner elterlichen Gewalt das Recht der Nutznießung haben. Zu den öffentlichen Lasten gehören auch die öffentlichen Abgaben und zu diesen die Gebühren (einschl. der Auslagen), die der Staat für seine Tätigkeit in Angelegenheiten der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit erhebt. Aus Satz 3 des § 1654 folgt nicht, daß der Begriff der Lasten, soweit Gerichtskosten in Frage kommen, habe beschränkt werden sollen. **b)** Ebenso BayRpflZ. **08** 25 (München); selbst für den Fall, daß in dem Prozesse dem Kinde das Armenrecht bewilligt war. **c)** Dagegen R. **08** II 469 (Naumburg). Ansprüche des Fiskus gegen den Vater auf Zahlung der Kosten für Prozesse, die er für das Kind geführt hat, können nur dann

geltend gemacht werden, wenn tatsächlich seiner Nutzung unterliegendes Vermögen des Kindes vorhanden ist.

§ 1659. KGBl. **08** 20 (KG.). Der Anspruch eines Gläubigers auf Herausgabe von Kindesvermögen läßt sich während des Bestehens der elterlichen Gewalt nicht in der Weise verwirklichen, daß gegen den Vater der Anspruch des Kindes auf Herausgabe von Sachen gepfändet und deren Überweisung verlangt wird. Ebensowenig kann die Vorschrift des § 1659 einen durch Klage verfolgbaren Anspruch des Gläubigers gegen den Vater des Inhalts begründen, daß er ihm das Kindesgut zur Zwangsvollstreckung herausgebe.

§ 1666. I. Verschulden als Voraussetzung. 1. a) HessRspr. **9** 47 wird (von G. E.) in Übereinstimmung mit Opet und v. Blume angenommen, daß das BGB. dem § 1666 das „Verschuldungsprinzip" nicht habe zugrunde legen wollen, daß zwar ein rein objektives Verhalten des Gewalthabers nicht genüge, andererseits aber eine moralische Zurechenbarkeit nicht gefordert werde, vielmehr nur ein Verhalten, das einen Ausfluß aus der Persönlichkeit des Gewalthabers darstelle und diese als gefährlich kennzeichne. b) Dagegen HessRspr. **9** 78, wo ferner ausgeführt wird, daß ein Verschulden der Mutter (§ 1686) nur dann in Betracht komme, wenn sie die elterliche Gewalt ausübe. c) SchlHolstAnz. **08** 273 (KG.). Die Gefährdung des Wohles des Kindes im Sinne des § 1666 Abs. 1 setzt ein Verschulden des Vaters voraus, es genügt nicht die Feststellung, daß der Vater nicht imstande sei, seiner Fürsorgepflicht gerecht zu werden.

2. PosMSchr. **08** 30 (KG.). Die Einwilligung des Vaters in die Entziehung der elterlichen Gewalt rechtfertigt nicht diese Entziehung, da die elterliche Gewalt auch Pflichten begründet, die dem Vater nicht schon deswegen abgenommen werden können, weil er sich ihrer zu entledigen wünscht, vielmehr kann diese Einwilligung immer nur neben anderen Umständen, insbesondere als eine Bekundung der Interesselosigkeit berücksichtigt werden.

II. Mißbrauch. a) R. **08** II 304 (KG.). Wenn die Mutter auf Grund ihres Personensorgerechts den Aufenthalt ihres Kindes dahin bestimmt, daß dieses mit ihr zusammenleben soll, obgleich sie selbst an Tuberkulose leidet und eine Ansteckungsgefahr für das Kind besteht, und obwohl das Kind anderweit gut untergebracht ist, so kann darin im besonderen Falle ein Mißbrauch des Sorgerechts gefunden werden. b) OLG. **16** 227 (KG.). Ein Mißbrauch des Personensorgerechts ist es, wenn der Vater jedes Anerbieten, die Kinder in geordnete Verhältnisse (Waisenpflege) zu bringen, aus dem Grunde ablehnt, um seine eigene Hilfsbedürftigkeit und die Gewährung von Unterstützungen fortwähren zu lassen. c) KGJ. **36** A 10, OLG. **17** 277 (KG.). In der Weigerung des Vaters, seine Einwilligung zur Unterbringung seines nicht vollsinnigen (geistig schwachen, epileptischen, taubstummen, blinden) Kindes in einer für solche Leidende bestimmten Anstalt zu erteilen, kann unter Umständen ein Mißbrauch des Personensorgerechts oder eine Vernachlässigung des Kindes im Sinne des § 1666 gefunden werden (KGJ. **23** 52, **26** 29, **30** 17). Dabei ist jedoch in objektiver Beziehung die Feststellung erforderlich, daß die Unterbringung des Kindes in der Anstalt einerseits wegen seines leidenden Zustandes in seinem Interesse geboten und andererseits mit den zur Verfügung stehenden Mitteln praktisch durchführbar ist, sowie ferner nach der subjektiven Seite hin, daß der Vater seine Zustimmung schuldhaft verweigert. Dies ist nur der Fall, wenn von der anderweitigen Unterbringung des Kindes für dieses wirklich wesentliche Vorteile, z. B. für seine Gesundheit oder für seine Ausbildung, zu erwarten sind, und andererseits, wenn die Unterbringung an sich praktisch durchführbar ist, insbesondere die dazu notwendigen Mittel zur Verfügung stehen. Ein Verschulden des Vaters wird regelmäßig erst dann vorliegen, wenn er trotz eingehender Belehrung gegenüber dem ihm mitgeteilten

begründeten Gutachten Sachverständiger halsstarrig an seiner entgegengesetzten eigenen Meinung festhält. Soweit es sich nur um eine Heilung des Kindes handelt, haben nach § 31 PrG. vom 8. März 1871/11. Juli 1891 die Armenverbände die dadurch entstehenden Kosten zu tragen, und der mittellose Vater macht sich daher eines Mißbrauchs seines Sorgerechts schuldig, wenn er seine Zustimmung zu der Unterbringung seines Kindes verweigert. Anders, wenn die Unterbringung zur Erlangung nützlicher Fertigkeiten erfolgt, da für diese Kosten der Armenverband nicht aufzukommen hat und dem mittellosen Vater daher nicht ohne weiteres ein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er die Einwilligung zur Unterbringung seines Kindes verweigert, solange die hierzu erforderlichen Verpflegungskosten nicht hinreichend sichergestellt sind. Ebenso OLG. **17** 279 (KG.) u. 280 (KG.).

III. Gefährdung. **a)** R. **08** II 541 (BayObLG.). Aus einem in naher Vergangenheit liegenden, das Kind gefährdenden Verhalten kann auf eine Neigung zu solcher Gefährdung und daher auf eine gegenwärtige Gefahr geschlossen werden. **b)** BadRpr. **08** 254, ZBlFG. **9** 325 (Karlsruhe) bejaht eine Gefährdung eines elfjährigen Knaben, wenn der Vater häufig trinkt, dann zeitweise nicht arbeitet, auch zusammen mit einem älteren Sohne mit einem Frauenzimmer, das bei ihm übernachtet hat, in Wirtschaften herumgezogen ist und sich des geschlechtlichen Umganges mit ihr berühmt hat.

IV. Verletzung der Unterhaltspflicht. PosMSchr. **08** 30 (KG.). Zu der nach § 1666 Abs. 2 gebotenen Prüfung, ob für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Rechtes des Kindes auf Unterhalt zu besorgen ist, bedarf es einer Feststellung, ob die bisherige Nichtgewährung des Unterhalts auf Unvermögen (Krankheit) des Vaters oder auf bösem Willen beruht. Wenn der Vater auch zur Zeit vermögenslos ist, so kann doch die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung des Kindesvermögens im Hinblick auf einen zu erwartenden Vermögensanfall gerechtfertigt und von praktischer Bedeutung sein.

V. Verfahren. Beschwerde. 1. SächsOLG. **29** 47 hält es für zulässig, eine Anordnung aus § 1666 in der Weise zu treffen, daß das Vormundschaftsgericht den persönlichen Verkehr der Kinder mit dem Vater zu regeln sich vorbehält.

2. **a)** OLG. **16** 191 (KG.). Durch die Entziehung des Personensorgerechts ist der Gewalthaber in vollem Umfange für unfähig erklärt, die Interessen des Kindes noch weiterhin zu vertreten; es steht ihm deshalb in persönlichen Angelegenheiten des Kindes ein Beschwerderecht (FGG. §§ 20, 57 Ziff. 9) nicht zu. Er ist nur in der Lage, zu einer richterlichen Tätigkeit die Anregung zu geben. **b)** OLG. **17** 267 (KG.). Das Beschwerdegericht ist in einem nach § 1666 eingeleiteten Verfahren nicht verpflichtet, den Vater nochmals anzuhören, es müßten denn in der Beschwerdeinstanz wesentliche neue Tatsachen hervorgetreten sein, die eine erneute Anhörung der Beteiligten als unumgänglich notwendig erscheinen lassen. **c)** ElsLothJZ. **08** 150 (Colmar). Die nur gegen Verletzung des Gesetzes statthafte weitere Beschwerde läßt sich nicht darauf gründen, daß sich das Vormundschaftsgericht im Falle des § 1666 der Bestellung eines Pflegers enthalten und die von Amts wegen gemäß § 12 FGG. veranstalteten Ermittelungen nicht weit genug ausgedehnt habe. **d)** Vgl. auch unten § 1673 zu Ziff. 2.

Literatur: Köhne, Ist eine Abänderung des preuß. Fürsorgeerziehungsgesetzes erforderlich? DJZ. **08** 226. (Die Frage wird verneint).

VI. Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung). A. Preußen. 1. Voraussetzung. SchlHolstAnz. **08** 241 (KG.). Die Anordnung der Fürsorgeerziehung ist unzulässig, wenn die Trennung der Kinder von ihren Eltern und die Gewährung von Obdach und Unterhalt außerhalb des Elternhauses ausreicht, um die Gefährdung des geistigen und leiblichen Wohles der Kinder zu verhüten.

Der Armenverband hat in einem solchen Falle für die geeignete Unterbringung der Kinder Sorge zu tragen.

2. Verhältnis zur Armenpflege. a) PrVerwBl. **29** 765, DJZ. **08** 1038, RheinARV. **26** 89 (PrOVG.). Ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1666, durch den die Unterbringung eines Kindes in einer geeigneten Familie oder in einer Anstalt angeordnet wird, ist seinem Inhalte nach nichts anderes als die Anordnung einer Zwangserziehung. Ein solcher Beschluß ist für den Armenverband nicht verbindlich und vermag insbesondere eine sonst nicht vorhandene Hilfsbedürftigkeit nicht zu begründen. Die Leistungen des Armenverbandes beschränken sich auf die Gewährung von Obdach, Unterhalt und Krankenpflege (§§ 1, 63 PrG. vom 8. März 1871). Reichen diese Leistungen nicht aus, um den vom Standpunkte des Vormundschaftsgerichts in bezug auf die Sorge für die Person des Kindes zu stellenden Anforderungen zu genügen, so hat die Fürsorgeerziehung Platz zu greifen. Daß die Einleitung eine der Art nach schärfere Maßregel bedeute, kann gegenüber KGJ. **25** A 201 nicht anerkannt werden. Auch die Fürsorgeerziehung ist nichts anderes als eine Zwangserziehung und deren Anordnung setzt voraus, daß ohne sie der Verwahrlosung des Kindes nicht vorgebeugt werden kann. Insoweit hat der diese Voraussetzung aufstellende § 1 Ziff. 1 PrFürsErzG. für das Anwendungsgebiet des § 1666 keine Bedeutung, vielmehr nur für den Fall des § 1838, in welchem eine solche Anordnung auch zulässig ist, wenn eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Mündels nicht zu befürchten ist. b) Dagegen KGJ. **36** A 16, OLG. **17** 268, DJZ. **08** 1405 (KG.). Mit der Aufstellung des Grundsatzes der allgemeinen Unverbindlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Anordnungen aus § 1666 Abs. 1 für die Armenverbände hat sich der I. Sen. des OVG. nicht allein zum KG., sondern auch zum Bundesamte für Heimatwesen (**3** 49, **16** 91, **19** 27, 28, 65, 117, **32** 45, 148, **34** 79, **36** 52, **39** 30) und zum II. Sen. des OVG. (II 62) in einen scharfen Gegensatz gestellt. Es wird dabei verkannt, daß nicht jede Art der auf Grund des § 1666 Abs. 1 verfügten Unterbringung „zum Zwecke der Erziehung" erfolgt, sondern daß eine anderweite Unterbringung auch lediglich zu dem Zwecke angeordnet werden kann und angeordnet wird, damit das Kind in Zukunft von seinen Eltern getrennt lebt. Die Unterbringung zum Zwecke der Erziehung (Satz 2) ist unmittelbar auf die Herbeiführung einer anderweitigen Erziehung des Kindes gerichtet und geht daher allerdings über den Zweck der armenrechtlichen Fürsorge hinaus; insoweit ist auch dem OVG. zuzustimmen, daß der Armenverband die hierdurch entstandenen Kosten nicht zu tragen hat. Die bloße Unterbringung dagegen (Satz 1) geht auf die Verschaffung des Lebensunterhalts an einer anderen Stelle und ist daher keine Maßregel oder „Zwangserziehung" im Sinne des Art. 135 EGBGB. Übrigens ist auch die bloße anderweitige Unterbringung regelmäßig unmöglich, ohne daß an dem Kinde an seiner neuen Unterkunftsstelle gewisse Erziehungshandlungen ausgeübt werden. Der Armenverband ist daher auf Grund seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht dem nach vormundschaftsgerichtlicher Anordnung getrennt von seinen Eltern untergebrachten hilfsbedürftigen Kinde zur Leistung derartiger unentbehrlicher Erziehungshandlungen in der gleichen Weise verbunden, wie einem Waisenkinde. Dem weiter vom OVG. aufgestellten Grundsatze, daß die Frage, ob Hilfsbedürftigkeit vorliege, nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse beurteilt werden müsse, ist beizutreten. Indessen wird durch die von dem Vormundschaftsgericht innerhalb seiner sachlichen Zuständigkeit getroffene Anordnung nicht nur eine Rechts-, sondern auch eine Sachlage geschaffen, die vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung von allen Behörden und Privaten mit den sich daraus ergebenden Folgen anzuerkennen ist. Dies gilt auch von den Armenbehörden, ohne daß es hierfür einer ausdrücklichen, auf den Einzelfall gerichteten Sondervorschrift

im Armenrechte bedarf. Der § 1666 ist seinem inneren Wesen nach eine Bestimmung öffentlich-rechtlicher Natur. Wenn daher auch die Anordnung des Vormundschaftsgerichts den Armenverband nicht formell zu einer Leistung verpflichtet (KGJ. **22** A 240, **25** A 260), so hat er doch materiell der Anordnung des Vormundschaftsgerichts Geltung zu verschaffen, und es steht den Verwaltungsbehörden nicht zu, die sachliche Richtigkeit des ergangenen Beschlusses nachzuprüfen. — Wenn ferner das OVG. ausführt, daß der Armenverband der armenrechtlichen Pflege durch das Vorhandensein eines Unterhaltspflichtigen überhoben werde, der gegenwärtig, fähig und bereit sei, sich seiner Pflicht zu unterziehen, so ist diesem Grundsatze zuzustimmen, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dabei der Ausdruck „fähig" in der richtigen Weise aufgefaßt wird. Unfähig zur Verpflegung eines Kindes in ihrem eigenen Haushalte sind nicht bloß Eltern, denen es an den dazu nötigen äußeren Mitteln fehlt, sondern auch diejenigen, welchen die hierfür erforderliche sittliche Fähigkeit abgeht. Der Entziehung oder entsprechenden Einschränkung des elterlichen Personensorgerechts auf Grund des § 1666 Abs. 1 ist aber gerade die Bedeutung beizumessen, daß die Eltern für unfähig erklärt werden, das Recht der Personensorge über ihre Kinder durch deren Verpflegung in ihrem Haushalt oder sonst persönlich auszuüben. Diese Unfähigkeitserklärung müssen auch die Armenverbände beachten. **c)** Nach Schmitz, DJZ. **08** 1361, findet die Unterscheidung des KG. zwischen Unterbringung zum Zwecke der Erziehung und der bloßen Unterbringung zum Zwecke der Verschaffung des Lebensunterhalts an einer anderen Stelle im Gesetze keine Stütze. Nach § 1666 ist die Sicherung eines geordneten Erziehungsganges, nicht die Bestreitung des Unterhalts für die Anordnung des Vormundschaftsgerichts der ausschlaggebende Grund. Eben dadurch unterscheidet sich die im Armenrechte begründete Pflicht, eine mittellose Vollwaise unterzubringen. Der Unterscheidung widerspricht auch, wie näher ausgeführt wird, der Gang der Gesetzesberatungen. **d)** Riese, PrVerwBl. **29** 772, billigt das Urt. des OVG. vom juristischen Standpunkte, befürchtet aber, daß in Zukunft viele Armenverbände die Ausführung der gemäß §§ 1666, 1838 BGB. erlassenen Beschlüsse ablehnen und daher Fürsorgeerziehungen in größerer Zahl einzuleiten sein werden, und empfiehlt deshalb eine Änderung der Armengesetzgebung in dem Sinne, daß zum notwendigen Unterhalt auch eine das sittliche Verderben verhütende Erziehung gehört.

3. Verfahren. **a)** R. **08** 421 (KG.). Zur Anordnung der vorläufigen Unterbringung eines Minderjährigen ist nicht jede Gefahr der Verwahrlosung ausreichend, vielmehr ist hierzu eine besonders dringliche, verschärfte Gefahr erforderlich, durch welche die unverzügliche Entfernung des Minderjährigen aus seinen bisherigen Lebensverhältnissen geboten wird. **b)** R. **08** 421 (KG.). Hat im Fürsorgeerziehungsverfahren das Vormundschaftsgericht die vorläufige Unterbringung des Minderjährigen angeordnet und beschließt demnächst das Beschwerdegericht die zeitweilige Aussetzung des Hauptverfahrens, so ist nicht die Vollziehung der vorläufigen Unterbringung auszusetzen, sondern ihre Anordnung aufzuheben. **c)** KGJ. **33** A 178 (KG.). Die Anordnung der vorläufigen Unterbringung eines Minderjährigen kann, solange sie noch nicht rechtskräftig ist, nur durch das Beschwerdegericht, nach Eintritt der Rechtskraft aber wegen veränderter Umstände von dem Gericht erster Instanz aufgehoben werden. **d)** R. **08** 421 (KG.). Nimmt das Vormundschaftsgericht (in Preußen) auf Grund neuer Vorgänge ein eingestelltes Fürsorgeerziehungsverfahren wieder auf, so hat es auch dann wieder die Eltern zu hören, wenn diese bereits in dem eingestellten Verfahren vernommen worden sind.

4. Wirkung. **a)** OLG. **16** 233 (KG.). Durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung wird die gesetzliche Vertretung des Kindes durch den bisherigen gesetzlichen Vertreter nicht berührt und nur soweit beschränkt, als die Erziehungsgewalt mit

den von ihr untrennbaren Befugnissen nach Sinn und Zweck der Fürsorgeerziehung auf die mit dieser betraute Behörde übergegangen ist. Dahingestellt gelassen wird, ob zur Stellung eines Strafantrags auf Grund des § 182 StGB. der Vater oder die Fürsorgeerziehungsbehörde berufen ist. **b)** Das KG. (1. Strafs.), DJZ. **08** 1109, bekämpft die Entsch. des **RG.** (Strafs.) **37** 1, wonach das pflegeelterliche Verhältnis, wenn es auf einer nach § 1666 getroffenen Anordnung des Vormundschaftsgerichts beruht, durch die das Kind zur Zwangserziehung untergebracht wird, als Elternverhältnis im Sinne des § 253 StGB. anzusehen sei, und zieht für den Fall, daß § 253 StGB. in so weitem Sinne zu verstehen sei, daß er alle Erziehungsleiter umfasse, denen auf Grund einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts die Ausbildung oder Erziehung eines Zöglinges durch den Vorstand einer Erziehungsanstalt anvertraut ist, die Rechtsgültigkeit des § 21 PrFürsErzG. mit Rücksicht auf § 2 EG. StGB. in Zweifel.

B. Bayern. **a)** BayRpflZ. **08** 168, R. **08** II 130 (BayObLG.). Geisteskrankheit der Eltern rechtfertigt die Anordnung der Zwangserziehung der Kinder nicht, wenn es sich lediglich um die Abwendung der Gefahr handelt, die der geistigen Gesundheit der Kinder durch ihren Verkehr mit den geisteskranken Eltern droht, kann aber das Vormundschaftsgericht veranlassen, von dem Rechte, den Aufenthalt der Mündel zu bestimmen (§§ 1631, 1800, 1837), Gebrauch zu machen. **b)** R. **08** II 337 (BayObLG.). Als ein besonderer, die Fortdauer der Zwangserziehung über 18 Jahr hinaus rechtfertigender Grund kann es angesehen werden, wenn zwar keine Besserung mehr zu erwarten ist, wohl aber einer noch ärgeren Verderbnis vorgebeugt werden kann.

C. Württemberg. BoschersZ. **08** 343 (Stuttgart). Die Fürsorgeerziehung ist als äußerstes Mittel nur dann anzuordnen, wenn alle anderen Mittel versagen. Nichterwerbsfähige Kinder sind durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts auf Kosten des Armenverbandes anderweit unterzubringen.

Literatur: Becker, Der Entwurf eines Fürsorgegesetzes im Königreiche Sachsen ZBlFG. **9** 305.

D. Sachsen. **a)** DJZ. **08** 1348 (SächsOVG.). Die durch den Mangel weiblicher Pflege und Aufsicht verursachte Unterbringung von Kindern in einer öffentlichen Anstalt ist nur dann als Ausfluß armenrechtlicher Fürsorge anzusehen, wenn der Vater zur Deckung der Kosten für Beschaffung einer weiblichen Hilfe außerstande ist. **b)** SächsOVG. **12** 150, R. **08** II 824. Zu dem Unterhalt im Sinne des § 4 SächsArmenO. vom 22. Oktober 1840 gehört auch die Erziehung der nicht mehr im Kindesalter stehenden Minderjährigen. Die nach § 50 SächsAGBGB. gegenüber schulpflichtigen Kindern zulässige Zwangserziehung kann auch gegenüber den im fortbildungsschulpflichtigen Alter stehenden Minderjährigen angeordnet werden (ebenso FischersZ. **29** 313, SächsOLG. **26** 230, abw. BAH. **38** 104). Keine Zwangserziehung, wenn die Unterbringung eines Minderjährigen in einer Erziehungsanstalt im Einverständnisse mit dem Vater des Unterzubringenden erfolgt.

§ 1667. KGJ. **35** A 9 (KG.). Die Bestellung eines Pflegers neben dem Vater mit der Aufgabe seiner beständigen Überwachung bei der Verwaltung des Kindesvermögens ist an sich (BGB. § 1909) sowie als Maßregel aus § 1667 unzulässig. Ein solcher Pfleger würde im wesentlichen die Aufgabe haben, wie sie ein Gegenvormund neben dem Vormunde (§ 1799) oder ein Beistand neben der Mutter (§ 1689) in bezug auf das von diesen zu verwaltende Vermögen hat, dies steht aber grundsätzlich nicht im Einklange mit der Gestaltung, die das BGB. der elterlichen Gewalt des Vaters gegeben hat. Die Entscheidung darüber, ob eine Erbauseinandersetzung zwischen dem Vater und dem Kinde im Interesse des letzteren oder ob sie gerichtlich oder außergerichtlich stattfinden soll, bildet einen wesentlichen Bestandteil der Verwaltung des Kindesvermögens

durch den Vater (§§ 1638 ff., 2042) und steht daher grundsätzlich während der Dauer dieser Verwaltung allein dem Vater zu. Entscheidet sich der Vater dahin, daß die Auseinandersetzung stattfinden soll, so muß dem Kinde zur Vertretung bei dieser ein Pfleger bestellt werden (§ 1795 Abs. 2, §§ 181, 1630 Abs. 2 Satz 1, § 1909 BGB.). Der Pfleger hat jedoch nur das Kind bei der Auseinandersetzung zu vertreten, dagegen nicht zu bestimmen, ob die Auseinandersetzung eingeleitet oder fortgesetzt werden soll. Eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts, daß die Entscheidung über die Vornahme der Erbauseinandersetzung statt vom Vater von einem Pfleger getroffen werden soll, enthält eine teilweise Entziehung der Verwaltung des Kindesvermögens und ist daher als Maßregel aus § 1667 unzulässig. Dagegen kann dem Vater die Vertretung des Kindes für die Entscheidung, ob eine solche Auseinandersetzung stattfinden soll, gemäß §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2 BGB. dann entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zu dem des Vaters in erheblichem Gegensatze steht. Dadurch ist dann ohne weiteres der Fall des § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB. gegeben und dem Kinde ein Pfleger zu bestellen, damit er die Entscheidung an Stelle des rechtlich verhinderten Vaters treffe. Entscheidet er sich in diesem Sinne, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit der Bestellung eines Auseinandersetzungspflegers, wobei es nicht ausgeschlossen ist, daß für beide Verrichtungen derselbe Pfleger bestellt wird.

§ 1670. OLG. **16** 246 (Hamburg). Der Umstand, daß gegen den Vater ein Entmündigungsverfahren eingeleitet ist, gibt dem Vormundschaftsgerichte kein Recht, dem Vater die Verwaltung des Kindesvermögens zu entziehen, ebensowenig findet § 1678 Anwendung.

§ 1673. 1. a) OLG. **16** 186 (KG.). Die Verletzung des § 1673 kann nur dann zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen, wenn nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß bei ihrer Befolgung eine dem Beschwerdeführer günstigere Entscheidung zu erwarten gewesen wäre. Dies ist nicht der Fall, wenn die bekannten Verwandten des Kindes, deren Anhörung in Betracht kommen könnte, verstorben oder verschollen sind. b) OLG. **17** 277 (KG.). Dem § 1673 ist beim Ausbleiben der Anzuhörenden nicht durch eine einfache Ladung genügt, den vorgeladenen Personen muß vielmehr in der erforderlichen Weise mitgeteilt werden, um was es sich handelt. c) OLG. **17** 280 (KG.). Eine Form, in der die Anhörung des Vaters zu erfolgen hat, ist nicht vorgeschrieben; der Vorschrift des § 1673 ist genügt, wenn der Vater sich in der Beschwerde geäußert und diese dem Beschwerdegerichte vorgelegt hat. Die Vorschrift des § 1673 Abs. 2 begründet nicht die Pflicht, jeden Verwandten auch des entferntesten Grades zu hören, es soll nur alles geschehen, was nach vernünftigem Ermessen zur Aufklärung der Sache beizutragen vermag.

2. R. **08** II 452 (KG.). Bei der Entziehung des Personensorgerechts durch eine vorläufige Anordnung nach § 1666 BGB. darf das Vormundschaftsgericht von der vorherigen Anhörung der Eltern absehen, wenn dadurch die dringlich gebotene Maßregel vereitelt oder verzögert werden würde. In diesem Falle soll jedoch das um Aufhebung der Maßregel angerufene Beschwerdegericht die vorher nicht gehörten Eltern vor seiner Entscheidung hören.

§ 1674. **RG.** WarnE. **1** 379. Hat das Vormundschaftsgericht genehmigt, daß Kindergelder von einer Sparkasse abgehoben und zu einem Bau verwendet werden, durch Eintragung auf dem Baugrundstück aber erst nach der Bebauung Mündelsicherheit erlangen, so handelt der Vormundschaftsrichter fahrlässig, wenn er vor Erteilung der nach §§ 1642, 1653 erforderlichen Genehmigung es an der erforderlichen Nachforschung nach den tatsächlichen Verhältnissen hat fehlen lassen und infolgedessen die Kindergelder verloren gegangen sind. Kein überwiegendes Verschulden des 20 jährigen Sohnes, wenn er aus Unerfahren-

heit die Bauausführung und die beabsichtigte Errichtung der Hypothek für möglich hielt und, ohne befragt zu sein, dem Vormundschaftsgericht über die ihm bekannte Sachlage keinen Aufschluß gab.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1684. OLG. **17** 281 (Hamburg). Eine letztwillige Verfügung, durch die die Mutter von der Ausübung der elterlichen Gewalt ausgeschlossen wird, ist insoweit unwirksam, als dadurch der Erblasser die Mutter von der Sorge für die Person des Kindes und das diesem anderweit etwa zustehende Vermögen ausschließen wollte. Es ist aber keine Gesetzesverletzung, insbesondere der §§ 2084, 1909, die Verfügung in dem beschränkten Umfange zu verstehen, daß der Erblasser die Sorge für das dem Kinde durch das Testament zufallende Vermögen der Mutter entziehen wollte, und demgemäß eine Pflegschaft für die Verwaltung des dem Kinde kraft des Testaments unter dieser Verfügung hinterlassenen Vermögens anzuordnen.

§ 1685. OLG. **17** 282 (KG.). Die Frage der Behinderung des Vaters ist einheitlich zu beurteilen; es kommt auf die Behinderung im ganzen an (KGJ. **31** A 53). Der Umstand, daß die Mutter oder die Kinder mangels Kenntnis des jeweiligen Aufenthalts des Vaters diesen vorübergehend nicht erreichen konnten, begründet an sich noch keine Behinderung des Vaters.

§ 1686. 1. R. **08** 211 (KG., Strafs.). Ist dem Stiefvater — was zulässig erscheint — von der leiblichen Mutter das Züchtigungsrecht über das Stiefkind übertragen, so darf er keine anderen Zuchtmittel anwenden, als sie dem Inhaber des Rechtes zustehen, das sind aber nach §§ 1631 Abs. 2 und 1686 BGB. nur angemessene Zuchtmittel. Die Ausübung des Züchtigungsrechts wird durch den Erziehungszweck begrenzt. Strafbar ist eine Überschreitung des Züchtigungsrechts nur, wenn der Täter sich ihrer und, daß er rechtswidrig gehandelt hat, bewußt gewesen ist.

2. RheinARV. **26** 118 (KG.). Solange das Vormundschaftsgericht von der Befugnis der Vertretungsentziehung (§§ 1630, 1796) keinen Gebrauch gemacht hat, ist die Mutter, vorausgesetzt, daß keiner der im § 1795 aufgezählten Fälle vorliegt, trotz des Bestehens widerstreitender Interessen zur Vertretung der Kinder berechtigt.

§ 1690. KGJ. **35** A 207 (KG.). Die Wirksamkeit der Zustimmung der Mutter zu einem Ehevertrage, durch den das ihrer elterlichen Gewalt unterworfene Kind mit seinem Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart oder aufhebt (BGB. § 1437), hängt von der Genehmigung des der Mutter für alle Angelegenheiten bestellten Beistandes ab.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Vor allem sei auf die eingehende Arbeit von Frese hingewiesen, welche auch für den 7. Titel von großer Bedeutung ist. Im übrigen sind eine Reihe von Einzelfragen in Aufsätzen und Entscheidungen behandelt.

Literatur: Frese, Feststellung der Abstammung, Verminderung der Standesrechte, Anerkennung der Unterschrift, ZBlFG. 8 459—491. — Kiefe, R. **08** 163. — Kraus, Hindert der Tod der Mutter die Namenserteilung gemäß § 1706 Abs. 2 Satz 2 BGB.? ZBlFG. **9** 175. — Roßbach, Beeinflußt eine wesentliche Veränderung in der Lebensstellung der Mutter eines unehelichen Kindes dessen Unterhaltungsanspruch aus § 1708 BGB.?, SächsRpflA. **08** 497—500. — Winter, Die Anerkennung der Vaterschaft durch Minderjährige, DJZ. **08** 1166.

§ 1706. Kraus, ZBlFG. **9** 175. Das Einwilligungserfordernis der verheirateten Mutter ist nichts als der Ausfluß ihres durch ihre Verheiratung erworbenen Mitrechts am Familiennamen ihres Ehemanns. Dieses Recht muß seiner Natur nach mit dem berechtigten Interesse an ihm durch ihren Tod erlöschen; mit dem

Tode der Mutter entfällt das Erfordernis ihrer Einwilligung. Auch dauerndes Außerstandesein zur Abgabe der Einwilligung seitens der Mutter macht ebenso wie ihre dauernde Abwesenheit diese Einwilligung unnötig.

§ 1707. OLG. **16** 20 (KG.) Der unehelichen Mutter steht das Recht zu, die Herausgabe des Kindes vom Vormunde zu fordern. Diese darf nicht deshalb verweigert werden, weil eine Veränderung des Aufenthaltsorts des Kindes gegen dessen Interessen verstoßen würde. Damit sind die Voraussetzungen des § 1666 BGB. nicht erfüllt.

§§ 1708 ff. Frese, ZBlFG. 8 459—491. Die Feststellung im Alimentenprozesse, daß der Beklagte als Vater im Sinne von §§ 1708—1716 BGB. gelte und deshalb Träger der dort bezeichneten Verpflichtungen sei, ist rein vermögensrechtlicher Natur und deshalb keine Feststellung der Abstammung im Sinne des § 26 PStG. Der Anspruch auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft kann aber auch familienrechtlicher Natur sein (§§ 1310 Abs. 3, 1718, 1720 BGB.) und insoweit kann er auch als selbständiger Anspruch klagweise geltend gemacht werden (OLG. **5** 43 [KG.]).

§ 1708. 1. Roßbach, SächsRpflA. **08** 497 ff. Ein Wechsel in der Lebensstellung der Mutter eines unehelichen Kindes kann dessen Unterhaltsanspruch aus § 1708 zu seinem Vorteile wie zu seinem Nachteile beeinflussen.

2. **a)** PrVerwBl. **29** 413 (KG.). Der Erzeuger eines unehelichen Kindes fällt nicht unter § 361 Ziff. 10 StGB. (vgl. dazu Niese, ebd. 438). **b)** α. ElsLothJZ. **08** 268 (Colmar). § 361 Ziff. 10 StGB. ist auch auf den unehelichen Vater anwendbar, selbst vor seiner Verurteilung zur Unterhaltsleistung. β. RheinARB. **26** 146, RheinA. **105** I 185 (Cöln, Straff.). § 361 Ziff. 10 StGB. trifft auch den Vater eines unehelichen Kindes.

3. HessRspr. **9** 102 (LG. Gießen) über die Höhe der Alimente für ein uneheliches Kind.

4. SeuffBl. **08** 753 (LG. Nürnberg) über die Klage auf Feststellung der Vaterschaft.

5. v. Warnstedt, R. **08** 536. Die Zeugnispflicht der unehelichen Mutter ist zu bejahen.

§ 1714. Dreyfus, HessRspr. **9** 68. Wer eine vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde begehrt, welche eine Vereinbarung zwischen dem Erzeuger und dem Kinde enthält, muß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nachweisen. Diese ist nach § 1714 erforderlich.

§ 1715. *Kiefe, R. **08** 163. Der Anspruch der Mutter geht, wenn sie Unterstützung nach §§ 20, 57 KrankVG. bezogen hat, auf die Unterstützungsanstalt über; die Mutter kann nach §§ 412, 402 BGB. zur Namhaftmachung des unehelichen Vaters angehalten werden.

§§ 1718 ff. *Frese, ZBlFG. 8 459. Die Bedeutung einer Anerkennung der unehelichen Vaterschaft darf nicht zu weit ausgedehnt und allgemein dahin gefaßt werden, daß die Anerkennung auch „eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, nämlich eine solche des Personenrechts" betreffe (so OLG. **4** 395 [KG.]), daß an die Existenz der Urkunde über die Anerkennung vom Gesetz „unmittelbar die Anerkennung der betreffenden Personenstandsrechte" geknüpft sei (**RG.** 11. 11. 01, [Straff.] **34** 427), daß damit die Abstammung des Kindes von dem Anerkennenden anerkannt werde (OLG. **12** 345), oder daß darin die Willenserklärung enthalten sei, „die aus der erfolgreichen Beiwohnung entstehenden privatrechtlichen Folgen auf sich zu nehmen" (OLG. **3** 397 [BayObLG.], OLG. **4** 220 [Hamm]). Ein Vergleich der §§ 1717 und 1718 zeigt deutlich, daß nach dem BGB. als Vater des unehelichen Kindes immer nur der gelten soll, der der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat, und daß derjenige, der seine Vater-

schaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat, sich zwar nicht darauf berufen kann, daß ein anderer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe, daß auch er aber nur unter der Voraussetzung als Vater gilt, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat (**RG.** 30. 6. 04, **58** 348). Eben diese Tatsache wird durch die beurkundete Anerkennung nicht in rechtliche Gewißheit gesetzt; die Vaterschaft des Anerkennenden wird gegen diesen durch die Anerkennung auch nicht bis zum Beweise des Gegenteils festgestellt, denn das BGB. knüpft daran hier nicht wie im § 1720 Abs. 2 die Vermutung, daß der Anerkennende der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Der Anerkennende kann vielmehr trotzdem die Vaterschaft von sich ablehnen, nicht nur indem er einwendet, es sei den Umständen nach offenbar unmöglich, daß die Mutter das Kind aus der behaupteten Beiwohnung empfangen habe, sondern auch indem er die behauptete Beiwohnung bestreitet. Die Anerkennung der Vaterschaft hat nicht die Bedeutung des wirklichen Anerkenntnisses. Nach dem BGB. enthält die beurkundete Anerkennung der Vaterschaft weiter nichts als die Erklärung: „ich will für den Fall, daß gegen mich aus der Vaterschaft Ansprüche hergeleitet werden, a) nicht bestreiten, daß ich der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe, und b) mich nicht darauf berufen, daß ihr in dieser Zeit ein anderer beigewohnt habe". In ihrer Bedeutung unter b erscheint die Anerkennung als ein einseitiges Rechtsgeschäft, als die Willenserklärung, auf die exceptio plurium concumbentium zu verzichten. Soweit die Anerkennung aber die Bedeutung unter a hat, liegt darin nur ein außergerichtliches Zugeständnis, das eine tatsächliche Vermutung dafür begründet, daß der Anerkennende wirklich der Mutter des Kindes innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat. Das Geständnis kann von dem Anerkennenden jederzeit widerrufen werden. Nur für den besonderen Fall, wenn außer der Tatsache, daß jemand die Vaterschaft eines unehelichen Kindes nach dessen Geburt in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat, noch die weitere Tatsache vorliegt, daß er mit der Mutter des Kindes die Ehe geschlossen hat, knüpft das BGB. (§ 1720 Abs. 2) ausnahmsweise an das Zusammentreffen *beider* Tatsachen die Vermutung, daß der Ehemann der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Ist hiernach das Zugeständnis unter a für sich allein in familienrechtlicher Beziehung und insbesondere für den Personenstand nur von nebensächlicher Bedeutung, so gilt dasselbe auch für das nur den Verzicht auf die exceptio plurium concumbentium enthaltende Rechtsgeschäft unter b. — Weit größer ist die *Bedeutung einer im Standesregister beurkundeten Anerkennung der Vaterschaft*. Ist nämlich die Anerkennungserklärung entweder gleich zum Standesregister (Geburts- oder Heiratsregister) beurkundet oder auf Grund einer gerichtlich oder notariell aufgenommenen Urkunde nach § 25 PStG. in das Geburtsregister eingetragen, so beweist die Eintragung kraft der den Standesregistern im § 15 PStG. beigelegten besonderen Beweiskraft nicht bloß die Abgabe der Anerkennungserklärung, sondern auch die darin erklärte und als Inhalt der Anerkennung mit beurkundete Tatsache, daß der Anerkennende des Kindes Vater ist. Durch die Eintragung wird zwar die Vaterschaft des Anerkennenden nicht unwiderleglich festgestellt. Wohl aber wird die Vaterschaft bewiesen, „bis der Nachweis der Unrichtigkeit" der Erklärung „erbracht ist", es wird also mit der Beurkundung im Standesregister eine Rechtsvermutung dafür begründet, daß der Anerkennende des Kindes Vater ist, und diese Rechtsvermutung gilt gemäß der allgemeinen Bedeutung der Standesregister nicht bloß für das Kind und gegen die Anerkennenden, sondern für und gegen jedermann, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist. Der Eintragung liegt keine *Feststellung* der Abstammung *außerhalb des Registers* zugrunde, wie sie § 26 PStG. voraussetzt, wohl aber enthält die Eintragung eine *registermäßige Feststellung* der Abstammung im Sinne des § 15 PStG., die nur

durch Gegenbeweis entkräftet werden kann (vgl. auch Bem. zu §§ 168 ff. FGG.). — In engem Zusammenhange hiermit steht die Frage, in welchen Fällen es sich für die Beteiligten empfiehlt, eine Anerkennung der Vaterschaft im Standesregister beurkunden oder am Rande des Geburtseintrags vermerken zu lassen (vgl. StandesA. 1 166). Das ist ohne Zweifel nur dann der Fall, wenn die beabsichtigte oder bereits erklärte Anerkennung für die Beteiligten nicht bloß vermögensrechtlich, sondern darüber hinaus auch in Ansehung des Personenstandes von Interesse ist. Ein solches Interesse liegt unbedingt vor, wenn zwischen dem Anerkennenden und der Mutter des Kindes die Ehe bereits geschlossen ist oder eben geschlossen wird. Ein solches Interesse ist aber bedingungsweise, d. h. für den Fall späterer Eheschließung auch dann vorhanden, wenn zwischen dem Anerkennenden und der Mutter des Kindes die Ehe für später in Aussicht genommen oder wenigstens in den Bereich der Möglichkeit gezogen ist. In allen anderen Fällen ist die Anerkennung für die Beteiligten nur vermögensrechtlich von Interesse, nicht aber in Ansehung des Personenstandes.

§ 1718. 1. Steinharter, BayRpflZ. **08** 202. Durch das vom außerehelichen Erzeuger vor dem Vormundschaftsrichter abgegebene Anerkenntnis tritt die Folge des § 1718 in Kraft, wonach die exceptio plurium nicht mehr geltend gemacht werden kann. Insofern verschlechtert sich durch das Anerkenntnis die rechtliche Stellung des Vaters gegenüber einer etwaigen Verurteilung. Auch die rechtliche Lage des Kindes kann verschlechtert werden, denn es ist fraglich, ob auf Grund eines Anerkenntnisses eine Erhöhung der einmal festgesetzten Summe im Prozesse durchgesetzt werden kann.

2. Winter, DJZ. **08** 1166 ff. Zur Anerkennung der Vaterschaft bedarf ein Minderjähriger der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, die ohne diese Einwilligung erklärte Anerkennung ist schlechterdings nach § 111 BGB. unwirksam; die Einwilligung kann durch nachträgliche Genehmigung nicht ersetzt werden. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters muß gleichfalls wie die Anerkennung in öffentlicher Urkunde (§§ 167, 191 FGG.) erteilt werden, da sie Teiltatbestand der Anerkennung ist. Auch der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen kann für diesen die Vaterschaft anerkennen, er bedarf hierzu nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Ist mit der Anerkennung der Vaterschaft die Verpflichtung zur Zahlung einer wiederkehrenden Unterhaltsrente verbunden, so bedarf der gesetzliche Vertreter zur Eingehung dieser Verpflichtung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1643, 1822 Ziff. 5 BGB.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. Frese, ZBlFG. 8 472. Die Legitimation des Kindes tritt unter der Voraussetzung, daß der Mann der Mutter innerhalb der Empfängniszeit einmal beigewohnt hat, ohne weiteres ein, und in Verbindung mit der Eheschließung genügt der Beweis dieser Voraussetzung zum Nachweise der erfolgten Legitimation. Der Beweis ist erbracht, wenn der Ehemann nach der Geburt des Kindes seine Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat, denn die Urkunde begründet in Verbindung mit der Eheschließung bis zum Beweise des Gegenteils die Vermutung, daß der Ehemann der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat. Als öffentliche Urkunde kann auch ein gerichtliches oder notarielles Testament in Frage kommen.

§ 1720. **RG. 68** 60, JW. **08** 276, HansGZ. **08** Beibl. 185, RJA. **9** 143. Die gemäß § 25 PStG. erfolgte Eintragung der Anerkennung eines unehelichen Kindes zum Standesregister beweist nicht mehr, als daß eine derartige Eintragung

in der öffentlichen Urkunde erfolgt ist. Die Tatsache der Erzeugung des Kindes durch den Anerkennenden folgt hieraus nicht.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1723. Frese, ZBlFG. 8 474. Die Legitimation durch Ehelichkeitserklärung setzt einen Antrag des Vaters voraus, der der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf und die Erklärung enthalten muß, daß der Antragsteller das Kind als das seinige anerkenne. Diese Anerkennung ist aber nur formelle Voraussetzung des Verfahrens, und wenn mit dem Wirksamwerden der die Ehelichkeitserklärung aussprechenden Verfügung der Staatsgewalt die Legitimation des Kindes eintritt, so bildet auch jetzt lediglich diese Verfügung den Vorgang, durch den die Standesrechte des Kindes eine Veränderung erleiden.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Literatur: Sternberg, In welchem Zeitpunkte müssen die nach §§ 1746, 1747 erforderlichen Einwilligungserklärungen zum Abschluß eines Adoptionsvertrages vorliegen? ZBlFG. 8 649—651.

§ 1744. KGJ. **36** A 29 (KG.). Der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen, dessen Annahme an Kindes Statt in Frage steht, kann regelmäßig bereits vor der Erteilung der Befreiung von dem Alterserfordernisse des § 1744 verlangen, daß das Vormundschaftsgericht den Annahmevertrag sachlich prüfe und sich über die Genehmigung des Vertrags entscheide.

§ 1746. Sternberg, ZBlFG. 8 649. Die nach §§ 1746, 1747 erforderlichen Einwilligungserklärungen zum Abschlusse des Adoptionsvertrags müssen vor dem Abschlusse des Vertrags dem Annehmenden, dem Kinde oder dem für die Bestätigung zuständigen Gerichte zugehen. Die entgegenstehende Ansicht, nach der die Einwilligungen auch noch nach dem Abschlusse des Vertrags bis zur gerichtlichen Bestätigung desselben erklärt werden können, ließe sich nur dann halten, wenn man annehmen könnte, daß der Adoptionsvertrag erst mit der gerichtlichen Bestätigung zustande kommt. Diese Ansicht ist nicht zutreffend.

§ 1750. 1. Bender, BadNotZ. **08** 2 ff. Für den Annahmevertrag ist nirgends vorgeschrieben, daß die Zustimmung besonders, mit ausdrücklichen Worten im Vertrag erklärt oder enthalten sein muß, es genügt wie bei anderen Verträgen, daß der Vertrag beantragt, in seinen von den Beteiligten vereinbarten Bestimmungen festgestellt, in materieller Urkunde aufgenommen und auf Vorlesen von den Parteien genehmigt und unterzeichnet wird.

2. R. **08** II 665 (KG.). Der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen, dessen Annahme an Kindesstatt in Frage steht, kann regelmäßig bereits vor der Erteilung der Befreiung von dem Altershindernisse des § 1744 BGB. verlangen, daß das Vormundschaftsgericht den Annahmevertrag sachlich prüft und sich über die Genehmigung des Vertrags entscheidet.

§ 1757. OLG. **16** 23, KGJ. **34** A 44, DJZ. **08** 252 (KG.). Die leibliche Mutter hat kein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihrem adoptierten Kinde. Ein Recht zum persönlichen Verkehre folgt nach geltendem Rechte nicht schlechthin aus der Blutsverwandtschaft (§ 1764; vgl. abw. KGBl. **06** 19 [KG.], JDR. **5** § 1764). Die Möglichkeit, daß das Fürsorgerecht der Mutter wieder auflebt (vgl. § 1765), kann nicht dazu führen, ihr während der Zwischenzeit die Befugnis des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zuzusprechen. Eine analoge Anwendung des § 1636 ist ausgeschlossen (vgl. **RG.** JW. **06** 598, DJZ. **06** 1205, JDR. **5** § 1757).

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur (außer den am Eingange des IV. Buches erwähnten Kommentaren und Lehrbüchern): Über Jugendgerichte (Verbindung der Strafrechtspflege mit vormundschafts-

gerichtlicher Fürsorge) und deren Einrichtung in einzelnen Städten vgl. R. **08** 153, 155, Köhne, PosMSchr. **08** 50, Freudenthal, DJZ. **08** 157, und Landsberg, Der Fürsorgeausschuß und seine Beteiligung an der Strafrechtspflege, PosMSchr. **08** 51. — Bendix, SeuffBl. **08** 211, stellt die in KGJ. **33** enthaltene Rechtsprechung in Vormundschaftssachen dar. — Segall, ABürgR. **32** 440, teilt das Ergebnis einer Umfrage mit, betr. die Gründe der Bestellung von Beiständen, die Einsetzung eines Familienrats, die Anordnung einer befreiten Vormundschaft und die Höhe der den unehelichen Kindern gewährten Unterhaltsrenten.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

§ 1773. KGJ. **35** A 20, SchlHolstAnz. **08** 81 (KG.). Das Vormundschaftsgericht kann im Falle einer General-(Anstalts-)Vormundschaft einen besonderen Vormund bestellen, wenn ihm dies aus besonderen Gründen (z. B. wegen Interessenkollision des Mündels und des Generalvormundes als Organs der Armenverwaltung) im Interesse des Mündels geboten erscheint, ohne daß eine der Voraussetzungen des § 1886 BGB. in bezug auf den bisherigen Generalvormund vorzuliegen braucht (vgl. Art. 78 § 4 PrAGBGB., Art. 136 Ziff. 1 EGBGB.).

§ 1779. 1. DJZ. **08** 86 (BayObLG.). Aus dem Grunde, daß das Vormundschaftsgericht bei der Auswahl des Vormundes für ein uneheliches Kind gegen eine der Vorschriften des § 1779 Abs. 2 verstoßen habe, kann die Mutter des Kindes die erfolgte Bestellung des ausgewählten Vormundes nicht mehr mit Beschwerde anfechten. Stellt sich heraus, daß die Fortführung des Amtes durch den Vormund das Interesse des Mündels gefährden würde, so hat ihn das Vormundschaftsgericht nach § 1886 zu entlassen.

2. KGJ. **36** A 32, OLG. **17** 362 (KG.). Aus § 1779 läßt sich ein Recht des Gemeindewaisenrats, gegen die Ablehnung der Bestellung eines von ihm vorgeschlagenen Vormundes Beschwerde einzulegen, nicht herleiten, da ihm das Recht, daß der von ihm als Vormund Vorgeschlagene auch gewählt werde, nicht zusteht. Dagegen ist eine Beschwerde im Interesse des Mündels nach § 57 Ziff. 9 FGG. zulässig.

§§ 1785, 1786. KGJ. **35** A 19, R. **08** II 424 (KG.). Hat der Vorstand einer Erziehungsanstalt nach Art. 78 § 1 PrAGBGB. die Rechte und Pflichten eines Vormundes, so kann er die Übernahme der Vormundschaft nicht nach § 1786 BGB. ablehnen, sondern, wenn eine der Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegt, nur die Bestellung eines anderen Vormundes anregen.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Sowohl Rechtslehre als Rechtsprechung haben bei diesem wichtigen Abschnitte wieder reichlichen Berichtsstoff geliefert. Besonders hervorzuheben sind die zu den §§ 1795, 1802, 1812, 1822 ff. ergangenen zahlreichen Entscheidungen. Das **RG.** (**68** 37) hat sich in einer bemerkenswerten Entscheidung über das Recht des Vormundes (oder Vaters) zur Verfügung über eine dinglich gesicherte Forderung ausgesprochen. Bendix (Ziff. 1 zu §§ 1829—1832) ergreift noch einmal das Wort zu der Meinungsverschiedenheit zwischen dem OLG. Celle und Predari über das Verhältnis des § 109 BGB. zu den §§ 1829 ff. (vgl. FDR. **6** Ziff. 2 aaO.) und Josef erörtert (zu § 1836) im Anschluß an KGJ. **30** A 88 die Bedeutung der Festsetzung der Vergütung des Vormundes; vgl. ferner desselben Verf. Aufsätze zu §§ 1812, 1829 ff.

§ 1793. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 128 Note. Der Vormund kann auch im eigenen Namen über Sachen des Mündels verfügen (vgl. hinsichtlich des Vaters oben zu § 1627).

§ 1795. Literatur: v. Blödau, DJZ. **08** 1103, empfiehlt, um dem Mißstande der Pflegerhäufungen bei Erbauseinandersetzungen zu begegnen, eine Änderung des Gesetzes.

I. Notwendigkeit der Pflegerbestellung. 1. a) Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 1 b zu § 1795) auch **RG. 67** 61, RJA. **9** 115, WarnE. **1** 13, SeuffA. **63** 177, DJZ. **08** 193, SchlHolstAnz. **08** 254, BayRpflZ. **08** 16, SeuffBl. **08** 758, ElsLothJZ. **08** 137. Dagegen Sohn, ElsLothJZ. **08** 216. b) Marcus, ZBlFG. **9** 172, billigt die Entsch. des RG. (Notwendigkeit der Bestellung von Pflegern für jeden beteiligten minderjährigen Miterben für den Fall der Umwandlung des Eigentums zur gesamten Hand in Miteigentum nach Bruchteilen) auch für den Fall, daß das Nachlaßgrundstück einem der Miterben gegen Entgelt zum Alleineigentume von den übrigen Beteiligten überlassen wird, hält dagegen die Bestellung eines Pflegers für ausreichend, wenn mehrere minderjährige Miterben ihren Anteil an dem Nachlasse (§ 2033 Abs. 2 BGB.) einem der Miterben verkaufen und übertragen, da es sich hierbei nicht um eine Auseinandersetzung zwischen allen Erben im Sinne der §§ 2042 ff. BGB. handle, die Übereignung vielmehr nur im Verhältnisse zwischen Veräußerer und Erwerber erfolge.

2. SeuffBl. **08** 802, BayRpflZ. **08** 292, BayNotZ. **08** 54 (BayObLG.). Übernimmt bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts der allgemeinen Gütergemeinschaft oder des Nachlasses die Witwe das gesamte Vermögen als Alleineigentümerin und weist sie jedem ihrer Kinder ein gleich großes Vatergut zu, so ist die Vertretung der minderjährigen Kinder durch einen gemeinschaftlichen Pfleger nicht zu beanstanden, da bei der Vertragschließung nur die Kinder der Witwe gegenüberstehen, dagegen die Kinder nicht eine gemeinschaftliche Gegenleistung untereinander teilen.

3. BayNotZ. **08** 86 (BayObLG.). Wird ein zum Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft und zum Nachlasse gehöriges Anwesen von dem Witwer als Teilhaber des Gesamtguts und als Miterben mit seinen Kindern einem der Miterben übereignet, so stehen insoweit der Witwer und die Erben dem Übernehmer als eine Einheit gegenüber und die Minderjährigen bedürfen zu ihrer Vertretung nur eines Pflegers.

II. Abs. 1 Nr. 1. BayNotZ. **08** 88, BayRpflZ. **08** 380, SeuffBl. **08** 968 (BayObLG.). § 1795 Abs. 1 Nr. 1 findet auch dann Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft statt durch Erklärung gegenüber der Person, für die es bestimmt ist, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder durch anderweitige Betätigung des rechtsgeschäftlichen Willens vorgenommen wird. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 trifft nicht zu, wenn einem gütergemeinschaftlichen Ehemanne gegenüber ein Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, das vermöge der Gütergemeinschaft auch der Frau, die zur anderen Partei im Verhältnis eines Verwandten der geraden Linie steht, zustatten kommt.

III. Abs. 1 Nr. 2. 1. **RG. 68** 37, R. **08** II 337. Die Vorschrift des § 1795 Abs. Nr. 2 würde ihren Zweck nur sehr unvollkommen erreichen, wenn das Gesetz den Vormund (und im Falle des § 1630 den Gewalthaber) nur in der Verfügung über die dingliche Sicherheit und nicht zugleich in der Verfügung über die gesicherte Forderung selbst beschränkt hätte. Könnte daher ein Vater, auf dessen Grundstück zugunsten seiner Kinder eine Hypothek lastet, seine persönliche Schuldverbindlichkeit dadurch aufheben, daß er im Falle der Veräußerung des Grundstücks in Vertretung seiner Kinder die Übernahme der Hypothekenschuld durch den Erwerb des Grundstücks (§ 416 BGB.) genehmigt, so würde damit für ihn die Möglichkeit auch zu einer späteren Verfügung über die dingliche Sicherheit eröffnet sein. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. In GruchotsBeitr. **47** 544 ist im Anschluß an den Wortlaut des § 1795 auszuführen

versucht worden, daß der Vater befugt sei, ein von ihm selbst geschuldetes, hypothekarisch gesichertes Muttererbe der Kinder einzuziehen. Allein diese Ansicht ist in der Literatur wie in der Rechtsprechung (KGJ. **23** A 245, **24** A 17) abgelehnt worden. Das Interesse des Kindes kann nicht minder bei der Einziehung der Forderung, als bei der befreienden Schuldübernahme im Widerstreit stehen zu dem Interesse des Vaters als Schuldners, und hier wie dort ist deshalb der gesetzgeberische Grund für die Vorschrift des § 1795 gleichmäßig gegeben.

2. BayNotZ. **08** 88 (Zweibrücken). § 1795 Abs. 1 Nr. 2 findet keine Anwendung, wenn der Gewalthaber Versprechensempfänger, dagegen der Pflegebefohlene Gläubiger und Dritter im Sinne des § 330 BGB. ist.

IV. Abs. 2. 1. **RG. 68** 40, JW. **08** 271. Die vom RG. (5. u. 1. Sen.) ausgesprochene Auffassung, daß keine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in den Fällen des § 181 BGB. vorliegt (vgl. oben Ziff. II 2 zu § 181), muß ohne weiteres dazu führen, die Nichtigkeit auch für die Fälle des § 1795 zu verneinen und damit eine bloße *Unwirksamkeit* des Geschäfts mit der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung anzunehmen.

2. PosMSchr. **08** 3 (LG. Danzig). Daß der Vormund nicht mit sich selbst kontrahieren darf, einerseits als Erbinteressent, andererseits als gesetzlicher Vertreter von Minderjährigen, ergibt § 181 BGB. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die gleichwohl erteilt ist, macht ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht zu einem gültigen, hat vielmehr nur die Bedeutung, die Vertretungsmacht des Vormundes zu *ergänzen*. Ebensowenig ist die Bestätigung durch das Nachlaßgericht von Bedeutung.

§ 1797. *Schaub*, DJZ. **08** 700, billigt die herrschende Ansicht, wonach das Vormundschaftsgericht nicht berechtigt sei, an die Stelle der Ansicht der Mitvormünder (oder im Falle des § 2224 BGB. der Mittestamentsvollstrecker) eine andere zu setzen, hält das Gericht aber für berechtigt, wenn es beide Ansichten für verkehrt oder unzulässig erachtet, *gegen sämtliche* Vorschläge zu entscheiden, andererseits unter Umständen auch sich für die Ausführung *mehrerer* oder *aller* Vorschläge auszusprechen, wenn es diese sämtlich für gerechtfertigt und nicht einander widersprechend erachtet.

§ 1802. 1. KGJ. **35** A 24, R. **08** II 453 (KG.). Ist der Mündel als Erbe oder Miterbe eines Gesellschafters an einer *Gesellschaft* des bürgerlichen Rechtes (§§ 705 ff. BGB.) beteiligt, so hat der Vormund in das dem Vormundschaftsgericht einzureichende Vermögensverzeichnis die einzelnen *Bestandteile* des Gesellschaftsvermögens aufzunehmen. Die Bezeichnung des dem Mündels zustehenden Gesellschaftsanteils oder dessen Wertes genügt nicht. Dasselbe gilt für den Fall der Beteiligung des Mündels an einer *Erbengemeinschaft* oder an einem *Miteigentume nach Bruchteilen*.

2. KGJ. **36** A 38 (KG.). Die Pflicht des Vormundes, dem Vormundschaftsgericht ein Vermögensverzeichnis einzureichen, umfaßt nicht die Verpflichtung, *Belege* für die einzelnen Posten des Vermögensverzeichnisses beizubringen. Dagegen müssen die Vermögensgegenstände, insbesondere die Forderungen, richtig angegeben und dem Betrag und Grunde nach so genau beschrieben und gekennzeichnet werden, daß kein Zweifel an ihrer Identität besteht, desgleichen sind bei verzinslichen Forderungen die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen richtig und vollständig anzugeben (vgl. § 105 Nr. 7 PrGeschAnw. f. d. Gerichtsvollzieher, § 28 PrAnw. f. d. Dorfgerichte). Verschieden davon ist die Frage, ob etwa das Vormundschaftsgericht die Vorlegung von Belegen auf Grund seines *Aufsichtsrechts*, also nach Maßgabe des § 1837 BGB. verlangen kann.

§ 1803. Abs. 2. KGJ. **35** A 26 (KG.). Der § 1803 Abs. 2 gewährt dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis, den Vormund von der Befolgung einer an sich für

ihn maßgebenden Verwaltungsanordnung des Erblassers zu entbinden, wenn die Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde, wobei jedoch das bloße Entgehen eines Gewinnes für den Mündel allein nicht immer als Gefährdung anzusehen ist (Mot. IV 1105). Eine Anfechtung des Testaments ist darin nicht enthalten, insbesondere kann eine solche Maßregel nicht zur Folge haben, daß das Kind nunmehr wegen Anfechtung des Testaments auf Grund einer dahin gehenden Bestimmung als auf den Pflichtteil gesetzt angesehen werden müsse.

§ 1804. Josef, Schädigung des Mündels durch Erfüllung sittlicher Pflichten, DJZ. **08** 1163. Aus § 1804 ist ein allgemeiner Rechtsgedanke dahin zu folgern, daß der Vormund zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer Anstandsrücksicht auch einen Vermögenserwerb für den Mündel unterlassen, z. B. dann auf den Pflichtteil verzichten kann, wenn ein Vater seinem unheilbar geisteskranken Kinde nur eine Summe letztwillig hinterläßt, die den Pflichtteil nicht erreicht, deren Zinsen aber zum Lebensunterhalte des Kindes zweifellos ausreichen, sofern die Anordnung den Unterhalt und das Fortkommen des Kindes im Auge hat.

§ 1809. Glatzer, R. **08** 484 ff. Der vormundschaftsgerichtliche Sperrvermerk in einem Sparkassenbuche hindert die Verfügung über das Sparkassenguthaben im Wege der Zwangsvollstreckung nicht. Deshalb ist eine Pfändung des dem Vormund (oder Pfleger) gegen das Vormundschaftsgericht angeblich zustehenden Anspruchs auf Löschung des Sperrvermerkes unzulässig, da es sich hierbei um kein pfändbares Vermögensrecht handelt, das Vormundschaftsgericht vielmehr seine beaufsichtigende und fürsorgende Tätigkeit lediglich kraft staatlicher Autorität ausübt.

§ 1812. Josef, R. **08** 849. Der Vormund bedarf zur Einziehung von Forderungen der Genehmigung des Gegenvormundes, aber gleichwertig steht neben dieser die des Gerichts, das sie folglich rechtsgültig erteilen kann, auch wenn der Gegenvormund bereit und imstande ist, sie zu erteilen, und obwohl der Vormund die Ersetzung gar nicht beantragt hat. Durch die Ersetzungsverfügung macht daher das Gericht nur von seinem eigenen wahlweise neben dem des Gegenvormundes bestehenden Rechte Gebrauch, deshalb wird durch diese Verfügung (und eine solche nach § 1810 BGB.) niemandes Recht beeinträchtigt und gegen sie keine Beschwerde, insbesondere nicht aus § 53 FGG., gegeben. Vgl. Glatzer, R. **05** 428 und **07** 936.

§§ 1821 ff. 1. OLG. **16** 247, HansGZ. **08** Beibl. 120 (Hamburg). Allerdings ist bei den im § 1821 bezeichneten Rechtsakten eines Vormundes die Folge der Nichterteilung der behördlichen Genehmigung nach § 1828 BGB. nur die, daß ein Schwebezustand eintritt, nach welchem für den anderen Teil der geschlossene Vertrag verbindlich wird, wenn die Behörde die Genehmigung erteilt. Aber sofern und solange keine solche Genehmigung vorliegt, liegt kein wirksames Rechtsgeschäft vor. Die Schutzvorschriften des § 1821 können durch Anordnung des Erblassers der Mündel nicht außer Geltung gesetzt werden.

2. R. **08** II 337 (BayObLG.). Zur Verfügung über ein Grundstück des Mündels bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, dies trifft auch zu, wenn dem Mündel an dem Grundstücke nur Miteigentum zu einem Bruchteile zusteht oder wenn das Grundstück nach § 2032 BGB. gemeinschaftliches Vermögen des Mündels und eines oder mehrerer Miterben ist.

3. ElsLothJZ. **08** 605, R. **08** II 568 (Colmar). Ein Teilungsvertrag zwischen minderjährigen Erben und der Witwe, durch den das bisherige Gesamteigentum an einem Anwesen in Alleineigentum der Witwe umgewandelt wird, bedarf nach § 1821 Ziff. 1 als Verfügung über ein Grundstück der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 1822. 1. Nr. 3. **a)** Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. II 2 b zu § 1822) auch SeuffBl. **08** 295, BauerZ. **15** 86. **b)** BreslauAK. **08** 7 (LG. Breslau).

Wenn ein Mündel, der Teilhaber einer Handelsgesellschaft ist, freiwillig durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern, welche die Gesellschaft fortsetzen, aus dieser ausscheiden will, so bedarf dieser obligatorische Vertrag — nicht aber seine Ausführung gemäß § 738 BGB. — der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Ist der Mündel Erbe des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters, so bedarf die Anmeldung des Ausscheidens nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder der Vorlegung eines von dem Vormundschaftsgerichte genehmigten Auseinandersetzungsvertrags.

2. Nr. 10. a) SeuffA. **63** 235, BayRpflZ. **08** 127, SeuffBl. **08** 374, R. **08** II 167 (BayObLG.). Der Wortlaut des § 1822 Nr. 10 umfaßt jedes Rechtsgeschäft, das darauf gerichtet ist, das Vermögen des Mündels für die fremde Verbindlichkeit haftbar zu machen, gleichviel, ob die fremde Schuld selbst auf den Mündel übergehen oder nur die Haftung für deren Erfüllung — z. B. durch Eingehung einer Bürgschaft — begründet werden und ob der Mündel unbeschränkt, mit dem ganzen Vermögen oder nur mit bestimmten Vermögensbestandteilen haften soll. Auch die Begründung der Haftung einer einzelnen Sache durch Verpfändung ist Übernahme der fremden Verbindlichkeit, die Sache wird für die Bestimmung, der Erfüllung der fremden Schuld zu dienen, rechtlich gebunden, die von dem fremden Schuldner geschuldete Leistung bildet insoweit, als sie aus der Sache zu bewirken ist, eine Last, mit der das Vermögen des Mündels belegt, die auf sein Vermögen übernommen wird. b) SeuffA. **63** 22 (Hamburg). Auch eine Pfandbestellung (Kautionsleistung seitens einer minderjährigen Ehefrau für ihren Ehemann durch Verpfändung ihr gehöriger Wertpapiere) ist eine Übernahme einer fremden Verbindlichkeit (Interzession im Sinne des römischen und gemeinen Rechtes). Eine solche kann nicht bloß durch ein persönliches Sichverpflichten, sondern auch durch Pfandbestellung geschehen, indem die fremde Schuld ohne persönliche Verpflichtung auf die als Sicherheit bestellte Sache übernommen wird.

3. Nr. 13. R. **08** II 235 (Frankfurt). Zur Löschungsbewilligung bedarf der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dann nicht, wenn die durch die Hypothek gesicherte Forderung bereits vorher getilgt ist.

§§ 1829—1832. 1. Bendix, R. **08** 280, stimmt bei Erörterung der Dauer des Widerrufsrechts desjenigen, der mit einem Mündel ohne Kenntnis der Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit einen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfenden Vertrag abschließt, gegen Meyer, GruchotsBeitr. **52** 1, der Ansicht von Predari aaO. 17 (vgl. JDR. **6** Ziff. b u. c zu §§ 1829—1832) bei, indem er aus dem Wortlaut und Inhalte des § 1827 folgert, daß die behördliche Genehmigung nicht auf die Zustimmung des Vormundes zu dem vorgenommenen Rechtsgeschäfte, sondern auf dieses selbst Bezug hat. Der § 59 FGG. deutet ebenfalls darauf hin. Das selbständige Beschwerderecht des Mündels kann nicht bezwecken, die Verleihung der Vertretungsmacht an den Vormund durch Genehmigung seiner Zustimmung zu erwirken, vielmehr soll der Vertragsinhalt selbst, die Zweckmäßigkeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts im Interesse des Mündels nochmaliger behördlicher Prüfung und Entscheidung unterbreitet werden. Die Zustimmung des Vormundes ist die Voraussetzung, nicht der Gegenstand der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

2. Josef, BayRpflZ. **08** 331. Ist die Wirksamkeit eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfts zweifelhaft, so darf das Vormundschaftsgericht nicht um deswillen eine Sachentscheidung ablehnen; dagegen ist sie abzulehnen, wenn das Rechtsgeschäft nichtig oder deshalb unwirksam ist, weil das Rechtsgeschäft gar nicht vom gesetzlichen Vertreter oder von diesem in einem Falle vorgenommen ist, wo er gesetzlich von der Vertretung ausgeschlossen war. Die bloße Möglichkeit, daß der gesetzliche Vertreter oder ein zu bestellender Pfleger die unbefugt abgegebenen Erklärungen genehmigen könnte, verpflichtet

(anders KGJ. **32** A 49) das Gericht nicht zur Sachentscheidung über die Genehmigung des zur Zeit völlig unwirksamen Rechtsgeschäfts.

§ 1829. 1. DJZ. **08** 140 (KG.). Die Abhängigmachung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von einer Bedingung ist gesetzlich nicht unzulässig. Sie enthält die Verweigerung der Genehmigung für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung und die Erteilung der Genehmigung für den Fall ihres Eintritts.

2. KGJ. **36** A 160, R. **08** II 665 (KG.). Sind bei einem Vertrage, den ein Vormund (oder Gewalthaber) ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen hat, auf der anderen Seite mehrere beteiligt, so ist die Frage, wer von ihnen (insbesondere ob einer allein) die Aufforderung nach § 1829 Abs. 2 stellen kann, nach dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen. Wenn dieses Rechtsverhältnis nicht erhellt, ist anzunehmen, daß nur alle auf der anderen Seite Beteiligten die Aufforderung wirksam erlassen können.

3. ElsLothJZ. **08** 411 (Colmar). Vor Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Abfindungsvertrags durch den Vormund ist die Abfindungssumme nicht fällig.

§ 1833. 1. R. **08** II 623 (Hamburg). Die Haftung des Vormundes für den aus einer Pflichtverletzung dem Mündel erwachsenen Schaden wird nicht schon dadurch unter allen Umständen beseitigt, daß das Vormundschaftsgericht und der Gegenvormund die betreffende Handlung genehmigt haben.

2. **RG. 67** 151, R. **08** II 61. Aus einer unerlaubten Handlung des Vormundes kann nicht gegen den Bevormundeten geklagt werden. Zwar haften nach §§ 31, 86, 89 Abs. 1 juristische Personen Dritten für die unerlaubten Handlungen ihrer gesetzlichen Vertreter; nirgends ist aber im Gesetze das gleiche für die natürlichen Personen bestimmt.

3. SeuffA. **63** 283 (Breslau). Der Gegenvormund steht in der Überwachung des Vormundes neben dem Vormundschaftsgericht und hat diese unabhängig von dem Gerichte zu dessen Unterstützung nach eigenem pflichtmäßigen Ermessen auszuüben. Eine Benachrichtigung des Vormundschaftsgerichts darf er nicht abwarten. Eine Pflichtverletzung ist es auch, wenn der Gegenvormund es unterläßt, bei der Rechnungslegung sich den Vermögensbestand nachweisen zu lassen (§ 1842).

§ 1836. 1. Josef, ABürgR. **32** 361 ff. (mit Bezug auf KGJ. **30** 88, JDR. **4** Ziff. 2 c zu § 1836). Bei der Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung hat das Vormundschaftsgericht lediglich die in § 1836 für maßgebend erklärten Umstände und Voraussetzungen zu berücksichtigen, wogegen andere Tatsachen (wie besondere Abreden der Beteiligten über die Höhe der Vergütung oder über die Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung) außer Betracht bleiben. Über solche Tatsachen hat lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden, für dessen Urteil die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Grundlage ist. In gleicher Weise hat auch das Beschwerdegericht zu verfahren, dieses hat also die nach Erlaß der Bewilligung des Vormundschaftsgerichts eingetretenen Tatsachen, wie Erklärungen der Beteiligten und selbst ein rechtskräftiges Urteil, durch das dem Vormunde die ihm vom Vormundschaftsgerichte bewilligte Vergütung zugesprochen ist, unberücksichtigt zu lassen. In diesem letzteren Falle kann der Mündel, wenn das Beschwerdegericht die vom Vormundschaftsgerichte bewilligte Vergütung herabsetzt, den vom Vormunde zuviel beigetriebenen Betrag von diesem zurückverlangen. Diesem Anspruch steht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, da Klage- und Entscheidungsgrund des Vorprozesses die Wirksamkeit der Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist, während der Rückforderungsanspruch des Mündels sich umgekehrt auf die Tatsache der Aufhebung jener Verfügung gründet.

2. Aus der Rechtsprechung. a) OLG. 17 266 (KG.). Die Annahme, daß die Bewilligung eines Honorars auf Grund des § 1836 die Verwaltung eines Vermögens voraussetze, aus dem die Mittel zur Bezahlung zu entnehmen seien, findet im Gesetze keinen Anhalt. b) KGJ. 35 A 29 (KG.). Die Bewilligung einer Vergütung für den Vormund (oder Pfleger) ist rechtlich nicht dadurch bedingt, daß dieser, insbesondere bei Beendigung seines Amtes, über seine Verwaltung bereits vollständig Rechnung abgelegt hat; sie wird auch durch Bemängelungen der Amtsführung seitens des Mündels oder seines neuen gesetzlichen Vertreters nicht ausgeschlossen. c) BayRpflZ. 08 168, SeuffBl. 08 763, ZBlFG. 8 771 (Bay. ObLG.). Bei Festsetzung der Vergütung hat das Gericht einerseits den Bestand des verwalteten Vermögens, andererseits den Umfang und die Bedeutung der Geschäfte der Vormundschaft (Pflegschaft) in Betracht zu ziehen. Die Festsetzung der Vergütung setzt Kenntnis der ganzen zu vergütenden Tätigkeit voraus; soweit diese Kenntnis nicht schon aus den Akten gewonnen werden kann, ist es zunächst Sache des Vormundes (Pflegers), die Umstände darzulegen, die nach seiner Ansicht die gewünschte Vergütung rechtfertigen. Deshalb ist im § 1836 Abs. 2 die Anhörung des Vormundes vorgeschrieben.

3. Abs. 2. a) R. 08 II 204 (BayObLG.). Die Herabsetzung der Vergütung des Vormundes (Nachlaßpflegers) ohne dessen vorgängige Anhörung verletzt das Gesetz. Schreibauslagen unterliegen ebensowenig der Festsetzung wie die Vergütung für eine im Auftrage der bekannten Erben nebenbei entwickelte Tätigkeit. b) R. 08 II 497 (KG.). Die bloße Einreichung des Antrags auf Festsetzung der Vergütung mit einer Rechnung, in der ein bestimmter Prozentsatz der Masse verlangt wird, erfüllt den Begriff des Anhörens nicht; daher weitere Beschwerde zulässig, wenn das Beschwerdegericht die nach Maßgabe der Rechnung vom Amtsgerichte zugebilligte Vergütung lediglich auf Grund der Akten herabsetzt.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung: Auf die bedeutsame Entsch. des KG. zu § 1846 wird aufmerksam gemacht.

§ 1837. 1. **RG. 67** 408, JW. **08** 243, RheinARV. **26** 10, R. **08** II 593, ZBlFG. 8 768. Das Vormundschaftsgericht ist nicht grundsätzlich verpflichtet, den Vormund, der im Laufe des Rechnungsjahrs Mündelgeld anzulegen hat, vor Legung der gemäß § 1840 zu beschaffenden Jahresrechnung zum Nachweise gesetzmäßig bewirkter Anlegung grundsätzlich anzuhalten. Ebensowenig ist der Vormundschaftsrichter, der nach BGB. Vormund wie Gegenvormund auf Vorschlag des Gemeindewaisenrats auswählt, zur Anstellung eingehender Nachforschungen über die Verhältnisse der Vormünder gehalten.

2. a) **RG. 67** 416. Es entspricht der Stellung des Vormundschaftsgerichts, den Vormund in der Erfüllung seiner Pflichten zu unterstützen, wenn es auf Ersuchen des Vormundes den Vater eines unehelichen Kindes vorlädt und ihn über die Anerkennung der Vaterschaft, über die Verpflichtung zur Entrichtung von Unterhaltsbeträgen sowie über seine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vernimmt. Deshalb darf auch ein darauf gerichtetes Rechtshilfeersuchen nicht abgelehnt werden. b) AM. wegen des Ersuchens um Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde RheinA. **105** I 94 (Düsseldorf).

3. Vgl. auch unten zu § 1985 Ziff. 1.

§ 1839. R. **08** II 453 (KG.). Die Pflicht des Vormundes, dem Vormundschaftsgericht auf Verlangen jederzeit über die Führung der Vormundschaft Auskunft zu erteilen, schließt auch die Verpflichtung in sich, dem Vormundschaftsgericht auf Verlangen die sich auf die Vormundschaft beziehenden Papiere vorzulegen.

§ 1846. KGJ. **36** A 3 (KG.). Ist bereits ein inländisches Vormundschaftsgericht mit der Leitung einer anhängigen Vormundschaft befaßt (Hauptvormundschaftsgericht), so ist zu dem Einschreiten eines zweiten Gerichts (Nebenvormundschaftsgerichts) nur dann eine Veranlassung gegeben, wenn ein besonderes sachliches Bedürfnis vorliegt und dieses Bedürfnis gerade in dem Bezirke desjenigen Gerichts hervortritt, welches als Nebenvormundschaftsgericht tätig wird (FGG. § 44). Ein solches Bedürfnis ist grundsätzlich nicht anzuerkennen, wenn es sich um Anordnungen handelt, die das Hauptvormundschaftsgericht selbst rechtzeitig treffen könnte und (wie anzunehmen) treffen würde, wenn es sie für geboten erachtete, insbesondere wenn die Bestellung eines Pflegers in Frage kommt, der wegen eines Widerstreits der Interessen des Mündels und des Vormundes gegen den letzteren vorgehen soll. Eine Ausnahme wäre nur zulässig, wenn höchste Gefahr im Verzuge läge. Es handelt sich dabei um eine Frage der sachlichen Zuständigkeit, deshalb ist eine Beschwerde mit dem Ziele der Aufhebung der von dem zweiten Vormundschaftsgericht eingeleiteten Pflegschaft zulässig.

VI. Familienrat.

§ 1859. *Unger, BuschsZ. **37** 446. In der dem Gegenvormund erteilten Antragsbefugnis liegt die Befugnis zur Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags.

§§ 1861 ff. R. **08** II 278 (KG.). Zum Familienratsmitgliede berufen ist nur, wer von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels als Mitglied in einer letzwilligen Verfügung benannt ist. Die Auswahl eines Mitglieds durch das Vormundschaftsgericht oder den Familienrat verschafft dem Ausgewählten die Stellung eines Berufenen selbst dann nicht, wenn der Ausgewählte auf Anfrage sich zur Übernahme des Amtes bereit erklärt hat. Solange ein vom Vormundschaftsgericht oder dem Familienrat Ausgewählter noch nicht bestellt worden ist, kann die getroffene Auswahl geändert werden.

§ 1873. *Unger, BuschsZ. **37** 446. In der dem Gegenvormund erteilten Antragsbefugnis liegt die Befugnis zur Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

§ 1886. 1. BadRpr. **08** 106 (Karlsruhe). Erkrankung des Vormundes an chronischem Alkoholismus infolge nervöser Disposition rechtfertigt seine Entlassung.

2. HessRspr. **9** 91 (Darmstadt). Keine Pflichtwidrigkeit des Vormundes liegt vor, wenn er den Vater eines unehelichen Kindes nicht auf Erhöhung des Unterhalts in Anspruch nimmt und das Vormundschaftsgericht seine Ansicht, daß der gezahlte Betrag genüge, billigt.

3. SchlHolstAnz. **08** 276 (KG.). Der Vormund geht seines Rechtes, gegen solche Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts, die sein Recht beeinträchtigen, Beschwerde zu erheben, nicht dadurch verlustig, daß das Gericht ihn aus seinem Amte entläßt.

§ 1890. SchlHolstAnz. **08** 246 (LG. Altona). Darüber, in welcher Weise der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft das verwaltete Vermögen herauszugeben hat, steht dem Vormundschaftsgerichte keine Entscheidung zu.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1897. BadRpr. **08** 305, ZBlFG. **9** 415 (Karlsruhe). Eine völlige Selbständigkeit mit dem Rechte, die Vormundschaft nach eigenem Gutdünken zu führen, steht auch dem Vormund über einen Volljährigen nicht zu, er unterliegt den gesetzlichen Beschränkungen und der Aufsicht und Einwirkung des Vormundschaftsgerichts. Insbesondere kann dieses die Unterbringung des Mündels in einer Anstalt anordnen (§ 1838 BGB.).

§ 1906. 1. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 1906) auch DJZ. **08** 767, SeuffA. **62** 37.

2. BadRpr. **08** 143, R. **08** II 453 (Karlsruhe). Bei der Anordnung der vorläufigen Vormundschaft ist vorgängiges Gehör des zu Entmündigenden nicht vorgeschrieben.

3. SchlHolstAnz. **08** 126, 172 (Kiel). Die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft wird erst durch Zustellung des Beschlusses an die unter vorläufige Vormundschaft zu stellende Person wirksam (FGG. § 60 Ziff. 5, § 16 Abs. 2).

§ 1908. Abs. 3. Fuchs, R. **08** 473, bekämpft die von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretene Ansicht, daß im Falle des § 1908 Abs. 3 BGB. der § 115 Abs. 2 BGB. keine Anwendung finde, als mit dem Wortlaute und dem Sinne des Gesetzes und mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs im Widerspruche stehend. Wenn das Vormundschaftsgericht schon vor der Erledigung des Entmündigungsverfahrens die vorläufige Vormundschaft aufhebt, weil es den unter sie Gestellten nicht mehr für schutzbedürftig erachtet, und wenn sich dann später durch Zurücknahme oder rechtskräftige Abweisung des Entmündigungsantrags oder auf Anfechtungsklage ausgesprochene Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses die Ansicht des Vormundschaftsgerichts sich als richtig herausstellt, warum, so fragt der Verf., soll dann der frühere Mündel schlechter behandelt werden, als wenn das Vormundschaftsgericht das Ergebnis des Entmündigungsverfahrens abgewartet hätte, ohne vorher etwas zu unternehmen?

Dritter Titel. Pflegschaft.

Zu §§ 1909 ff. *Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 543, 547 ff. Der Pfleger ist stets gesetzlicher Vertreter, auch wenn er für einen voll Geschäftsfähigen (§§ 1910, 1911) bestellt wird; so erklärt sich die Norm des § 53 ZPO.

§ 1909. I. a) KGJ. **36** A 43 (KG.). Hat der Vormund eines unehelichen Kindes, der, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes (BGB. §§ 1707, 1689) hat, das Kind mit Zustimmung der Mutter in seine Pflege genommen, so ist die Mutter in keiner Weise gehindert, über die Unterbringung ihres Kindes zu bestimmen, und es liegt keine Veranlassung vor, dem Kinde einen Pfleger deshalb zu bestellen, weil bezüglich der Sorge für seine Unterbringung seine Interessen mit denen des Vormundes kollidierten. Dagegen ist zur Bestellung eines Pflegers insoweit Raum, als der Vormund dadurch, daß das Kind bei ihm untergebracht ist, tatsächlich nicht in der Lage (d. h. behindert) ist, die Beanstandungen der Verpflegung des Kindes bei ihm objektiv zu prüfen und insoweit die Mutter sachgemäß zu unterstützen und zu überwachen. Der Wirkungskreis des Pflegers ist in diesem Falle dahin zu bestimmen, daß er die Mutter bei der Entscheidung, ob der Mündel bei dem Vormunde verbleiben soll, und bei der Ausführung ihrer bezüglichen Entschließungen zu unterstützen, auch zu diesem Zwecke die Verpflegung des Mündels bei dem Vormunde zu überwachen habe. Beläßt nach den Wahrnehmungen des Pflegers die Mutter das Kind bei dem Vormund in ungeeigneter Pflege, so sind gegen sie Maßregeln aus § 1666 BGB. am Platze. **b)** Vgl. ferner zu § 1667 BGB.

II. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. II 3 zu § 1909) auch BauersZ. **15** 122.

III. Josef, ZBlFG. 8 674 ff. Wird auf Grund des § 1909 die Anordnung einer Pflegschaft angeregt, weil in einem vom Pflegling oder gegen ihn zu erhebenden Rechtsstreite der gesetzliche Vertreter behindert sei, und ergibt die Anregung offensichtlich, also ohne jede Untersuchung, daß der geltend zu machende Anspruch gar nicht besteht, so ist die Pflegschaftsanordnung abzulehnen. Im übrigen, also wenn die Unbegründetheit des geltend zu machenden Anspruchs nicht offensichtlich ist, hat sich das Vormundschaftsgericht jeder Prüfung der Begründetheit des Anspruchs zu ent-

halten, also die Pflegschaft anzuordnen, wofern der Anregende den Anspruch so bezeichnet hat, daß dem Gericht erkennbar ist, welche „Angelegenheit“ im Sinne des § 1909 vorliegt. (Gegen Schultheis, ZBlFG. **8** 173, JDR. **6** Ziff. III zu § 1909).

§ 1910. R. **08** II 453 (KG.). Zur Anordnung der Pflegschaft nach § 1910 Abs. 2 bedarf es der Bewilligung des Gebrechlichen nicht, wenn bei ihm die freie Willensbestimmung infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit ausgeschlossen ist.

§ 1911. 1. BayRpflZ. **08** 341, SeuffBl. **08** 834, R. **08** II 470 (BayObLG.). Für die Anordnung einer Pflegschaft aus § 1911 ist nur das Schutzbedürfnis des Abwesenden, nicht das Interesse eines Dritten maßgebend. Deshalb kann eine solche Anordnung von dem Prozeßgegner des Abwesenden nicht mit Beschwerde angefochten werden.

2. R. **08** II 497 (BayObLG.). Ständiger Aufenthalt in einem entfernten Weltteile macht nicht ohne weiteres eine Abwesenheitspflegschaft nötig.

§ 1912. HansGZ. **08** Beibl. 140 (Hamburg). Für eine noch ungeborene Leibesfrucht beginnt die gesetzliche Vertretung erst mit der obrigkeitlichen Bestellung eines Vertreters.

§ 1913. I. *Bendix, ABürgR. **32** 140, 224 ff. Die Alternativen „unbekannt und ungewiß“ sind scharf voneinander als zwei ganz verschiedene Fälle zu unterscheiden. Der Begriff „unbekannt“ setzt das Vorhandensein von unmittelbar oder mittelbar Beteiligten voraus und macht den Pfleger zum Vertreter dieser der Rechtsstellung nach gewissen, nur der Persönlichkeit nach unbestimmten Beteiligten. Der Begriff „ungewiß“ enthält den Fall einer echten Realpflegschaft, sowohl wenn das Bedürfnis einer faktischen, als wenn das einer rechtlichen Fürsorge hervortritt; bei ihm kann von einem bestimmten Vertretenen nicht gesprochen werden. Im Falle des § 928 BGB. kann im Interesse der dinglichen und persönlichen Gläubiger des verzichtenden Eigentümers ein Pfleger für die ungewissen Beteiligten bestellt werden. Diese Pflegschaft ist Realpflegschaft. Der Pfleger für die ungewissen Beteiligten ist treuhänderischer Eigentümer. — Eine Fürsorge ist dann als erforderlich anzunehmen, wenn die Rechtsordnung ein Handeln, Dulden oder Unterlassen der als Beteiligten in Frage Stehenden gebietet oder wenn mit ihr die Schicksale einer Sache, die zu keiner bestimmten Person Rechtskreis gehört, in Widerspruch treten würden. Das persönliche wirtschaftliche Interesse ist nicht entscheidend, sondern allein das rechtlich Gebotene (232).

II. Pflegschaft für Nacherben. 1. *Bendix, SeuffBl. **08** 213, bekämpft die Ansicht des KG., KGJ. **33** A 43, OLG. **14** 298 (JDR. **6** Ziff. 2 b zu § 1913), weil die hypothekarische Sicherheit nicht für eine Forderung des Pfleglinges bestehe, für den Nacherben vor Eintritt der Nacherbfolge das Forderungsrecht in Ansehung des Nachlaßforderungen nicht begründet sei.

2. SächsOLG. **29** 367 (Dresden). Der Bestellung eines Pflegers für die unbekannten Nacherben steht nicht entgegen, daß die Vorerben von den im § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen befreit sind und ein zu den Vorerben gehörender Testamentsvollstrecker auf Anordnung des Erblassers bestellt ist.

3. SächsOLG. **29** 54 (Dresden). Ein Pfleger, der zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben gegenüber der von der Vorerbin (oder ihrem Ehemanne) geführten Verwaltung bestellt ist, kann, auch wenn ihm das Vormundschaftsgericht eine Vergütung zugebilligt hat, eine solche von den Nacherben nur erhalten, wenn diese Vermögen besitzen; das von der Vorerbin verwaltete Vermögen wird erst mit dem Eintritte der Nacherbfolge Vermögen der Nacherben.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Bendix, SeuffBl. **08** 216, stellt die in KGJ. **33** enthaltene Rechtsprechung in Nachlaßsachen dar. — Planck (Strohal, Strecker) (3) Bd. 5 Lief. 3 u. 4. — Segall, ABürg.R **32** 436, teilt die Ergebnisse einer Umfrage mit, betr. das Verhältnis der gesetzlichen Erbfolge zu der auf Grund einer Verfügung von Todes wegen, über die Verbreitung der eigenhändigen Testamente, der gemeinschaftlichen Testamente unter Ehegatten (des sog. Berliner Testaments), der Verfügungen von Todes wegen zwischen zusammenwohnenden ledigen Geschwistern, der Erb- und Erbverzichtsverträge, der Schenkungen auf den Todesfall und des Erbschaftskaufs. — v. Staudinger (Herzfelder) (3/4) Bd. 5 Lief. 12, 16, 19. — Weißler, DNotV. **08** 80, 479, berichtet über die Rechtsprechung in Nachlaßsachen.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

Vorbemerkung: Im Zusammenhange mit der Reichsfinanzreform hat der RK. dem RT. den Entwurf eines Gesetzes über das Erbrecht des Staates vorgelegt, welcher auf eine Einschränkung des Verwandtenerbrechts gerichtet ist und eine Änderung der meisten in diesem Abschnitt enthaltenen Paragraphen des BGB. zur Folge haben würde. Vgl. die Besprechung und Zusammenstellung von Marcus, ZBlFG. **9** 41, und die Kritik von Hoffmann, HirthsAnn. **08** 877. Der RT. scheint aber diesem Entwurfe seine Zustimmung versagen zu wollen. — Pappenheim, DJZ. **08** 509, schlägt im Anschluß an Bamberger, Erbrechtsreform (JDR. **6** zu §§ 1922 ff.) vor, das gesetzliche Verwandtenerbrecht auf die Verwandten gerade Linie, die Geschwister und ihrer Abkömmlinge und die Elterngeschwister zu beschränken; als gesetzlicher Erbe hinter diesen Verwandten und dem Ehegatten sollte dann, wie nach geltendem Rechte, regelmäßig der Fiskus des Bundesstaats berufen sein, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, unbeschadet der Beteiligung des Reichs an den Erträgen des erlangten Erwerbes.

§ 1922. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **08** 113 ff. Das nach § 1922 auf den Erben übergehende Vermögen des Erblassers umfaßt die Schulden mit; der Erbe setzt die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fort (aM. Binder I 7 f., Kipp-Windscheid I Anm. zu § 182, Hellwig, Rechtskraft 310, Dernburg I § 103).

2. *Schwarz, ABürgR. **32** 54 ff. Was nach dem Tode des Erblassers bestehen bleibt, ist nicht seine Rechtssubjektivität, sondern die Zweckbestimmung seines Vermögens, den Interessen des Erblassers zu dienen. Darum dient der Nachlaß in erster Reihe zur Deckung der Kosten der standesgemäßen Beerdigung und des Grabplatzes (BGB. § 1968, ung. Entw. § 2007 Abs. 1). Zu den Interessen des Erblassers gehört aber auch die Befriedigung seiner Gläubiger, und wir denken in erster Reihe an diesen Zweck, wenn wir von dem Verbleiben des Nachlasses als eines Ganzen reden. In zweiter Reihe dient das Nachlaßvermögen auch den allgemeinen Zwecken des Erben.

§ 1923. 1. *Schwarz, ABürgR **32** 40. Von dem gegenwärtigen Interesse der Erhaltung des Foetus (nasciturus) ist zu unterscheiden das zukünftige, eventuelle Interesse des zu gebärenden Menschen. Diese Zukunft kann eine nähere, von der Natur an einen Termin gebundene sein: im Falle bereits erfolgter Konzeption. Doch das Recht sichert in einzelnen Fällen auch das Interesse des noch nicht empfangenen künftigen Menschen. In all diesen Fällen wird ein Recht für eine zukünftige eventuell entstehende Interessensphäre reserviert: kommt das erwartete Kind zur Welt, so wird das Vermögen für seine Zwecke ausgefolgt; kommt das Kind nicht zur Welt, so wird das Vermögen einem anderen, im vorhinein bestimmten Zwecke zugewendet.

2. *Vagel, GruchotsBeitr. **52** 194. Die noch nicht erzeugte Deszendenz ist als solche nicht rechts- und nicht erbfähig, sie kann daher auch nicht als Berechtigte oder Verpflichtete im Grundbuch eingetragen werden. Die einer Deszendenz hinter-

lassenen Rechtsgüter fallen zunächst den kraft ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willens des Erblassers eintretenden Vorerben zu. Als mutmaßlich gewollte Vorerben kommen namentlich die zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten Mitglieder der Deszendenz in Betracht. Für die später erzeugten tritt der Fall der Nacherbfolge entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entweder mit der Geburt jedes einzelnen oder erst dann ein, wenn der Kreis der bedachten Deszendenten geschlossen ist, wenn also keine mehr geboren werden können. Analoges gilt beim Vermächtnisse. Nur soweit es sich um die Schonung ihrer künftigen Rechte handelt, ist den noch nicht erzeugten Deszendenten eine gewisse, möglichst zu beschränkende Rechtsfähigkeit beizulegen.

§ 1931. Provinzialrechte. a) KGJ. **35** A 53 (KG.). „Andere Erben" im Sinne des Art. 51 § 6 Abs. 2 PrAGBGB. sind die nach BGB. neben dem überlebenden Ehegatten berufenen gesetzlichen Erben des verstorbenen Ehegatten, nicht aber diejenigen Personen, mit denen nach der Pommerschen Bauernordnung oder den sie ergänzenden Vorschriften des PrALR. der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft fortsetzen würde. Hinterläßt der verstorbene Ehegatte nur Verwandte, die durch den überlebenden Ehegatten nach § 1931 von der Erbfolge ausgeschlossen werden, so wird dieser Alleinerbe des Verstorbenen auch in Ansehung des Gesamtguts. **b)** KGJ. **35** A 213 (KG.). Beim Güterstande des Märkischen Provinzialrechts hört der überlebende Ehegatte nicht auf, Erbe des erstverstorbenen zu sein; die Nachlaßgegenstände fallen jedoch ohne weiteres in das Alleineigentum der anderen Erben. Für den Grundbuchverkehr genügt zum Nachweise des Eigentumsüberganges ein allen Erben erteilter Erbschein, in dem bezeugt wird, daß der überlebende Ehegatte Erbe ohne Anteil am Nachlasse sei.

§ 1938. R. **08** II 428 (BayObLG.). Der überlebende Ehegatte kann von der gesetzlichen Erbfolge nur durch Testament, nicht durch Erbvertrag ausgeschlossen werden, selbst wenn ihm gleichzeitig durch letzteren eine anderweitige Zuwendung gemacht wird.

§ 1939. **RG.** WarneyersJ. **1** 120. Ist einem Vermächtnisse des lebenslänglichen Nießbrauchs an einem Nachlasse noch die Ermächtigung hinzugefügt, sich durch hypothekarische Belastung der Nachlaßgrundstücke sowohl zum Zwecke der Tilgung von Nachlaßschulden, als auch zu anderen Zwecken Kredit zu verschaffen, so kann in dieser Ermächtigung ein Vermächtnis, nämlich die vertretungsweise Übertragung der an sich dem Grundstückseigentümer zustehenden rechtlichen Verfügungsmacht auf die Dauer des Nießbrauchs gefunden werden. § 1081 BGB. steht nicht entgegen, da es sich um keine Vorschrift zwingenden Rechtes handelt (vgl. BGB. § 1088 Abs. 2).

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist zu diesem Titel, daß das KG. bei Auslegung des § 1965 Abs. 1 Satz 2 von seiner früheren Rechtsauffassung KGJ. **31** A 64 (vgl. zu §§ 1964, 1965) abgegangen ist.

§ 1943. PosMSchr. **08** 103 (Königsberg). Die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, z. B. eine Lebensversicherungssumme, ist nur dann als Erbschaftsannahme anzusehen, wenn diese Verfügung die Betätigung des Willens des Erben enthält, die Erbschaft als sein eigenes Vermögen zu behandeln. Dies ist nicht der Fall, wenn der Erbe geglaubt hat, der Gegenstand gehöre nicht zum

Nachlaß, oder wenn der Berufene nur aus Pietät gegen den Erblasser Handlungen vorgenommen, z. B. bedenkliche Schulden bezahlt hat.

§ 1944. OLG. **16** 251 (KG.). Ermangelt eine Verfügung von Todes wegen der Rechtswirksamkeit, so wird die Berufung zur gesetzlichen Erbfolge erst eröffnet, wenn die Rechtsunwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen entweder durch gütliche Einigung der Beteiligten oder im Prozeßwege durch richterliche Entscheidung festgestellt ist, jedenfalls aber erst dann, wenn der gesetzliche Erbe überzeugende Kenntnis von der Rechtsunwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen erlangt hat.

§ 1945. 1. WürttZ. **08** 297, ZBlFG. **9** 328 (Stuttgart). In einer bei einem deutschen Gericht anhängigen Nachlaßsache muß die Form der Erbschaftsausschlagungserklärung den deutschen Gesetzen entsprechen (Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.).

2. KGJ. **35** A 58 (KG.). Das Nachlaßgericht ist nicht befugt, eine bei ihm eingehende Erbschaftsausschlagungserklärung um deswillen zurückzuweisen, weil die Erklärung ungültig oder im Hinblick auf eine bereits früher eingegangene gleichlautende Erklärung derselben Person überflüssig sei. Es entspricht lediglich dem nobile officium judicis, den Einsendern der Erklärungen von offenbaren formalen Mängeln Mitteilung zu machen.

3. KGJ. **35** A 60 (KG.). Demjenigen, der die Ausschlagung einer ihm angefallenen Erbschaft dem Nachlaßgerichte gegenüber erklärt hat, muß (in Preußen) auf seinen Antrag von diesem ein Zeugnis erteilt werden, aus dem sich die Form und der Inhalt der eingereichten Erklärung sowie der Zeitpunkt ihres Einganges beim Nachlaßgericht ergibt (vgl. PrFGG. Artt. 31, 53, 56, 58).

§ 1947. KGJ. **35** A 63, R. **08** II 270 (KG.). Die Erklärung des berufenen Erben, daß er die Erbschaft zugunsten eines bestimmten Dritten ausschlage, enthält keine gültige Ausschlagung der Erbschaft, es sei denn, daß die ausgeschlagene Erbschaft kraft Gesetzes dem Dritten als dem einzigen nächstberufenen Erbberechtigten anfallen würde. Dagegen kann darin möglicherweise das Angebot des Erben an einen Dritten, diesem die Erbschaft durch Rechtsgeschäft veräußern zu wollen, gefunden werden.

§§ 1947, 1948. Die Entsch. des OLG. Dresden (JDR. **6** zu §§ 1947 u. 1948) auch SeuffA. **63** 154.

§ 1954. KGJ. **35** A 67, R. **08**. II 304 (KG.). Der Irrtum eines Erben bei Ausschlagung der Erbschaft, der ausgeschlagene Erbteil werde seinem Miterben anfallen, während er in Wahrheit anderen Verwandten des Erblassers anfällt, ist kein Irrtum über den Inhalt der Ausschlagungserklärung, sondern nur über deren Folgen, gewährt daher kein Anfechtungsrecht.

§ 1960. 1. Voraussetzung der Nachlaßpflegschaft. R. **08** II 304 (KG.). Eine Nachlaßpflegschaft kann auch eingeleitet werden, obwohl das Prozeßgericht während der Dauer des Rechtsstreits über die Nichtigkeit eines Testaments einen Verwalter zur Verwahrung und Verwaltung der bisher im Besitze des Testamentserben befindlichen Nachlaßgegenstände bestellt hat.

2. Kosten. KGBl. **08** 58 (LG. I Berlin). Die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft auf Grund des § 1960 erfolgt im öffentlichen Interesse. Die dadurch entstehenden Gerichtskosten fallen der Staatskasse zur Last, wenn es an einem Zahlungspflichtigen fehlt (z. B. im Falle der Übereignung des geringfügigen Nachlasses an die Armendirektion).

3. Rechtsstellung des Nachlaßpflegers. KGJ. **36** A 226 (KG.). Es ist nicht zulässig, eine Hypothek für den Nachlaßpfleger als solchen einzutragen.

4. Wirksamkeit der Rechtshandlungen des Nachlaßpflegers. Die Entsch. SchlHolstAnz. **07** 262 (JDR. **6** Ziff. 3 b zu § 1960) bestätigt vom **RG.** SchlHolstAnz. **08** 183.

5. Landesrecht. Über das amtliche Einschreiten des Nachlaßgerichts, insbesondere die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses nach § 46 BadRechtspolG., wenn bei einem Nachlasse Geschäftsunfähige, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte oder Abwesende als Erben (zutreffendenfalls als Nacherben) beteiligt sind, vgl. BadRpr. **08** 287 (Karlsruhe).

§§ 1964, 1965. KGJ. **36** A 67, RJA. **9** 215, R. **08** II 453, DJZ. **08** 820 (KG.). Die Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei, kann, wenn die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte wegen der Kleinheit des Nachlasses unterbleibt, sofort nach dem Abschlusse der Ermittelungen und, wenn die öffentliche Aufforderung stattgefunden hat, sofort nach dem Ablaufe der darin bestimmten Anmeldungsfrist erfolgen, es sei denn, daß bis zum Erlasse des Feststellungsbeschlusses Erbrechte angemeldet sind. Die im § 1965 Abs. 2 BGB. bezeichnete dreimonatige Frist zum Nachweise der Erbrechte oder der Klagerhebung braucht nicht abgewartet zu werden, wenn Erbrechte angemeldet sind. Die abweichende Auffassung KGJ. **31** A 64 (JDR. **5** zu §§ 1964, 1965) wird nicht aufrechterhalten. →→ Ebenso Boschan, Nachlaßsachen I 137. Red. ←←

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Auch im laufenden Berichtsjahre hat der vorliegende, wohl interessanteste Titel des Erbrechts Anlaß zur Erörterung allgemeiner und einzelner Fragen der Erbenhaftung gegeben. Scheye (zu § 1967) bekämpft die JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1967 dargestellte Ansicht von Eccius, daß der Erbe durch Geschäfte in Betätigung der Verwaltung des Nachlasses eine Nachlaßverbindlichkeit nicht erzeugen könne; Eccius verteidigt seine Auffassung, insbesondere soweit es sich um ein Schuldanerkenntnis des Erben handelt. Der Auslegung des § 1973 hat Kretzschmar einen belehrenden Aufsatz gewidmet und dabei namentlich die prozessuale Gestaltung der hiernach dem Erben zustehenden Einrede erörtert. Mit der Auslegung der §§ 1990—1992 beschäftigen sich wiederum verschiedene höchstrichterliche Entscheidungen: Das OLG. Jena hält in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen die Abweisung der Klage für geboten, wenn ein Nachlaß überhaupt nicht vorhanden war oder ist, und fügt neue beachtenswerte Gründe zur Rechtfertigung dieser Auffassung hinzu. Das RG. (zu § 1991) behandelt eingehend das Verhältnis der Nachlaßgläubiger zu Vermächtnisnehmern, die vor ihnen durch den Erben Befriedigung erhalten haben. Das OLG. Celle (zu § 1990) verneint die Anwendbarkeit des § 811 Nr. 3, 4 ZPO. gegenüber der allgemeinen Herausgabepflicht des Erben. Bei Auslegung der §§ 2014, 2015 endlich bejaht das OLG. Jena trotz der dem Erben zustehenden aufschiebenden Einreden die Möglichkeit eines Schuldnerverzugs. — Einen eigenartigen Fall (Exhumierung einer Leiche) behandelt das OLG. Hamburg (s. unten zu § 1968).

Literatur: Kretzschmar, ZBlFG. **9** 49, gibt einen allgemeinen Überblick über die Grundsätze, nach denen das BGB. die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geordnet hat, in Vergleichung mit den Vorschriften des früheren Rechtes, unter den Überschriften: Kreis der Nachlaßverbindlichkeiten, Form und Bedeutung des Inventars, Haftung des Inventarerben, die Verhältnisse bei der Nachlaßabsonderung, Beschränkung der Haftung des Erben ohne amtliche Nachlaßabsonderung, Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger, Haftung der Miterben. Er bezeichnet im Ergebnisse die Haftung des Erben (mit Strohal und Endemann) als eine grundsätzlich beschränkbare, die erst dadurch zu einer unbeschränkten werde, daß der Erbe des Rechtes zur Beschränkung seiner Haftung durch eine Verfehlung gegen die Inventarpflicht verlustig gehe.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. a) Scheye, GruchotsBeitr. **52** 806, bekämpft die Ansicht von Eccius, GruchotsBeitr. **51** 564 (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1967), wonach der Erbe durch

Rechtsgeschäfte, die er in Verwaltung des Nachlasses vornehme, eine Nachlaßschuld nicht erzeugen könne, mit folgendem Ergebnisse: Die Ansprüche aus derartigen Rechtsgeschäften können nach § 1984 BGB. nach Anordnung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegen den Erben nicht mehr geltend gemacht werden. Der Erbe würde also der Klage aus einem Anerkennungsvertrage gegenüber mit Recht seine Passivlegitimation bestreiten. In dem vor jenem Zeitpunkt angestrengten Prozesse wird ihm der Vorbehalt aus § 780 ZPO. ebensowenig zu versagen sein, wie der Schutz des § 784 ZPO. in der Zwangsvollstreckungsinstanz. **b)** Demgegenüber verbleibt Eccius, GruchotsBeitr. **52** 810, bei seiner Auffassung, indem er das Schuldanerkenntnis des Erben seinem bloßen Zahlungsversprechen gegenüberstellt. Das vom Gläubiger angenommene Versprechen des Erben, eine Zahlung aus dem Nachlasse zu machen (constitutum debiti) — so wird ausgeführt —, begründet nicht eine von der früheren Kausa losgelöste selbständige Verbindlichkeit, sondern muß auf die Darlegung der alten Kausa gestützt werden. So wird z. B. durch das Versprechen des Erben, eine Darlehnsschuld des Erblassers zu einer bestimmten Zeit zu zahlen, die Darlehnsschuld des Erblassers nicht zu einer Schuld gemacht, für die der Erbe die Möglichkeit der Beschränkung auf den Nachlaß verloren hat, aber wirksam ist die Vereinbarung einer bestimmten Zahlungszeit. Hat aber die Darlehnsschuld als Nachlaßschuld nicht bestanden, so bedarf es für den Erben, den Nachlaß- und Konkursverwalter keiner Anfechtung, keiner Kondiktion des Versprechens. Hiervon verschieden ist es, wenn der Erbe durch ein selbständig wirkendes Zahlungsversprechen eine Schuld begründen will, weil er sich als Erbe auf Grund der Annahme einer Schuldverbindlichkeit des Erblassers gleichen oder anderen Inhalts veranlaßt sieht, ein solches selbständiges Zahlungsversprechen abzugeben. Ein selbständiges Schuldversprechen kann nur eine eigene Schuld des Versprechenden begründen, wird aber kondizierbar sein, wenn die dabei angenommene Kausa (hier das Bestehen der Nachlaßschuld) fehlt, wenn also der Gläubiger durch das grundlos gegebene Versprechen bereichert ist.

2. DJZ. **08** 600 (Hamburg). Ist der Nachlaßgläubiger zugleich Miterbe, so kann er Befriedigung von den Miterben regelmäßig nicht vor der Aufteilung des Nachlasses fordern.

§ 1968. OLG. **16** 262, HansGZ. **08** Beibl. 113 (Hamburg). Das Recht zur Bestimmung, ob die Leiche eines bereits Bestatteten exhumiert und an einen anderen Begräbnisort überführt werden soll, ist entweder dem Erben, der für die Kosten der standesgemäßen Beerdigung aufzukommen hat (§ 1968), oder den nächsten Hinterbliebenen ohne Rücksicht auf ihre Erbeneigenschaft zuzugestehen; ein anderer Berechtigter kommt nicht in Frage (vgl. Gareis, SeuffBl. **05** Ziff. 11, **RG. 12** 288, DJZ. **01** 163). Der Rechtsweg ist nicht unzulässig, wenn eine Kirchengemeinde nicht aus öffentlich-rechtlichen Gründen (vgl. SeuffA. **42** Ziff. 2), sondern lediglich als Besitzerin und Verwalterin des Friedhofs die Zustimmung zur Exhumierung einer Leiche verweigert. Die Kirchengemeinde kann aber zur Aufrechterhaltung der Friedhofsruhe der Exhumierung einer Leiche und deren Überführung an einen dritten Ort widersprechen, wenn diese Handlungen ohne einen zu billigenden Grund vorgenommen werden sollen. Ein solcher Grund kann in dem Wunsche des überlebenden Ehegatten, mit dem Verstorbenen dereinst dieselbe Grabstätte zu teilen, gefunden werden, wenn die Beisetzung des überlebenden Ehegatten neben dem Verstorbenen wegen Belegung der benachbarten Grabstelle nicht möglich ist. Gegenüber diesem berechtigten Interesse ist die Berufung auf die Ritualvorschriften der jüdischen Religion nicht zulässig.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1973. 1. Kretzschmar, Zur Auslegung des § 1973, SeuffBl. **08** 777, erörtert den Zweck des § 1973 und einzelne bei seiner Auslegung hervorgetretene

Zweifelfragen. Nach seiner Auffassung begründet die Ausschließung eines Gläubigers im Aufgebotsverfahren eine Einrede der Haftungsbeschränkung des Erben im Sinne des § 780 ZPO. (vgl. BGB. § 2013 Abs. 1 Satz 2). Die Eigenart der Haftungsbeschränkung besteht darin, daß der Erbe zu ihrer Durchführung nicht die Nachlaßverwaltung oder den Nachlaßkonkurs zu erwirken, vielmehr sich nur der ihm nach § 1973 zustehenden Einreden zu bedienen braucht. Die Einrede ist eine materiellrechtliche und besteht darin, daß der Erbe die Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern darf, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft „wird", auch wenn diese noch nicht befriedigt sind. Die Einrede kann sofort im Hauptprozesse geltend gemacht werden, sei es, daß der Erbe unter Bezugnahme auf die vollständige Erschöpfung des Nachlasses die Abweisung der Klage beantragt oder daß er den Gläubiger auf den verbliebenen Nachlaßrest verweist. War die Ausschließung des Gläubigers zur Zeit des Prozesses noch nicht erfolgt, so muß der Erbe die Einrede im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen; es genügt dazu ein allgemeiner Vorbehalt in dem Urteile nach § 780 ZPO. Die Erwirkung eines solchen Vorbehalts ist jedoch unzulässig, vielmehr hat der Erbe seine Einrede sofort näher zu begründen, wenn er von einem ausgeschlossenen Gläubiger verklagt wird und die nicht ausgeschlossenen Gläubiger bereits sämtlich befriedigt sind.

2. Abs. 2 Satz 1. Kretzschmar, SeuffBl. **08** 780. Die Vorschrift des § 1973 Abs. 2 Satz 1, wonach der Erbe den Überschuß in der dort angegebenen Weise herauszugeben hat, bedeutet, daß er die Zwangsvollstreckung in die verbliebenen und von ihm zu bezeichnenden Gegenstände dulden muß.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. Behrend, LeipzZ. **08** 125 ff. In die Nachlaßkonkursmasse fällt, was dem Gemeinschuldner zur Zeit des Todes gehörte; was aus diesem Vermögen rechtswidrig abgesondert ist, muß auf die Anfechtungsklage zurückerstattet werden. Es gehört also zur Masse der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage. Aber dieser Versicherungsanspruch ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die Versicherungssumme, diesen letzteren Anspruch hat der Erblasser nie besessen (vgl. **RG. 29** 325). Was er im Augenblicke seines Todes besaß, ist der Versicherungsanspruch, d. i. der Anspruch auf die Prämienreserve oder der nach den Versicherungsbedingungen etwa niedrigere Anspruch auf den Rückkaufswert.

§§ 1978, 1979. 1. **RG.** WarneyersJ. **1** 120. Zwar trifft den Erben die Verantwortlichkeit dafür, daß er den Nachlaß ordnungsmäßig verwaltet und namentlich die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen nicht auf Kosten anderer Nachlaßgläubiger berichtigt (BGB. §§ 1978 Abs. 1, 1979, 1991 Abs. 1, 4). Nicht aber kann er, auch ohne die Einreden aus §§ 2014 ff. vorzuschützen, die Verurteilung zur Befriedigung eines fälligen Vermächtnisanspruchs (BGB. § 2170) schon damit abwenden, daß er im allgemeinen die Befürchtung erhebt, es möchten noch andere ungedeckte, vielleicht die Unzulänglichkeit des Nachlasses ergebende Verbindlichkeiten vorhanden sein.

2. Vgl. auch zu § 1991.

§ 1981. 1. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. 3 a zu § 1981) auch KGJ. **35** A 72.

2. DJZ. **08** 877, R. **08** II 453 (KG.). Die Nachlaßverwaltung kann sowohl, wenn sie auf Antrag der Erben, als auch, wenn sie auf den Antrag eines Nachlaßgläubigers angeordnet ist (abgesehen von den Fällen des § 1988) erst aufgehoben werden, wenn die bekannten Nachlaßverbindlichkeiten berichtigt sind oder wenn dem Gläubiger nach Maßgabe des § 1986 Abs. 2 BGB. Sicherheit geleistet

wird. Die vorherige Aufhebung einer auf den Antrag eines Nachlaßgläubigers angeordneten Nachlaßverwaltung kann insbesondere nicht deswegen erfolgen, weil gegenwärtig kein Grund mehr für die Annahme bestehe, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das derzeitige Verhalten oder die derzeitige Vermögenslage des Erben gefährdet werde.

3. Die Entsch. SeuffBl. **07** 1060 (Dresden) (JDR. **6** Ziff. 3 b zu § 1981) auch SächsOLG. **29** 52.

§ 1984. 1. OLG. **16** 259 (KG.). Ist ein ausdrücklicher Beschluß, daß die Nachlaßverwaltung angeordnet werde, nicht erlassen, so kann in dem Ersuchen des Nachlaßrichters an den Waisenrat um Vorschlag eines Nachlaßpflegers die Anordnung der Nachlaßverwaltung gefunden werden.

2. Kretzschmar, SeuffBl. **08** 113 ff. (118). Durch § 1984 Abs. 1 Satz 2 wird der Nachlaßgläubiger nicht gehindert, seinen Anspruch gegen den unbeschränkt haftenden Erben mit dem Zwecke der Inanspruchnahme seines Eigenvermögens zu verfolgen.

§ 1985. 1. R. **08** II 131 (KG.). Der § 1837 BGB. ist auf die Nachlaßverwaltung mit der Maßgabe anwendbar, daß an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht (§ 1962) tritt. Das Aufsichtsrecht geht nicht soweit, dem Nachlaßverwalter in reinen Zweckmäßigkeitsfragen leitende Anweisungen zu erteilen, wenn er die gesetzlichen Befugnisse ausübt, z. B. bei der Versilberung eines Vermögensstücks. Dagegen schließt das Aufsichtsrecht des Nachlaßgerichts unbedenklich die Befugnis in sich, dem Nachlaßverwalter die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte zu versagen, wenn eine Überschuldung des Nachlasses vorliegt und er, statt die Konkurseröffnung zu beantragen, eine Verfügung trifft, welche der Genehmigung des Nachlaßgerichts bedarf.

2. **RG.** R. **08** II 236. Mit der Verteilung des Nachlasses unter die Erben hat sich der Nachlaßverwalter nicht zu befassen.

§ 1988. Abs. 2. KGJ. **36** A 70 (KG.). Ein Nachlaßgläubiger kann nicht die Aufhebung einer auf den Antrag des Erben angeordneten Nachlaßverwaltung dadurch erzielen, daß er bei dem Nachlaßgerichte die Aufhebung mit der Begründung beantragt, es sei bereits zur Zeit der Anordnung der Nachlaßverwaltung eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden gewesen, und daß er alsdann gegen die eine solche Aufhebung ablehnende Verfügung des Nachlaßgerichts die Beschwerde einlegt; eine derartige Beschwerde ist vielmehr als unzulässig zu verwerfen (FGG. § 76 Abs. 1).

§ 1990. OLG. **17** 195 (Celle). Die allgemeine Fassung des § 1990, die dem Erben die Herausgabe des Nachlasses ohne Ausnahme zur Pflicht macht, steht der nebenherlaufenden Anwendung des § 811 Nr. 3, 4 ZPO. entgegen. Der Umstand, daß dem einen Miterben nicht die Geltendmachung der Beschränkung seiner Haftung vorbehalten ist und daß er sich daher auch die Vollstreckung in sein eigenes Vermögen gefallen lassen müßte, kann nicht seine Pflicht zur Haftung mit dem Nachlaß aufheben, wenn eine solche durch dessen Unzulänglichkeit gemäß § 1990 gegeben ist.

§§ 1990, 1991. ThürBl. **55** 61 (Jena). Daß die Haftungsbeschränkung des Erben nur im Zwangsvollstreckungsverfahren (ZPO. §§ 780 bis 785) geltend gemacht werden könne, ist nirgends gesagt, vielmehr kann der Beklagte jedenfalls dann die Abweisung der Klage begehren, wenn er nachweist, daß ein Nachlaß überhaupt nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist. Für die Anwendung des § 1990 ist es gleichgültig ob die Unzulänglichkeit des Nachlasses, um die Kosten der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses zu decken, schon zur Zeit des Erbfalls vorhanden war oder erst hinterher dadurch eingetreten ist, daß der Erbe den Nachlaß zur Befriedigung der ihm bekannt gewordenen

Nachlaßgläubiger verwendet hat. Im letzteren Falle ist nur der Erbe, welcher die Überschuldung des Nachlasses kennt oder infolge seiner Fahrlässigkeit nicht kennt, gemäß § 1991 in Verb. mit §§ 1978, 1979 verpflichtet, aus seinem Eigenvermögen zu ersetzen, was erforderlich ist, damit die Nachlaßgläubiger soweit befriedigt werden, als sie im Falle rechtzeitiger Eröffnung des Nachlaßkonkurses zur Befriedigung gelangt wären.

§ 1991. **RG.** SeuffA. **63** 370, SächsRpflA. **08** 359, BayRpflZ. **08** 308, GruchotsBeitr. **52** 1082, LeipzZ. **08** 944, JW. **08** 487, R. **08** II 541. Aus § 1991 Abs. 4 folgt nicht, daß Vermächtnisnehmer das, was sie aus dem Nachlasse vor den Gläubigern des Erblassers erlangten, an diese herausgeben müßten, vielmehr kann, wenn der Nachlaß überschuldet ist, der Erbe die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen, und in dem Konkursverfahren sind dann die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen, soweit sie nicht etwa schon vorher von dem Erben berichtigt sind, in der im § 226 Abs. 2 Nr. 5 KO. vorgesehenen Rangordnung, insbesondere auch in dem Range nach den Forderungen der Nachlaßgläubiger, zu berichtigen. Ist die Eröffnung des Konkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich (§ 1982) oder beruht die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen, so ist der Erbe, ausgenommen wenn er unbeschränkt haftet (§ 2013), berechtigt, die Befriedigung der andrängenden Nachlaßgläubiger insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, in diesem Falle jedoch verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Sind mehrere Nachlaßgläubiger vorhanden, so ist der Erbe hinsichtlich der Herausgabe des Nachlasses, damit die Nachlaßgläubiger sie als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen (§ 1979), nicht zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge der Gläubiger verpflichtet, abgesehen von der Innehaltung der Vorschrift des § 1991 Abs. 4. Hat der Erbe trotz Überschuldung des Nachlasses infolge von Vermächtnissen die Verbindlichkeit aus einem Vermächtnisse mit Mitteln des Nachlasses erfüllt, ohne zuvor die vorgehenden Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse zu decken, so mögen diese Gläubiger berechtigt sein, gegen den Erben so vorzugehen, wie wenn er an den Vermächtnisnehmer aus dem Nachlasse nichts geleistet hätte, auch mag dem Erben, wenn er in Unkenntnis der Überschuldung des Nachlasses geleistet hätte, gegen den Vermächtnisnehmer ein Rückforderungsrecht gemäß § 813 BGB. zustehen. Aber zwischen dem Vermächtnisnehmer und den anderen Nachlaßgläubigern sind dadurch, daß der Erbe den ersteren vor den letzteren befriedigt hat, keine rechtlichen Beziehungen begründet worden, die den Vermächtnisnehmer verbinden würden, das Erhaltene an die Nachlaßgläubiger herauszugeben.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1994. Die Entsch. BayObLG. 8 261 (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 1994) auch OLG. **16** 41, DJZ. **08** 880, SeuffBl. **08** 948.

V. Aufschiebende Einreden.

§§ 2014, 2015. ThürBl. **55** 193, NaumburgAK. **08** 75 (Jena). In den §§ 2014, 2015 handelt es sich nicht um materiell-rechtliche Einreden, sondern um die (allerdings außerordentlich unglücklich gefaßte) Normierung eines Mittels für den Erben, eine die Geltendmachung seiner Haftungsbeschränkung gefährdende prozessuale Durchführung des Anspruchs des Nachlaßgläubigers bis zum letzten Ziele der Zwangsvollstreckung abzuwehren. Läßt daher § 2014 die materielle Seite des Rechtsverhältnisses zwischen Nachlaßgläubiger und Erben unberührt, so steht auch der Möglichkeit des Verzugs des letzteren vor Ablauf der Überlegungsfrist nichts entgegen.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. ElsLothJZ. **08** 564 (Colmar). Erbschaftsbesitzer ist jeder, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat. Es kann daher auch gegen einen Miterben, der etwas ihm in dieser Eigenschaft nicht Zukommendes aus der Erbschaft an sich gebracht hat, aus § 2018 geklagt werden. Sind die von einem Erbschaftsbesitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten Verwendungen nicht notwendig gewesen, so hat er nur ein Abtrennungsrecht. Dieses wird aber durch das Angebot der Erben, und, wenn der Erbschaftsbesitzer Miterbe ist, durch das Angebot der anderen Miterben ausgeschlossen, ihm (gemeinschaftlich mit ihm) den Wert zu ersetzen, den die Baumaterialien usw. für ihn nach ihrer Abtrennung haben würden (§§ 2023, 994, 997). Die Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag können nicht zur Anwendung kommen, wenn der Erbschaftsbesitzer die Verwendungen in der Meinung vorgenommen hat, es handle sich um seine eigene Angelegenheit. Aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung aber sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 994, 997 BGB. maßgebend.

§ 2027. 1. SächsRpflA. **08** 115 (Dresden). Wenn auch aus § 2027 eine Verpflichtung des Miterben, über die Verwaltung der Erbschaft nach § 259 BGB. Rechenschaft abzulegen, nicht herzuleiten ist, so folgt doch eine solche aus der Tatsache, daß ein Miterbe die Erbschaft für seine Miterben infolge Auftrags oder in auftragloser Geschäftsführung mitverwaltet hat (BGB. §§ 666, 677, 681 Satz 2). Die Vorschriften in §§ 2018 ff. finden auf den Anteil eines Miterben entsprechende Anwendung (vgl. SächsRpflA. **14** 66). Soweit ein Erbe von einem Miterben mit der Erbschaftsklage belangt wird, steht er diesem in Ansehung seines Erbteils als Erbschaftsbesitzer gegenüber.

2. R. **08** II 541, 542 (Oldenburg). Die Auskunftspflicht besteht auch zugunsten des Miterben, da auch dessen Anteil gegenüber den anderen Miterben ebensogut geschützt sein muß, wie gegenüber Personen, die an der Erbschaft nicht beteiligt sind (OLG. **4** 430). Die Pflicht zur Auskunftserteilung besteht nicht mehr, wenn der Erbe durch Erbschaftsvertrag sich als abgefunden erklärt hat, denn der Anspruch darauf soll nur dazu dienen, den Anspruch auf Herausgabe des Erbteils verwirklichen zu helfen.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel hat besonders Kretzschmar Beiträge allgemeineren Inhalts (über die Verhältnisse während des Bestehens der Erbengemeinschaft, die Verfügungen über einen Erbteil und die Auseinandersetzung zwischen den Miterben) beigesteuert (vgl. zu §§ 2033 ff., 2038 ff., 2042 ff.). Der Unterschied zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsanordnung wird vom Reichsgericht (zu §§ 2048, 2150) erörtert, auch sonst hat das RG. zu einzelnen Fragen, z. B. der Zulässigkeit obligatorischer Verfügungen über den Anteil eines Miterben (zu § 2033) und der Inanspruchnahme der Miterben in getrennten Prozessen (zu §§ 2058, 2059), Stellung genommen.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§ 2032. v. Amelunxen, ZBlFG. **8** 671. Die Auseinandersetzung des § 2032 Abs. 2 kann nur eine dinglich wirkende Auseinandersetzung sein; denn würde diese nur schuldrechtlich wirken sollen, so würden die §§ 2033—2041 auch nach der rechtskräftigen Auseinandersetzung in Geltung bleiben.

§ 2033. Literatur: Kretzschmar, R. **08** 265, 318, gibt eine Darstellung der Rechtsgrundsätze der „Verfügungen über einen Erbteil" und behandelt in einzelnen Abschnitten die Zulässigkeit solcher Verfügungen, deren Form (durch Rechtsgeschäft oder Pfändung) sowie die einzelnen Arten der Verfügungen und ihre Wirkungen (Übertragung, Nießbrauch, Pfandrecht, Pfändungspfandrecht), bei der Übertragung im besonderen die rechtliche Stellung

des Erwerbers, das Vorkaufsrecht der Miterben und die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Bedeutung der Verfügung über einen Anteil an dem Nachlasse. 1. OLG. **16** 252, SeuffA. **63** 464 (Dresden). Der Erbe kann sein Erbrecht als solches, vermöge dessen er zur Erbschaft berufen ist, seine Erbenstellung im ganzen nicht übertragen. Dies gilt auch bei dem Kaufe eines Erbteils.

2. KGJ. **35** A 74, SeuffBl. **08** 336 (KG.). Die Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses kann in der Weise erfolgen, daß einem Miterben die Erbteile der übrigen Miterben übereignet werden. Wird eine solche Übereignung von einem Miterben gemäß § 91 Abs. 1 Satz 2 FGG. vorgeschlagen und das Einverständnis der übrigen Miterben gemäß § 91 Abs. 3 FGG. angenommen, so ist mit der rechtskräftigen Bestätigung der Vereinbarung die Übereignung bewirkt.

3. Kretzschmar, R. **08** 265 ff. Eine lediglich nach § 398 BGB. zu beurteilende Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens ist gegenüber der später nach § 2033 Abs. 1 bewirkten Verfügung unwirksam (vgl. **RG. 60** 126).

4. Kretzschmar aaO. Verfügen kann nur ein Miterbe über seinen ganzen Anteil am Nachlaß; ebensowenig wie der Alleinerbe über einen Bruchteil der Erbschaft, kann ein Miterbe über einen Bruchteil seines Erbteils verfügen (aM. Planck-Strohal Anm. 2 c, Herzfelder Anm. 1 zu § 2033, Kreß, Die Erbengemeinschaft § 19 Anm. 3).

II. Veräußerung einzelner Gegenstände. NaumburgAK. **08** 46 (KG.). Die Erbengemeinschaft wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Miterben einzelne Nachlaßgegenstände einem Dritten oder einem von ihnen übereignen. Die Möglichkeit der Erbteilsübereignung besteht daher trotz einer solchen Veräußerung einzelner Gegenstände fort, ohne Unterschied, ob die Einzelveräußerung vor oder gleichzeitig mit der Erbteilsübereignung erfolgt.

III. Form. OLG. **16** 280 (Frankfurt). Sowohl der Verkauf einer Erbschaft oder eines Erbanteils — der obligatorische Vertrag — als auch die Übertragung eines Erbanteils — der dingliche Vertrag — bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§§ 2371, 2033). Sind beide Akte in einer Urkunde verbunden und ist der Kaufvertrag, da er über die Höhe oder die Berichtigung des Kaufpreises keine Bestimmung enthält, nichtig, so hat dies auch die Nichtigkeit des dinglichen Übertragungsvertrags zur Folge (BGB. § 139), und es läßt sich nicht annehmen, daß durch diesen der Formmangel des Kaufvertrags geheilt worden ist. Eine analoge Anwendung des § 313 Satz 2 BGB. ist ausgeschlossen.

IV. Verfügung des Nacherben. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 4 zu § 2033) auch GruchotsBeitr. **52** 680, SeuffBl. **08** 283, SeuffA. **63** 367.

V. Abs. 2. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 167. In dem Nichtverfügenkönnen liegt kein Veräußerungsverbot (vgl. das zu § 135 Bemerkte).

2. **RG.** JW. **09** 20, R. **08** II 703. § 2033 Abs. 2 schließt nur die dingliche Verfügung aus, steht aber nicht einer bloß obligatorischen Verpflichtung entgegen. Demgemäß kann bei ungeteilter Erbschaft jeder Miterbe (z. B. auch durch Zession) über einzelne Nachlaßsachen oder über seinen Anteil obligatorisch verfügen, wie auch der Verkauf einer fremden Sache an sich zulässig ist. Ob außer der „Verfügung" auch noch besondere obligatorische Verpflichtungen vorliegen, wonach der Erbe sich verpflichtet, die ihm nach der Erbauseinandersetzung zufallenden Erbschaftsgegenstände oder den anteiligen in Geld umzusetzenden Nachlaßüberschuß zu übertragen, ist Tatfrage. Vgl. **RG. 60** 133, nicht im Widerspruche damit **RG. 61** 76, wo festgestellt war, daß eine obligatorische Verpflichtung nicht begründet werden sollte.

§ 2036. Kretzschmar, R. **08** 313 ff. (315). Durch Übertragung des Anteils auf die Miterben wird der Käufer von der Haftung für die Nachlaßverbind-

lichkeiten auch dann frei, wenn er bereits unbeschränkt haftete. Unberührt bleibt jedoch die den Käufer gemäß §§ 1978 ff. treffende persönliche Haftung aus der Mitverwaltung während der Zeit seiner Zugehörigkeit zur Erbengemeinschaft; die Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden dabei entsprechende Anwendung, so daß die Ansprüche, wenn es nicht zur amtlichen Nachlaßabsonderung kommt, unmittelbar seitens der Nachlaßgläubiger geltend gemacht werden können (aM. Strohal § 192 Anm. 9 u. Planck [3] zu § 2036, im Gegensatze zur 2. Aufl. Anm. 1 zu § 2036, die dazu einen gegen alle an der Erbengemeinschaft Beteiligten wirksamen Schuldtitel für erforderlich halten).

§ 2037. Kretzschmar, R. **08** 313 ff. Auf welchem Rechtsgrunde die Weiterübertragung des Erbteils beruht, ist gleichgültig. — Ist das Vorkaufsrecht durch Nichtausübung erloschen, so gelangt es nicht von neuem zur Entstehung, wenn der Käufer den Erbteil weiterverkauft.

§§ 2038—2041. Literatur: Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 545, erörtert die Verhältnisse während des Bestehens der Erbengemeinschaft, insbesondere den Gegenstand der Erbengemeinschaft, die Verwaltung des Nachlasses, Verfügungen über den Nachlaß und den Anteil eines Miterben daran und die Prozeßführung der Erben (Aktiv- und Passivprozesse).

§ 2038. Abs. 2. Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 548 Anm. 13. „Erbteil" und „Anteil eines Erber an dem Nachlasse" (vgl. BGB. § 743) sind nicht gleichbedeutend; ein Abkömmling des Erblassers, dessen Erbteil die Hälfte der Erbschaft beträgt, braucht infolge der Ausgleichungspflicht überhaupt keinen Anspruch auf eine Zuteilung bei der Auseinandersetzung und damit auch keinen Anteil an dem Nachlasse zu haben.

§ 2039. Satz 2. **a)** PosMSchr. **08** 107 (Königsberg). Miterben, die gemäß § 2039 Satz 2 auf Hinterlegung für alle Erben klagen, sind nicht notwendige Streitgenossen im Sinne des § 62 ZPO. **b) RG.** R. **08** II 542. Ein Miterbe, der von den übrigen Miterben zur Empfangnahme der Zahlung einer Nachlaßforderung ermächtigt ist, kann von dem Schuldner Zahlung an sich selbst fordern.

§ 2040. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 134. Das Pfandrecht am Erbteile hindert die Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks nicht; doch hat der Erwerber die Verwertung des Grundstücks zugunsten des Pfandgläubigers in der Weise, wie wenn keine Veräußerung stattgefunden hätte, zu dulden. Das Pfandrecht macht also die Veräußerung relativ unwirksam.

§§ 2042 ff. Literatur: Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 129, 153, behandelt die Auseinandersetzung zwischen den Miterben, und zwar in einzelnen Abschnitten Wesen und Inhalt der Auseinandersetzung, deren Zeitpunkt, Teilungsgrundsätze (Teilungsanordnungen des Erblassers und gesetzliche Teilungsvorschriften), Bewirkung der Auseinandersetzung (durch einen Testamentsvollstrecker, einen Dritten, durch die Erben und zufolge amtlicher Vermittelung), Teilauseinandersetzung.

§ 2042. 1. Marcus, ZBlFG. **9** 121. Der Erbauseinandersetzungsvertrag kann nur ausnahmsweise als Vergleich in Betracht kommen, wenn über ein der Teilung zugrunde liegendes Rechtsverhältnis ein Streit oder Ungewißheit vorliegt und diese im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt werden (§ 779). Regelmäßig ist er ein auf Veräußerung gegen Entgelt gerichteter Vertrag, ein Veräußerungsvertrag, auf den die Bestimmungen über den Kauf (BGB. §§ 433 ff.) entsprechende Anwendung finden (vgl. § 2042 Abs. 2) und der den für Veräußerungsgeschäfte vorgeschriebenen Formvorschriften unterworfen ist. Auch die Verträge, durch die ein Miterbe über seinen Anteil an einem Nachlasse verfügt, sind gleich dem Erbschaftskaufe Veräußerungsgeschäfte, auf die ebenfalls die Vorschriften über den Kaufvertrag Anwendung finden, soweit sich nicht aus den §§ 2371 ff. über den Erbschaftskauf ein anderes ergibt.

2. R. 08 II 304 (Cassel). Gehört zum Nachlaß eine Forderung, so kann die Teilung nur durch Einziehung (§ 754 Abs. 2) und Teilung des eingezogenen Betrags, nicht nach § 752 BGB. in Natur erfolgen (Josef, GruchotsBeitr. **49** 54; aM. Kreß, Erbengemeinschaft 204).

3. Abs. 2. a) R. **08** II 305 (Cassel). Der Miterbe, der zugleich Schuldner des Erblassers ist, muß sich bei der Erbauseinandersetzung die Anrechnung der Schuld auf seinen Erbteil gefallen lassen. b) Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 129 ff. (131 Anm. 9). Die Berichtigung einer Nachlaßforderung gegen einen Miterben wird der Schuldner verweigern können, wenn ihm ein ausreichendes Auseinandersetzungsguthaben zukommt und nicht besondere Gründe wie z. B. der Bedarf von barem Gelde zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, die Einziehung der Forderung gerechtfertigt erscheinen lassen. Umgekehrt wird sich der betreffende Erbe seine Schuld auch auf seinen Erbteil anrechnen lassen müssen.

§ 2043. Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 129 ff. (133). Eine Ausdehnung der Vorschriften des § 2043 auf ähnliche Fälle erscheint ausgeschlossen, so daß insbesondere der Umstand, daß ein Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, die Auseinandersetzung an sich nicht hindert; verweigert der Erbe die Teilnahme, so ist unter Umständen der ihm zu bestellende Pfleger zuzuziehen. Eine zuwider der Vorschrift des § 2043 vorgenommene Auseinandersetzung ist nicht von vornherein unwirksam; ihre Wirksamkeit ist aber davon abhängig, daß entweder kein Erbe hinzutritt oder daß der hinzutretende Erbe die Auseinandersetzung genehmigt.

§ 2044. Nach Dernburg § 178 Anm. 12 und Josef, DNotV. **4** 171, soll die Gemeinschaft der Miterben an den von der Auseinandersetzung ausgenommenen Gegenständen ohne weiteres nicht mehr den Grundsätzen der Erbengemeinschaft unterstehen, sondern von selbst zu einer Bruchteilgemeinschaft werden. Dagegen Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 153 ff. (162). „In welchem Sinne die Anordnung oder Vereinbarung im einzelnen Falle getroffen ist, stellt sich als eine Frage tatsächlicher Natur dar; nur wird man im Zweifel davon auszugehen haben, daß zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft in der Form der Erbengemeinschaft die Ausschließung der Auseinandersetzung in Ansehung einer größeren Anzahl von Gegenständen oder doch wenigstens des Hauptbestandteils der Erbschaft, wie z. B. des wertvollen Nachlaßgrundstücks, erforderlich ist."

§ 2046. Abs. 1. Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 129 ff. Streitig ist eine Verbindlichkeit, auch wenn sie nur von einem der Erben bestritten wird; denn die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten ist eine Verwaltungsmaßregel, zu deren Vornahme die Übereinstimmung aller Miterben gehört.

§§ 2048, 2150. **RG.** BayRpflZ. **08** 246, ZBlFG. 8 770, R. **08** II 236. Das BGB. bietet dem Erblasser im wesentlichen zwei verschiedene Wege, durch eine letztwillige Verfügung mit obligatorischer Wirkung bestimmte Nachlaßstücke einem von mehreren Miterben zuzuweisen: das Vorausvermächtnis (§ 2150) und die Teilungsanordnung. Im ersteren Falle erhält der Miterbe die zugewendeten Nachlaßstücke außer seinem Erbteil, im zweiten Falle muß er sie sich auf seinen Erbteil anrechnen lassen. Was der Erblasser im Einzelfalle gewollt hat, ist Auslegungsfrage. Aus der Anordnung, daß ein Miterbe bestimmte Grundstücke zu den vom Erblasser bestimmten Preisen übernehmen soll, kann entnommen werden, daß nach dem Willen des Erblassers eine Anrechnung, und zwar in Höhe der von ihm angegebenen Wertbeträge, auf den Erbteil erfolgen solle, ähnlich dem im § 2049 BGB. für Landgüter besonders geregelten Falle einer Teilungsanordnung. Aus dem Umstande, daß der vom Erblasser bestimmte Übernahmepreis erheblich unter dem wahren Werte der Grundstücke zurückbleibt, kann nicht gefolgert werden, daß ein vom BGB. nicht geregeltes Vorausvermächtnis im weiteren Sinne vorliege. Allerdings kann eine Teilungsanordnung,

die einem Miterben bestimmte Nachlaßstücke zu niedrig bemessenen Übernahmepreisen zuweist, zugleich eine Bevorzugung eines Miterben den anderen Miterben gegenüber enthalten und einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg haben, als wenn dem Miterben ein Vorausvermächtnis in Höhe der Preisdifferenz hinterlassen wäre. Dieser wirtschaftliche Erfolg ist aber für die Bestimmung des rechtlichen Charakters einer Anordnung des Erblassers nicht entscheidend.

§ 2050. 1. R. **08** II 372 (BayObLG.). Die Bestellung einer militärischen Heiratskaution zur Sicherung der Jahresrente für eine Tochter „auf deren Lebensdauer und die ihrer Nachkommen" enthält genügend erkennbar den Erlaß der Ausgleichung, weil anderenfalls bei frühzeitigem Ableben des Vaters und Unzulänglichkeit des Nachlasses eine die Militärnormen verletzende Rentenschmälerung einträte.

2. **RG.** BayRpflZ. **08** 19. Das einseitige Anerkenntnis des Schuldners, zur Ausgleichung von Vorempfängen verpflichtet zu sein, erzeugt noch keine rechtliche Verbindlichkeit, wenn es auch als Beweismittel für das Bestehen eines Schuldverhältnisses in Betracht kommen kann, vielmehr bedarf es hierzu eines rechtswirksamen Vertrags mit dem Gläubiger.

3. **RG.** ZBlFG. **9** 70. Ein Schulderlaß kann als Zuwendung im Sinne des § 2050 Abs. 3 in Betracht kommen. Auch aus einem späteren Verhalten des Erblassers, insbesondere aus späteren oder früheren letztwilligen Anordnungen, lassen sich tatsächliche Schlüsse darauf ziehen, daß bei der Zuwendung beiderseitiges Einvernehmen über die spätere Ausgleichung bestanden hat.

§ 2055. *Hoeniger, Etwas Algebra im Erbrechte, DNotV. **08** 53. Es ist nicht notwendig, mit der Durchführung der Ausgleichung zu warten, bis der gesamte Wert des Nachlasses feststeht, wodurch praktische Schwierigkeiten entstehen können, sondern die Ausgleichung kann schon an einem genügend großen Teile des Nachlasses, dessen Größe sich nur nach der Höhe der Vorempfänge und der Zahl der Kinder richtet, mit genau demselben Ergebnisse wie am gesamten Nachlasse durchgeführt werden. Dies wird algebraisch bewiesen, wobei kurze Formeln für die Berechnung gefunden werden. ➾ Nur in ganz verwickelten Fällen, nämlich wenn die ausgleichungspflichtigen Kinder nicht am ganzen Nachlaß oder nicht nach dem Verhältnis ihrer Erbteile nutzungsberechtigt sind, wird die vorgeschlagene Ausgleichung an einem liquiden Nachlaßteile sich nicht ohne weiteres durchführen lassen. ⇽

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§§ 2058 ff. Literatur: Kretzschmar, SeuffBl. **08** 113, 163, erörtert die Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten und gibt dabei eine Darstellung der Erbenhaftung im allgemeinen, des Begriffs der Teilung des Nachlasses, der Gesamthaftung der Erben und ihrer Haftung bis zur und nach der Teilung, endlich einiger Sonderfälle der Haftung.

§§ 2058, 2059. 1. **RG. 68** 221, JW. **08** 336, NaumburgAK. **08** 74, R. **08** II 338, 372. Daß die sämtlichen Erben, z. B. wegen Feststellung des Pflichtteilsrechts (vgl. § 1967 Abs. 2 BGB.), nur in einem Prozesse verklagt werden können und müssen, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben, insbesondere ist aus § 747 ZPO. nicht zu folgern, daß ein einheitlicher Schuldtitel vorliegen muß; eine notwendige Streitgenossenschaft besteht nur für die Zwangsvollstreckung. Das Gegenteil kann auch nicht aus §§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1 BGB. hergeleitet werden, denn durch das Urteil we den die Rechte der Erben an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht berührt, erst die Vollstreckung wirkt regelmäßig gleich der rechtsgeschäftlichen Verfügung, zur Vollstreckung ist aber nur erforderlich, daß Vollstreckungstitel gegen alle Erben vorliegen, nicht auch, daß ein einheitlicher

Titel gleichzeitig gegen alle Erben erwirkt ist. Eine Klage gegen nur einzelne Miterben ist an sich nicht unzulässig, nur die Zwangsvollstreckung ist beschränkt, sie ist unzulässig in den Nachlaß als solchen wie auch in bestimmte einzelne Nachlaßsachen, aber sie ist zulässig in einen oder mehrere Nachlaß a n t e i l e.

2. DJZ. **08** 1349 (Karlsruhe). Keine Vererblichkeit eines Bierbezugsvertrags, wenn der Vertrag so auszulegen ist, daß sich der Erblasser nicht über seinen Tod hinaus verpflichten wollte.

§ 2059. 1. K r e t z s c h m a r, SeuffBl. **08** 163 ff. Der bloß obligatorische Auseinandersetzungsvertrag enthält noch keine Teilung; ebensowenig liegt eine solche vor, wenn Nachlaßgegenstände behufs Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten von den Erben versilbert oder von den Gläubigern im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert worden sind, oder wenn durch Vertrag oder Urteil festgestellt wird, daß ein Miterbe mit Rücksicht auf seine Ausgleichungspflicht nichts aus dem Nachlaß erhält. Nicht jede geringfügige Verteilung von Nachlaßgegenständen, insbesondere nicht die Verteilung von Früchten, begründet die Annahme einer Teilung des „Nachlasses", während umgekehrt das Verbleiben einzelner Gegenstände in der Erbengemeinschaft den Begriff der Teilung nicht ausschließt. Auch solche Gegenstände gelten als geteilt, in Ansehung deren die Gesamtberechtigung der Erben in eine Bruchteilsgemeinschaft umgewandelt worden ist. Die Frage nach der Teilung ist sonach Tatfrage (aM. H a c h e n b u r g, Vorträge 704, B i n d e r III 309, 319 Anm. 42). Wenn ein Miterbe die Anteile der übrigen Miterben an dem Nachlaß übertragen erhält, so wird sich eine Teilung hier nur annehmen lassen, wenn die Übertragung gegen eine Abfindung erfolgt. Die Teilung ist von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft.

2. A b s. 1 S a t z 1. K r e t z s c h m a r, SeuffBl. **08** 163 ff. Das Recht des Miterben, den Gläubiger auf seinen Anteil am Nachlasse zu verweisen, enthält eine Geltendmachung der Beschränkung seiner Haftung und hat daher zur Voraussetzung, daß die Beschränkung dem Erben, was von ihm zu beantragen ist, im Urteile vorbehalten wird (§ 780 ZPO.).

§ 2060. K r e t z s c h m a r, SeuffBl. **08** 163 ff. (167). Hat ein Miterbe infolge seiner Ausgleichungspflicht überhaupt nichts erhalten, so kann er auch, wenn ihm das Recht zur Beschränkung seiner Haftung noch zusteht, mit materiellem Erfolge nicht in Anspruch genommen werden; die anderen Erben, denen die Ausgleichung zustatten kommt, haben dafür keinen größeren Anteil von der Nachlaßverbindlichkeit zu tragen (aM. S t r o h a l § 91 Anm. 5, H e y m a n n, IheringsJ. **42** 458).

§ 2062. BayRpflZ. **08** 318, SeuffBl. **08** 862, ZBlFG. **9** 81, R. **08** II 428 (BayObLG.). Der E r b s c h a f t s v e r m ä c h t n i s n e h m e r kann in dem Verfahren über den Nachlaß des Beschwerten die auf Antrag des Erben angeordnete Nachlaßverwaltung mit der B e s c h w e r d e nicht anfechten, da es zu der Anordnung der Nachlaßverwaltung seiner Zustimmung nicht bedarf, diese für ihn vielmehr nur die Bedeutung hat, daß ihm an Stelle des Erben der Nachlaßverwalter gegenübersteht, und dies muß er sich nach § 76 Abs. 1 FGG. gefallen lassen.

Dritter Abschnitt. Testament.

L i t e r a t u r: W i n t e r s t e i n, Das Testament nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1908.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

V o r b e m e r k u n g: Hervorzuheben ist das von B i n d e r, BayRpflZ. **08** 193, erstattete interessante Gutachten zur Auslegung der §§ 2065 Abs. 2, 2094 BGB. und der Selbstbericht von K r u g (zu §§ 2078—2082) über das Willensdogma bei einseitigen letztwilligen Verfügungen.

§ 2064. 1. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2064) auch OLG. **16** 253.

2. Vgl. auch zu § 2084.

§§ 2065, 2094. Binder, BayRpflZ. **08** 193, veröffentlicht ein von ihm erstattetes Rechtsgutachten über die Auslegung einer Testamentsbestimmung, wonach ein im Jahre 1907 verstorbener Erblasser seine beiden Brüder zu Erben eingesetzt und dem einen von ihnen dessen Deszendenz substituiert, bezüglich des anderen dagegen bestimmt hat: „Sollte mein Bruder bei meinem Ableben nicht mehr am Leben sein, so sollen an seine Stelle seine von ihm bestimmten Rechtsnachfolger treten." Bei dem Tode des Erblassers war bereits der an zweiter Stelle genannte Bruder unter Hinterlassung eines von ihm zum Erben ernannten Sohnes gestorben. Die Erteilung eines Erbscheins für diesen Sohn wurde im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 BGB. abgelehnt. Das Gutachten kommt zu folgendem Ergebnisse. a) Die Anwendbarkeit des § 2065 Abs. 2 wird schon durch den Wortlaut des Gesetzes nicht unmittelbar und zwingend gefordert, wird aber dadurch ausgeschlossen, daß es sich im vorliegenden Falle um eine zulässige bedingte Erbeinsetzung handelt, bedingt dadurch, daß ein Dritter (hier der Bruder) über seinen eigenen Nachlaß in bestimmter Weise verfügt. Hat etwa der Erblasser bei Errichtung des Testaments bereits das Testament seines Bruders gekannt, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß dann die Worte: „seine von ihm bestimmten Rechtsnachfolger" als eine umschreibende Bezeichnung der Erben aufzufassen sind, deren Ernennung vom Willen des Bedachten unabhängig und unbedingt und darum nicht zu beanstanden ist, weil nirgends gesagt ist, daß die Erben im Testamente mit Namen zu bezeichnen sind. b) Aber auch wenn das Testament gegen § 2065 Abs. 2 verstieße, würde dies nur die Unwirksamkeit der Einsetzung der von dem Bruder „bestimmten Rechtsnachfolger" zur Folge haben, im übrigen würde aber dessen Erbteil nicht dem anderen Bruder anwachsen, sondern es müßte insoweit die Intestaterbfolge eintreten, und zwar mit Ausschluß des anderen Bruders und seiner Deszendenz. Dies wird aus § 2094 BGB. und dem hiernach zu unterstellenden Willen des Erblassers gefolgert, auch wird bestritten, daß beim Vorliegen einer nichtigen letztwilligen Verfügung von dem „Wegfall" eines „eingesetzten" Erben die Rede sein könne, und zur Unterstützung dieser Ansicht auf § 1948 BGB. verwiesen.

§ 2065. Terfloth, DNotV. **08** 182, ist der Ansicht, daß die Bestimmung in einem Ehe- und Erbvertrage, wonach bei Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft angeordnet wird, daß der überlebende Ehegatte zwar die Gütergemeinschaft fortsetzen, aber befugt sein soll, durch Übertragungsvertrag oder letztwillige Verfügung das Vermögen auf ein Kind zu übertragen und die Abfindungen der übrigen Kinder festzusetzen, gegen § 2065 Abs. 2 verstoße.

§ 2069. Die Entsch. des OLG. Darmstadt (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2069) auch HessRspr. **9** 163.

§ 2072. OLG. **16** 259 (KG.). Die Vorschrift des § 2072 kann bei Prüfung der Frage, ob eine Gemeinde und zutreffendenfalls welche Gemeinde mit einem Vermächtnis als bedacht anzusehen ist, nicht analog angewendet werden, vielmehr kommt es auf die richterliche Auslegung der Testamentsbestimmung an. Hiernach kann in der Zuwendung an die „Stiftung für Waisenkinder" die Bedenkung der zur Waisenpflege berufenen Organisation desjenigen Ortes, in welchem der Erblasser zuletzt gewohnt hat, gefunden werden.

§ 2074. **RG. 67** 425, R. **08** II 338. Nach dem Eintritte des Erbfalls kann ein bedingtes Erbschaftsvermächtnis sowohl abgetreten wie gepfändet werden (vgl. **RG.** 8 189). Die Abtretung unterliegt auch der Anfechtung nach dem AnfG., selbst wenn der Bedachte noch das Recht der Ausschlagung des Erbschaftsvermächtnisses hat, denn die nachträgliche Ausschlagung ist nicht Ablehnung eines angetragenen

Erwerbes, sondern Verzicht auf ein erworbenes Recht. Dieser Verzicht selbst kann aber nach dem Rechte des BGB. von den Gläubigern des ausschlagenden Vermächtnisnehmers nicht angefochten werden (**RG. 54** 289).

§ 2075. Geigel, ElsLothJZ. **08** 281 ff. (283). § 2075 bezieht sich nur auf natürliche Personen, da die Begründung von der „Lebenszeit des Bedachten" spricht, das BGB. (vgl. §§ 567, 1061) aber unter diesem Begriffe juristische Personen nicht mitversteht.

§§ 2078—2082. *Krug, Das Willensdogma bei einseitigen letztwilligen Verfügungen im BGB. (Berlin 1908). Dem Willen ist bei letztwilligen Verfügungen gegenüber Rechtsgeschäften unter Lebenden ein weiterreichender Einfluß eingeräumt (z. B. §§ 2077, 2101 BGB.), doch finden grundsätzlich die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Willensmängel auch im Erbrecht Anwendung. Vor allem ergibt sich die unbeschränkte Geltung der Willenstheorie auch nicht bei der Anfechtung im Erbrechte. Der Abhilfe von Willensmängeln durch eine weitgehende Auslegung des erklärten Willens steht gerade § 2078 entgegen, der in solchen Fällen die Anfechtung fordert. Allerdings ist im Erbrechte die Anfechtung unabhängig von der objektiven Wertung des irrtümlichen Bestimmungsgrundes; ausgeschlossen ist allein die Beachtung unsittlicher Beweggründe, sofern sie den Erblasser bestimmt haben sollen, und die Beachtung eines Irrtums in den entfernteren Zweckvorstellungen des Verfügenden. Der Zwiespalt zwischen den vom Erblasser angenommenen und den tatsächlichen Verhältnissen ist, soweit es sich um in der Vergangenheit liegende handelt, für den Augenblick des Erbfalls festzustellen. Wenn sich der Irrtum des Erblassers bei der Testamentserrichtung auf zukünftige Ereignisse bezieht, so sprechen erhebliche Bedenken gegen die — nach allgemeiner Ansicht zulässige — Berücksichtigung der Momente, die erst nach dem Erbfall eintreten. Das Anfechtungsrecht ist unvererblich, seine Geltendmachung nicht formalisiert: § 2081 Abs. 1 statuiert nur einen Anfechtungsgegner. Auch in der Wirkung geht die Anfechtung im Erbrechte nicht weiter wie bei Rechtsverhältnissen unter Lebenden. Unter „letztwilliger Verfügung" ist im § 2078 ebenso wie im § 2079 das ganze Testament zu verstehen, besonders deshalb, weil eine beschränkte Anfechtung der in sich selbständigen und unteilbaren Einzelverfügung begrifflich unmöglich ist. Im Einzelfall ist daher stets zu untersuchen, was eine Einzelverfügung bildet; denn nur sie wird ganz von der Anfechtungswirkung ergriffen. Beispiele: Zuwendung einer einheitlichen Summe; die bedingte wie die unbedingte Testamentsbestimmung; die positive Anordnung, die zugleich eine negative Verfügung enthält. Die angefochtene Bestimmung kann nicht mehr mit den übrigen Anordnungen des Testaments zur Ermittelung herangezogen werden, in welcher Richtung sich der Wille des Erblassers bei der Testamentserrichtung bewegte. Unanwendbar ist demnach auch § 2094 BGB. nach vollzogener Anfechtung. Anfechtungsberechtigt ist regelmäßig derjenige, dem die Wirkung der Anfechtung unmittelbar, also nicht erst bei Wegfall eines anderen zustatten kommt. Die Anfechtung ist mithin im Erbrecht ebenso wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ein Rechtsbehelf, nicht um den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, sondern um die Geltung eines mangelhaften Willens zu verhindern.

§ 2084. 1. a) **RG.** PosMSchr. **08** 31, BayRpflZ. **08** 182. Zur Erforschung des wahren Sinnes der von dem Erblasser gebrauchten Ausdrücke (BGB. § 133) dürfen auch außerhalb des Testaments liegende Umstände berücksichtigt werden. **b)** Ebenso BadRpr. **08** 27 (Karlsruhe).

2. OLG. **16** 254, 255 (Dresden). Wenn in einem gemeinschaftlichen Testamente dem anderen zum Erben eingesetzten Teile das Recht zur freien Verfügung unter Lebenden wie für den Todesfall zugesprochen wird, darauf aber Bestimmungen folgen, worin letztwillige Anordnungen über den Nachlaß des Zuletztsterbenden ge-

troffen sind, so kann daraus nicht ein Widerspruch mit der vorausgehenden Bestimmung gefunden werden, sondern diese weiteren Anordnungen sind mit der Beschränkung zu verstehen, daß der überlebende Teil nicht abweichende letztwillige Vorschriften treffe.

3. OLG. **16** 255 (KG.). Haben Eheleute in einem Erbvertrag unter I die Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Tode des Zuerstversterbenden vereinbart, sodann unter II für den Fall ihres Todes sich gegenseitig zu alleinigen Erben ihres gesamten Vermögens eingesetzt, so ist zur Lösung des Widerspruchs zwischen den beiden Bestimmungen nach § 133 BGB. festzustellen, worauf der Wille der Erklärenden gerichtet gewesen ist. Daß der Erklärende den Widerspruch gekannt oder gewollt habe, ist im Zweifel nicht anzunehmen. Es muß also untersucht werden, welche dieser einander widersprechenden Erklärungen ihrem Wortlaute nach dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht und worauf der Wille bei Abgabe dieser Erklärung in Wahrheit gerichtet gewesen ist. Für die Ermittelung des wirklichen Willens des Erklärenden sind seine bei Abgabe der Erklärung gemachten Angaben über deren Zweck und die Umstände, welche die Abgabe der Erklärung in der angewandten Ausdrucksweise veranlaßt haben, von erheblicher Bedeutung.

§ 2085. 1. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **5** Ziff. 3, **6** Ziff. 2 zu § 2085) auch GruchotsBeitr. **52** 1087.

2. BraunschwZ. **08** 151 (Braunschweig). Bei Testamenten besteht — in Abweichung von den Grundsätzen für Rechtsgeschäfte unter Lebenden (§ 139 BGB.) — keine Vermutung für die innere Einheitlichkeit der äußerlich zusammengefaßten Bestimmungen.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§§ 2087 ff. 1. SächsOLG. **29** 361 legt die Bestimmung eines Testaments, daß der als Erbe eingesetzte Ehemann als „Universalerbe" des gesamten Nachlasses alles erben und erhalten soll, was die Erblasserin besessen hat, die Kinder aber nur den Pflichtteil „erben" und erhalten sollen, in dem Sinne aus, daß nur der Ehemann Erbe sei, die Kinder aber lediglich den Pflichtteil, und zwar vermächtnisweise, erhalten sollen.

2. KGJ. **35** A 78, SeuffBl. **08** 416 (KG.). Hat der Erblasser im Testamente seine sämtlichen Kinder als Erben eingesetzt und weiter verordnet, daß sein Nachlaß nach näher angegebenen Grundsätzen unter seine Söhne verteilt werden solle, während die Töchter im Hinblick auf die ihnen bei Lebzeiten des Erblassers gemachten Zuwendungen zur Ergänzung ihrer Erbteile bestimmte Geldsummen von den Söhnen ausbezahlt erhalten sollen, so sind nur die Söhne als Erben, die Töchter dagegen als bloße Vermächtnisnehmerinnen anzusehen.

3. PosMSchr. **08** 83 (Königsberg). Hat die Erblasserin den Bedachten zunächst bestimmte Summen und Sachen zugewiesen und dann bestimmt, daß ihnen ihr weiteres Geld, über das sie nicht besonders verfügt habe, zu bestimmten Bruchteilen zufallen solle, so kann darin eine Erbeinsetzung gefunden werden, da nach dem Willen der Erblasserin die Bedachten alles erhalten sollen, worüber sie nicht besonders verfügt hat.

4. SächsOLG. **29** 50, SeuffBl. **07** 1006. Die Vorschrift des § 2087 Abs. 2 kann nicht zur Anwendung kommen, wenn nicht nur die angeordneten Zuwendungen und Auflagen den Nachlaß erschöpfen, sondern die Erblasserin auch ihren auf Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge gerichteten Willen dadurch zu erkennen gegeben hat, daß sie hervorhebt, sie habe keinerlei erbberechtigte Verwandte und könne über ihren Nachlaß nach Gutdünken verfügen.

5. **RG.** WarneyersJ. **1** 290. Eine Verkennung des Begriffs der Erbeinsetzung liegt nicht vor, wenn der Wille des Erblassers dahin festgestellt wird, daß er sich nur eine Verteilung unwesentlicher Nachlaßgegenstände von geringem

Werte, die er innerhalb des Kreises der eingesetzten Erben und Vermächtnisnehmer habe vornehmen wollen, vorbehalten habe. Durch einen solchen Vorbehalt wird die Rechtsauffassung, daß den benannten Erben das Vermögen des Erblassers als Ganzes nach dem Verhältnisse der ihnen vermöge der Teilungsanordnungen zugewiesenen Vermögensstücke zugewendet sei (§ 2087 Abs. 1), nicht beeinträchtigt.

§ 2091. OLG. **16** 258 (KG.). Aus der gruppenweisen Zusammenfassung der Erben nach Stämmen folgt noch nicht, daß die Erblasserin damit die Bestimmung der Erbteile habe festlegen wollen, besonders wenn sämtliche Erben mit der Erblasserin gleich verwandt sind. Der § 2067 BGB. trifft nicht zu, wenn die Erblasserin die Erben genau mit Namen bestimmt hat, vielmehr spricht die Einsetzung der einzelnen Erben unter ihrem Namen für die Anwendung der Regel des § 2091.

§ 2094. Vgl. Binder, BayRpflZ. **08** 193, oben zu §§ 2065, 2094.

§§ 2096, 2100. KGJ. **35** A 215, R. **08** II 453 (KG.). Der einem Nacherben eingesetzte Ersatzerbe hat vor dem Wegfalle des Nacherben kein selbständiges Recht auf den künftigen Anfall der Erbschaft. Fällt der Nacherbe vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge weg, so tritt erst dann der Ersatzerbe in das bis dahin dem Nacherben allein zustehende Recht ein. Bis zu diesem Zeitpunkt ist weder der Vorerbe noch der Nacherbe in der Verfügung über die Erbschaft zugunsten des Ersatzerben beschränkt.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Das Recht des Nacherben wird von du Chesne, ZBlFG. 8 534, untersucht. Die Rechtsprechung des RG., die den Nachweis verlangt, daß eine Verfügung des Vorerben keine unentgeltliche sei, findet fortgesetzt noch Gegner. Das RG. (unten Ziff. IV zu § 2113) will die Offenkundigkeit als Ersatz des Nachweises der Unentgeltlichkeit für den Fall gelten lassen, daß mit dem Schuldner ein kontradiktorischer Prozeß über die Zahlungspflicht geführt wird. Das KG. (unten Ziff. V zu § 2113) hält es für zulässig, daß der Erblasser in seinem Testament einen Bevollmächtigten zur Vertretung sowohl des Vorerben als auch des Nacherben bestellt. Über die entsprechende Anwendung des § 2101, wenn eine zur Zeit des Eintritts des Nacherbfolgefalls noch nicht erzeugte Person als Nacherbe eingesetzt ist, vgl. die Entsch. des RG. unten zu §§ 2101, 2108.

§§ 2100 ff. du Chesne, ZBlFG. 8 534 ff. Das Recht des Nacherben ist weder ein obligatorisches noch ein dingliches. Es ist überhaupt kein gegenwärtiges, sondern ein künftiges Recht. Solange der Vorerbe Erbe ist, ist das Recht des Nacherben demnach kein Recht, sondern diejenige Rechtslage, wonach jemand auf Grund fortwirkender letztwilliger Anordnungen künftig möglicherweise einmal Subjekt eines Vermögens werden kann, wenn dessen bisheriges Subjekt wegfällt. Wirklich vorhanden ist zunächst nur der künftig mögliche Träger der Erbenstellung und der Rechts- und Pflichtenkreis, in den er nach dem Willen seines verstorbenen Trägers einmal einrücken soll und dessen Träger gegenwärtig der Vorerbe ist, sowie einzelne nebensächliche Rechtsbeziehungen zur Sicherung dieses Eintritts. Zwischen dem künftigen Träger aber und dem Nachlasse bestehen Rechtsbeziehungen überhaupt noch nicht. Das sog. Recht des Nacherben kann nicht gepfändet werden, denn eine Konstellation von Rechten, die dem Schuldner später möglicherweise eine Rechtsstellung bringen kann, ist kein Gegenstand des Zugriffs, ebensowenig wie es die künftig mögliche Erbenstellung ist.

§§ 2100, 2065. R. **08** II 605 (KG.). Die Einsetzung eines Nacherben kann unter der Bedingung erfolgen, daß er nur dann Erbe werde, wenn der Vorerbe über die Erbschaft oder den ihm zugefallenen Erbteil nicht anderweit von Todes wegen verfüge.

§§ 2101, 2108. **RG.** GruchotsBeitr. **53** 94, R. **08** II 665. Aus der Bezugnahme im § 2108 auf § 1923 BGB. darf nicht gefolgert werden, daß Nacherbe nur werden könne, wer zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge lebe oder bereits erzeugt sei, vielmehr ist eine gegenteilige Bestimmung des Erblassers zulässig. Der § 2101 gewährt die Möglichkeit, eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Nacherben einzusetzen, und wenn eine zur Zeit des Eintritts des Nacherbfolgefalls noch nicht erzeugte Person als Nacherbe eingesetzt ist, wird in entsprechender Anwendung des § 2101 anzunehmen sein, daß sie als zweiter Nacherbe eingesetzt ist. Das BGB. hat selbst innerhalb der durch § 2109 BGB. gezogenen Schranken die Anordnung der Nacherbfolge zugelassen, und es fehlt an jedem Grunde, die Erbeinsetzung aus § 2101 aufrechtzuerhalten, die Nacherbeinsetzung aber für unwirksam zu erklären.

§ 2111. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** zu § 2111) auch BayRpflZ. **08** 85, GruchotsBeitr. **52** 1093, WarneyersJ. **1** 54.

§ 2113. I. Bedeutung der Vorschrift im allgemeinen. 1. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot. § 2113 enthält kein Veräußerungsverbot. Die Unwirksamkeit ist eine absolute in demselben Sinne wie im § 161 (vgl. das zu §§ 135, 161, auch zu § 925 Abs. 2 Bemerkte). Wie der Vorerbe interimistisch verfügen kann, so darf er es auch; keine Grundbuchsperre! (149). Die Unwirksamkeit ist in Abs. 2 nicht anders zu beurteilen als in Abs. 1. Polemik gegen Böhm, der in Abs. 2 relative Unwirksamkeit annimmt (152). Kann der Vorerbe interimistisch verschenken, so fragt sich, ob er es dementsprechend darf. Hinsichtlich der Mobilien wohl nicht. Über die Rechtslage bei Übertretung des Verbots s. S. 153.

2. PosMSchr. **08** 2 (LG. Danzig). § 2113 Abs. 1 will die Nacherben auch gegen Verfügungen zugunsten einzelner Mitnacherben schützen. Eine Verteilung von Hypotheken unter die Nacherben ist vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nur mit Zustimmung aller Nacherben zulässig.

II. Schutz der Rechtsnachfolger des Nacherben. Heine, R. **08** 708, erörtert die Frage, inwiefern derjenige, welchem die Rechte des Nacherben durch Rechtsgeschäft übertragen oder für den sie gepfändet sind, falls Grundstücke zum Nachlasse gehören, eine Sicherstellung gegen benachteiligende Verfügungen des Nacherben verlangen kann, und kommt zu dem Ergebnisse, daß, wenn der Nacherbe mit anderen Mitnacherben zur Nacherbfolge berufen sei und über seinen Anteil an dem Nachlasse mit dinglicher Wirkung gemäß § 2033 verfügt habe, der Erwerber seines Anteils gemäß § 894 BGB. die Berichtigung des Grundbuchs nach Eintragung des Nacherben dahin verlangen könne, daß er an Stelle des Nacherben als dessen Rechtsnachfolger im Grundbuch eingetragen werde, während, wenn nur ein Nacherbe (ohne Miterben) vorhanden sei und dieser gemäß §§ 2371 ff. seine Rechte mit obligatorischer Wirkung auf einen Dritten übertragen habe, der Dritte berechtigt sei, eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung der etwa zum Nachlasse gehörenden Grundstücke zu verlangen, sofern nur das Recht des Nacherben im Grundbuche zur Eintragung gelangt ist.

III. Erfordernis der Zustimmung des Nacherben. KGJ. **35** A 305, SeuffBl. **08** 770 (KG.). Soll eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, mit Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Vorerben gelöscht werden, so bedarf es der Zustimmung des Nacherben. Dies gilt auch, wenn Rechte, die der zu löschenden Hypothek im Range nachstehen, im Grundbuche nicht eingetragen sind, da durch die Löschung der entstandenen Eigentümergrundschuld (wie an Beispielen dargelegt wird) in jedem Falle das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden kann. Wird die Zustimmung durch einen dem Nacherben bestellten Pfleger

erklärt, so bedarf sie, falls ein Gegenpfleger oder ein Mitpfleger nicht bestellt ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

IV. Offenkundigkeit. 1. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2113) auch SeuffA. **63** 127, ZBlFG. **8** 554.

2. a) **RG. 69** 257, JW. **08** 683, R. **08** II 623, 703. Das Erfordernis der Einwilligung des Nacherben zur Kündigung und Einziehung einer Hypothek ist eine Anforderung des materiellen Rechtes, wie sich aus § 1144 BGB. ergibt, wonach der Schuldner schon bei der Befriedigung des Hypothekengläubigers die Aushändigung aller zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden, im gegebenen Falle also auch die beglaubigte Einwilligung des Nacherben verlangen kann. Die Möglichkeit dazu bietet § 2120. Die Notwendigkeit dieser Einwilligung fällt aber nach **RG. 65** 214 fort, wenn das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 offenkundig ist; der Offenkundigkeit aber sind Fälle gleichzustellen, in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder der Sachlage ausgeschlossen wird, insbesondere wenn über die Zahlungspflicht ein kontradiktorischer Prozeß mit dem Schuldner geführt wird. b) Vgl. hierzu (wegen der Kostenentscheidung) Briken, PosMSchr. **08** 175. S. auch oben zu § 1144.

V. Vertretung der Vor- und Nacherben durch einen vom Erblasser bestellten Bevollmächtigten. KGJ. **36** A 166, SeuffBl. **08** 805, BadNotZ. **08** 161, DNotV. **08** 805, DJZ. **08** 820 (KG.). Die von einem Erblasser für die Zeit nach seinem Tode erteilte Vollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten nicht nur zur Vertretung der Vorerben in der Zeit nach dem Erbfall und zur Vertretung des Nacherben in der Zeit nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, sondern auch zur Vertretung der Nacherben in der Zeit vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge insoweit, als die Nacherben in dieser Zeit in ihrer Eigenschaft als Nacherben handeln können. Wenn ein solcher Bevollmächtigter in der Zeit zwischen dem Erbfall und dem Falle der Nacherbfolge die Löschung einer Nachlaßhypothek bewilligt, so kann das Grundbuchamt die Löschung nicht deshalb beanstanden, weil die nach **RG. 65** 214 erforderliche Zustimmung der Nacherben fehle.

VI. Der Testamentsvollstrecker als Vorerbe. SächsOLG. **29** 367, ZBlFG. **9** 417 (s. § 1913 zu II 2). Der Umstand, daß der Testamentsvollstrecker zugleich Vorerbe ist, macht ihn zur Wahrnehmung der Interessen der Nacherben mindestens insoweit ungeeignet, als sich die Rechte der Nacherben gegen ihn selbst richten oder Pflichten der Nacherben ihm gegenüber zu erfüllen sind. Dies gilt auch im Falle der befreiten Vorerbschaft. Deshalb ist, sofern sonst die Voraussetzungen hierfür vorliegen, die Einleitung einer Pflegschaft aus § 1913 Abs. 2 BGB. beanzeigt.

§ 2115. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 154. Die Unwirksamkeit ist, wie im § 2113, so auch hier eine absolute aus drei Gründen. Polemik gegen die zahlreichen Befürworter der Relativität. Die Unwirksamkeit tritt nicht sofort ein, sondern ist in der Schwebe (aM. Meischeider). Vgl. noch das zu § 773 ZPO. Bemerkte.

§ 2116. *Raape aaO. führt gegen Hachenburg 158 aus, daß hier ein Veräußerungsverbot vorliege.

§ 2124. SächsRpflA. **08** 313 (Dresden). Sind die Vorerben in der Verfügung über Erbschaftsgegenstände zugunsten unbekannter Nacherben beschränkt, so können sie das Recht, das ihnen durch § 2124 Abs. 2 Satz 1 verliehen ist, nicht ohne Zustimmung des Pflegers der unbekannten Nacherben ausüben; der Pfleger seinerseits bedarf zu Verfügungen, welche sich auf Erbschaftsgegenstände erstrecken, gemäß § 1915 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 2136. 1. a) Gegen **RG. 65** 214 (JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 2136) Glaser, DJZ. **08** 242, da kein Grund vorhanden sei, den Vorerben anders, als es der Erb-

lasser will und als es die Bedürfnisse des Verkehrs erfordern, zu behandeln. **b)** Desgl. Heldmann, DJZ. **08** 529, mit Rücksicht auf das dem Vorerben bezeugte Vertrauen. **c)** Völsing, HessRspr. **9** 22, tritt den Gegnern der Ansicht des RG. und KG. bei und empfiehlt, statt Vor- und Nacherbschaft ein Testament nach § 2269 zu errichten und für den Fall der Erhebung des Pflichtteilsanspruchs seitens eines Kindes den übrigen Kindern ein der Höhe des gesetzlichen Erbteils entsprechendes Vermächtnis auszusetzen, dessen Anfall sofort erfolgt, dessen Zahlung aber bis zum Tode des Letztlebenden ausgesetzt bleibt.

2. Der 5. Notartag in Cöln (Bericht DNotV. **08** 523) hat sich eingehend mit der Rechtsprechung über die besondere Verfügungsbefugnis des befreiten Vorerben befaßt und zur Zeit eine Änderung der Gesetzgebung nicht für angezeigt erachtet, sondern erwartet, daß die Rechtsprechung selbst dem befreiten Vorerben wieder zu seinem Rechte verhelfen werde.

3. OLG. **16** 266 (Marienwerder). Der gemäß §§ 2136, 2137 BGB. befreite Vorerbe ist berechtigt, eine Hypothek ohne Einwilligung der Nacherben und ohne Rücksicht auf deren spätere Rechte, soweit es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handelt, einzuziehen. Die Nichterwähnung des § 2120 in den §§ 2136, 2137 hat nicht die Bedeutung, daß der befreite Vorerbe nur solche Verfügungen vornehmen könne, die zur ordnungsmäßigen Wirtschaft gehören. Der § 2120 bestimmt lediglich, daß in gewissen Fällen der Nacherbe zur Abgabe der erforderlichen Einwilligung verpflichtet sein soll, enthält also eine Beschränkung des Rechtes des Nacherben, wie es sich aus den vorhergehenden Bestimmungen ergibt. Ist der Vorerbe aber von den Beschränkungen der vorgehenden Bestimmungen befreit, so verliert § 2120 seine Bedeutung und brauchte deshalb in den §§ 2136, 2137 nicht erwähnt zu werden. Gleichwohl darf aber auch in Fällen, in denen seine Einwilligung an sich nicht erforderlich ist, der Nacherbe diese nicht verweigern, wenn sie aus besonderen Gründen beigebracht werden muß, z. B. weil der Grundbuchrichter die Löschung der Hypothek von der Zustimmung des Nacherben abhängig gemacht hat.

4. Vgl. auch Ziff. II 2 zu § 1913 BGB.

§ 2137. 1. **RG.** JW. **08** 683, R. **08** II 623. § 2136 erfordert nicht, wie § 2137 ergibt, daß die Befreiung von allen im § 2136 aufgeführten Beschränkungen in dem Testamente mit ausdrücklichen Worten angeordnet wird.

2. **RG.** R. **08** II 167. Bei Einsetzung des Nacherben auf den Überrest ist eine von dem Vorerben in Anrechnung auf den Erbteil gemachte vorzeitige Zuwendung als eine auf bloßer Freigebigkeit beruhende Schenkung anzusehen.

§ 2139. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** zu § 2139) auch GruchotsBeitr. **52** 680, SeuffBl. **08** 283, SeuffA. **63** 367.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2147. 1. **RG.** JW. **08** 352. Die Festsetzung, ein Vermächtnis solle erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zur Auszahlung kommen, kann je nach dem Willen des Erblassers die Anordnung eines aufschiebend bedingten Vermächtnisses oder nur eine Befristung der Auszahlung enthalten (vgl. **RG. 25** 138). Damit stimmt auch die Vorschrift des § 2108 Abs. 2 BGB. überein. Mit dem Eintritte des Erbfalls gewährt das bedingte Vermächtnis eine rechtliche gesicherte Anwartschaft und unterscheidet sich von einer auf Vertrag beruhenden aufschiebend bedingten Forderung nur dadurch, daß es nach positiver Gesetzesvorschrift während des Schwebens der Bedingung (nach gemeinem Rechte) unvererblich ist (vgl. auch § 2074 BGB.).

2. **RG.** R. **08** II 16. Die Zuwendung eines Vermögensvorteils im Wege eines Vermächtnisses kann darin bestehen, daß dem mit dem lebenslänglichen Nießbrauch

am Nachlasse Bedachten (Ehefrau) zugleich die an sich dem Eigentümer (Erben) zustehende rechtliche Verfügungsmacht über Bestandteile des Nachlasses vertretungsweise (damit er sich z. B. durch hypothekarische Belastung der Nachlaßgrundstücke zur Tilgung von Nachlaßschulden oder zu anderen Zwecken Kredit verschaffen könne) übertragen wird.

§ 2148. *Mantey, GruchotsBeitr. **52** 396 ff. Von der Regel, daß Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten den Nachlaßgläubigern gesamtschuldnerisch, unter sich aber nach Verhältnis der Erbteile haften, gibt § 2148 eine Ausnahme für das Vermächtnis, insofern die damit belasteten Miterben — gleichviel ob dies alle oder nur einige Miterben sind — dem Bedachten gegenüber nicht gesamtschuldnerisch, sondern nach Verhältnis ihrer Erbteile haften. Aus § 2060 Nr. 1 ist ein Bedenken gegen diese Auslegung des § 2148 nicht zu entnehmen. Eine Modifikation erfährt § 2148 bei Vorliegen eines dem § 1935 oder dem § 2095 entsprechenden Sachverhalts.

§ 2150. Vgl. zu § 2048.

§ 2174. 1. *Peiser, PosMSchr. **08** 5 (LG. Danzig). Ordnet der Erblasser durch Testament an, daß dem Ehegatten oder einem Dritten der Nießbrauch am Nachlasse zustehen soll, so ist durch Auslegung festzustellen, ob nicht Vorerbschaft gewollt ist. Ist in Wirklichkeit Nießbrauch angeordnet, so ist dies die Anordnung eines Vermächtnisses, das bis zur tatsächlichen Bestellung nach § 1032 BGB. der dinglichen Wirkung ermangelt. Schwierigkeiten bewirkt beim Nießbrauchsvermächtnisse die Annahme und Ausschlagung, wenn die minderjährigen Kinder Erben sind und dem Gewalthaber der Nießbrauch vermacht ist, denn die Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses muß nach § 2180 BGB. durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten erfolgen, also gegenüber den minderjährigen Erben, die durch den Vermächtnisnehmer als Gewalthaber vertreten werden. Da der Gewalthaber die empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht sich selbst gegenüber abgeben kann (§ 181 BGB.), so bedarf es der Bestellung eines Pflegers nach § 1909. Dagegen kann der Gewalthaber sich selbst den Nießbrauch bestellen, als Vertreter der minderjährigen Erben, weil die Bestellung lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist (§ 181 aaO.). Versagt das Nießbrauchsvermächtnis, weil es noch nicht angenommen oder noch nicht erfüllt ist, so besteht das gesetzliche Nutznießungsrecht kraft §§ 1649, 1684 BGB., das einen größeren Schutz genießt gegenüber Pfändungen als die fortlaufenden Einkünfte auf Grund der Fürsorge oder Freigebigkeit eines Dritten (vgl. oben zu § 1649). Es kann deshalb mit Rücksicht auf den größeren gesetzlichen Schutz vor Pfändungen dem Erblasser unter Umständen ratsamer erscheinen, es bei dem gesetzlichen Nutznießungsrechte des Gewalthabers zu belassen, das freilich nur bis zur Volljährigkeit der Kinder dauert. Wer in die Lage kommt, hinsichtlich der Anordnung des Nießbrauchs Rat zu erteilen, sollte diesen Hinweis auf die Vorschriften der §§ 850, 862 ZPO. nicht unterlassen.

2. Kretzschmar, R. **08** 313 ff. (317). Das Vermächtnis eines Nießbrauchs an einem Erbteile begründet nur die Verpflichtung des Miterben zur Bestellung des Nießbrauchs. Die Bestellung erfolgt gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 2 durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag zwischen dem Miterben und dem Bedachten. — Der Nießbrauch an dem Bruchteil einer Erbschaft kann nicht gemäß § 2033 Abs. 1 durch einheitlichen Akt bestellt werden: der Erbe muß den Nießbrauch zu dem entsprechenden Bruchteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen gemäß den dafür geltenden Vorschriften bestellen.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2193. RheinA. **105** I 80 (Cöln). Eine Erbeinsetzung mit der Auflage, die Erbschaft zu kirchlichen Zwecken zu verwenden, ist nicht unbestimmt oder

unbestimmbar und verstößt auch nicht gegen § 134 BGB., enthält insbesondere nicht eine Umgehung der sog. Amortisationsgesetze (Art. 6 PrAGBGB., früher G. vom 23. Februar 1870, GS. 118), da durch diese Zuwendungen von Todes wegen an juristische Personen nicht schlechthin verboten werden und die Verwendung für kirchliche Zwecke auch in anderer Weise, als durch Zuwendung an eine juristische Person, erreicht werden kann.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Die Rechtsstellung des „Verwaltungstestamentsvollstreckers" wird von Kohler, SeuffBl. **08** 69, in Vergleichung mit der des „Treuhänders" untersucht. Mit dem Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Testamentsvollstreckers, insbesondere inwieweit dadurch Nachlaßverbindlichkeiten erzeugt werden, beschäftigen sich verschiedene höchstrichterliche Entscheidungen. Ein Anspruch des Testamentsvollstreckers gegen die Erben auf Entlastung wird von dem OLG. Hamburg (vgl. zu § 2218) verneint.

§§ 2197 ff. *Schwarz, ABürgR. **32** 20, 21. Ist der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben? Ja und nein. Ja: denn das durch ihn vertretene Vermögen ist Bestandteil des Vermögens des Erben, wenn auch ein Bestandteil mit zunächst besonderem Zwecke. Nein: denn das Sondervermögen dient in erster Linie einem anderen Zwecke, als das allgemeine Vermögen.

2. Kohler, SeuffBl. **08** 69. Der „Verwaltungstestamentsvollstrecker" ist aus dem „Treuhänder" hervorgegangen. Während aber der Treuhänder in das Vermögen des Eigentümers eintritt, allerdings mit zur dinglichen Gebundenheit gesteigerter Rückgabepflicht, ist nach dem Rechte des BGB. der Testamentsvollstrecker Verwalter fremden Vermögens. Das Nachlaßvermögen bildet unter dem Verwaltungstestamentsvollstrecker ein besonderes Vermögen („Nachlaßvermögen"), dessen Organ er ist; der Erbe tritt in das Vermögen nur ein mit dem sofortigen Rechte auf eventuellen Vermögenserwerb. Ist hiernach aber der Nachlaß als ein selbständiges Vermögen zu betrachten, so muß er einer ihm entsprechenden juristischen Persönlichkeit angehören; das ist eine der stillschweigenden oder konstruktiven juristischen Personen. Der Erbe hat aber nicht nur das eventuelle Recht auf den Nachlaß nach Auflösung der juristischen Person, sondern auch ein gegenwärtiges Recht insofern, als der Reinertrag des Nachlasses ihm zukommt. Dieses Recht ist ein Nutzungsrecht eigener Art, welches dem Erben kein Besitzrecht, wohl aber ein Recht auf die Einkünfte nach erledigter Liquidation gibt. Nach Beendigung der Testamentsvollstreckung hört die juristische Persönlichkeit auf und das Vermögen fällt dem Erben von selbst ohne jede Rechtshandlung zu. Der Erbe ist von selbst Rechtsnachfolger der juristischen Person des Nachlasses.

3. OLG. **16** 267 R. **08** II 16 (Hamburg). Testamentsvollstrecker sind in Ansehung von Handlungen und Unterlassungen, die sie in Ausübung — nicht bloß bei Gelegenheit — der ihnen übertragenen Verrichtungen begehen, als an der Stelle des Erblassers stehend anzusehen, und ihrem Versehen ist dieselbe rechtliche Folge beizulegen, als fiele es noch dem Erblasser selbst zur Last. Für diese Auffassung spricht auch die Analogie der §§ 31, 86 BGB. Die Berufung der Erben auf § 831 BGB. ist ausgeschlossen.

§ 2202. Jastrow, DNotV. **08** 349 ff. Lehnt der ernannte Testamentsvollstrecker das Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht ab, so treffen die durch Entgegennahme der Ablehnung entstehenden Gerichtskosten nicht ihn, sondern die Erben. Die Erklärung der Ablehnung des Amtes ist kein „Antrag" im Sinne des § 1 PrGKG. Das Gericht nimmt bei seiner Tätigkeit das Interesse der Erben wahr; diese sind darum die Gebührenschuldner (gegen KGJ. **23** B 37 [KG.]). Vgl. dazu DNotV. **08** 441.

§§ 2205, 2216. 1. HansGZ. **08** Beibl. 24 (Hamburg). Es ist Aufgabe des Testamentsvollstreckers (nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften), die zum Nachlasse gehörigen, aber nicht darin befindlichen Gegenstände zur Nachlaßmasse zu ziehen, mag er die Kenntnis der erheblichen Umstände durch seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker oder auf einem anderen Wege erlangt haben. Verletzt er diese Pflicht und liegt deshalb Grund zu der Annahme vor, daß er das Nachlaßverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt hat, so kann von ihm die Leistung des Offenbarungseids nach § 260 BGB. verlangt werden.

2. **RG.** R. **08** II 338. Wer nur unter ausdrücklichem Hinweis auf seine Stellung als Testamentsvollstrecker einen Vertrag über einen Gegenstand schließt, der ausdrücklich als zu dem von ihm verwalteten Nachlasse gehörig gekennzeichnet ist, handelt dadurch nur für den Nachlaß, begründet daher auch Rechte und Verbindlichkeiten nicht in seiner Person, sondern lediglich zugunsten und zu Lasten des Nachlasses, auch wenn er sich im weiteren Fortgange der Verhandlungen als Gläubiger oder Schuldner (Verkäufer, Käufer) bezeichnet.

§ 2206. OLG. **17** 354 (KG.). Handelt es sich um ein vom Erblasser hypothekarisch beliehenes Grundstück, bei dessen Versteigerung mitzubieten zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, um den Ausfall der Hypothek zu verhüten, so ist nach § 2206 der Testamentsvollstrecker berechtigt, durch Abgabe von Geboten den Nachlaß zu verpflichten. Die Verpflichtungen aus dem abgegebenen Meistgebote haben dann die rechtliche Natur von Nachlaßverbindlichkeiten, der Erbe haftet für sie, kann aber seine Haftung unter den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen auf den Nachlaß beschränken. Was der Vollstrecker für den Nachlaß erwirbt, fällt den Erben zu, gleichgültig, ob sie bekannt, ob sie minderjährig sind oder ob sich unter ihnen etwa eine ausländische juristische Person befindet.

§ 2215. OLG. **16** 269 (KG.). Verklagt der Erbe den Testamentsvollstrecker, ihm die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Beihilfe zu leisten, so gehört zur Bestimmtheit des Klagantrags (ZPO. § 253 Ziff. 2) die genaue Bezeichnung der Beihilfehandlung. Hat der Testamentsvollstrecker bereits durch Mitteilung des Nachlaßverzeichnisses einen Akt der Beihilfe geleistet, so ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß sich jede weitere Beihilfe als überflüssig erweist.

§ 2218. OLG. **16** 281, HansGZ. **08** 165, R. **08** II 236 (Hamburg). Dem Testamentsvollstrecker steht auf Grund seiner Verwaltung ein zivilrechtlicher Anspruch gegen den Erben auf Genehmigung der Abrechnung und auf Entlastung nicht zu, da das BGB. einen solchen Anspruch nur für bestimmte Rechtsverhältnisse (z. B. § 371 Satz 2 BGB.) anerkennt. Dagegen steht ihm allerdings die negative Feststellungsklage zu Gebote, wenn der Erbe behauptet, daß ihm noch Ansprüche aus der Verwaltung zuständen, sofern er ein rechtliches Interesse daran hat, daß sein Rechtsverhältnis zu dem Erben durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Zwischen dem hiernach ergehenden Feststellungsurteil und der Verurteilung zur Anerkennung der über die Verwaltung gelegten Rechnung besteht der Unterschied, daß die Anerkennung wegen Irrtums oder aus anderen Gründen angefochten und unter bestimmten Voraussetzungen kondiziert werden darf, während eine rechtskräftige Feststellung, daß dem Beklagten keine Ansprüche aus der Verwaltung zustehen, solchen Rechtsbehelfen nicht zugänglich ist.

§ 2221. **RG.** R. **08** II 568. Hat ein als Testamentsvollstrecker eingesetzter Miterbe seinen Miterben (Geschwistern) die Abrechnung über die Auseinandersetzung des Nachlasses zukommen lassen, ohne eine Testamentsvollstreckervergütung in Anspruch zu nehmen, so ist regelmäßig die Annahme gerechtfertigt, daß er eine solche nicht beanspruchen will.

§ 2222. WürttZ. **08** 358, ZBlFG. **9** 418 (Stuttgart). Ein für die Nacherben bestellter Testamentsvollstrecker kann die Rechte der Nacherben nur so, wie

sie diesen zustehen, demnach die dem Nacherben gegenüber dem Vorerben beigelegten Befugnisse nur insoweit, als keine Befreiung vorliegt (§§ 2136, 2137), geltend machen, nicht aber kann er gesetzliche Rechte des Nacherben aufgeben. Verfügungen über Nachlaßgegenstände scheitern schon an dem Rechte des Vorerben. (§ 2205).

§ 2224. Schaub, DJZ. **08** 700 f. Bei Meinungsverschiedenheiten mehrerer Mittestamentsvollstrecker ist der Richter an den materiellen Inhalt der ihm gemachten Vorschläge gebunden, er braucht sich jedoch nicht stets für den einen oder den anderen von mehreren Vorschlägen zu entscheiden, kann vielmehr die sämtlichen gemachten Vorschläge ablehnen oder sich auch für Ausführung mehrerer oder aller aussprechen, wenn sie sämtlich gerechtfertigt sind und nicht im Widerspruch miteinander stehen. — Vgl. oben zu § 1797.

§ 2227. 1. **RG.** R **08** II 270. Die Entlassung eines Testamentsvollstreckers aus seiner Stellung kann nur auf dem durch die Vorschriften im § 2227 BGB. und im § 81 FGG. vorgesehenen Wege erfolgen.

2. KGJ. **36** A 73, R. **08** II 666 (KG.). Ein wichtiger Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers ist schon dann vorhanden, wenn nach Lage der Verhältnisse anzunehmen ist, daß der Erblasser, wenn er noch lebte, die Ernennung des Testamentsvollstreckers widerrufen würde. (Persönliche Feindschaft zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker, der einen gegenseitigen Verkehr ausschließt.)

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel hat die Rechtsprechung ein auffallend reiches Auslegungsmaterial beigesteuert, welches das erfreuliche Bestreben zeigt, die starren Formvorschriften nicht zu überspannen, vielmehr den Bedürfnissen des Verkehrs anzupassen. So hat das RG. zu §§ 2241 Ziff. 2 ausgesprochen, daß die Bezeichnung der mitwirkenden Personen mit den sakramentalen Worten des Gesetzes nicht erforderlich sei, und zu § 2255, daß an den Umfang der den Aufhebungswillen erkennbar machenden Gepflogenheiten nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden dürften, wie dies anscheinend in der Entsch. des KGJ. **36** A 77 (Ziff. 2 zu § 2255) der Fall ist. Auch sonst noch hat das RG. Gelegenheit gehabt, sich über einzelne Fragen, z. B. über die Einheitlichkeit (Datierung des Umschlags) und die eigenhändige Niederschrift (z. B. Leitung oder Unterstützung der Hand des Erblassers bei der Niederschrift) eines eigenhändigen Testaments auszusprechen; auch zur Auslegung des § 2242 Abs. 2 u. 3, des § 2253 und des § 2262 BGB. sind wichtige Entscheidungen des RG. ergangen. Die Bedenkung einer Gemeinde, auch wenn deren Vorsteher bei der Errichtung eines Testaments mitgewirkt hat, wird von dem RG. (zu § 2235) für zulässig erachtet. — Aber auch die OLG., namentlich das KG., haben zu wichtigen Fragen Stellung genommen, z. B. inwieweit die Unterzeichnung eines eigenhändigen Testaments mit dem Vornamen oder Anfangsbuchstaben des Familiennamens genügt, ferner über den Begriff der Verhandlung und mündlichen Erklärung im Sinne der §§ 2238, 2239, über die Ablieferung und Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen (vgl. zu §§ 2259, 2260, 2261 und 2264), namentlich auch solcher von Ausländern im Inlande (Ziff. 3 zu § 2259). Eine eingehende Darstellung der von den Urkundspersonen bei der Errichtung eines Gemeindetestaments zu beachtenden zwingenden Vorschriften ist von Kröner, ZBlFG. **9** 352 ff. (vgl. zu § 2249) geliefert worden.

Literatur: Drewes, Mitverkündung eines Privattestaments durch ein anderes als das Nachlaßgericht (zu § 2261), KGBl. **08** 25. — Josef, Vergessene Unterschriften (zu § 2242), ZBlFG. **9** 1. — Kröner aaO. (zu § 2249). — Wäntig, Ist der Notar berechtigt, das vor ihm errichtete Testament dem Testator, der das Testament widerrufen will, vor Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben? (zu § 2255), DNotV. **08** 632.

§ 2231. Literatur: Rausnitz, Das eigenhändige Testament. Muster und Ratschläge für seine Errichtung. Berlin 1908.

Eigenhändiges Testament. 1. Text (Briefform). a) ElsLothJZ. **08** 434, DNotV. **08** 482, R. **08** II 497 (Colmar). Ein eigenhändiges Testament kann auch in einem Briefe niedergelegt werden, wenn er unter Angabe des Ortes und Tages vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben, und wenn aus dem Briefe sein Wille erkennbar ist, von Todes wegen zu verfügen. b) OLG. **16** 269 (Naumburg). Ein eigenhändiges Testament kann in Briefform errichtet werden, mag der Brief an den Bedachten oder an einen Dritten gerichtet sein.

2. Datum, Zeugnis oder Willenserklärung? Oppenheimer, Ist die Richtigkeit der Datierung beim eigenhändigen Testament erforderlich? (Diss. Darmstadt 1908). Die Angabe eines beliebigen Datums ist zulässig, falls der Tag der Errichtung bewiesen werden kann. Wird dieses jedoch nicht bewiesen, so ist das Testament nichtig.

3. Eigenhändige Errichtung. a) Einheitlichkeit, Vermerk auf dem Umschlage. **RG.** BayRpflZ. **08** 357, RheinA. **105** II 257, JW. **08** 336, DNotV. **08** 479, DJZ. **08** 647, R. **08** II 338. Die von dem Erblasser in eigener Person vorzunehmende handschriftliche Beurkundung ist einheitlich für die ganze Urkunde und so auch für das Datum als einer ihrer wesentlichen Bestandteile vorgeschrieben, nur darf die Angabe des Ortes und Tages auch ununterschrieben der Erklärung räumlich nachfolgen (**RG. 52** 277) ➵ Ebenso DJZ. **08** 596. Red. ⇜ Ungeschriebene Datierungen, z. B. unter Benutzung eines Vordrucks, durch Stempelaufdruck, in Maschinenschrift oder durch handschriftliche Vermerke von fremder Hand, sind unzulässig. Auch die Datierung des Umschlags bildet keine Fortsetzung des Testaments, wenn tatsächlich festgestellt ist, daß der Umschlag nur die Bedeutung einer Inhaltsangabe haben soll, während das Testament selbst bereits äußerlich fertig war. Die nur äußere Verbindung zwischen dem Testament und dem Umschlage reicht ebensowenig hin, wie wenn die Umhüllung des Testaments mit einem anderen Schriftstücke hergestellt wäre, das seinem Inhalte nach mit dem Testament überhaupt nichts zu tun hätte. b) Leitung oder Unterstützung der Hand des Erblassers. **RG.** PosMSchr. **08** 136, GruchotsBeitr. **53** 98, R. **08** II 623. Ein eigenhändiges Testament liegt nicht vor, wenn die Hand des Erblassers bei der Niederschrift völlig unter der Herrschaft und Leitung eines Dritten gestanden hat, denn in Wahrheit hat dann nicht die eigene Hand des Erblassers, sondern die des Dritten die Niederschrift bewirkt. Anders, wenn die Hand des Erblassers bei der Ausführung der Niederschrift frei blieb und ihr nur von einem Dritten Unterstützung zur Ermöglichung der Niederschrift (z. B. durch Festhalten des Handrückens und gegebenenfalls durch Drücken des festgehaltenen Handrückens) geliehen wurde.

4. Urkundenfälschung. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **08** 21, DJZ. **08** 196, 596. Wenn jemand das Testament eines anderen niederschreibt und mit dessen Namen unterzeichnet, so stellt diese Unterzeichnung objektiv die fälschliche Anfertigung einer Urkunde dar, selbst wenn die Vornahme der Handlung dem Willen des Erblassers entsprach. Ob der in dieser Weise das Testament Fertigende in rechtswidriger Absicht handelt, ist eine nach den Umständen des Falles zu beantwortende Tatfrage.

5. Entwurf. ZBlFG. **9** 181 (Dresden). Ein den Vorschriften des § 2231 Ziff. 2 entsprechendes Schriftstück ist kein gültiges Testament, wenn es sich als ein bloßer Entwurf für das künftig zu errichtende Testament darstellt.

6. Angabe des Tages der Errichtung. a) Die Entsch. des OLG. Colmar (JDR. **6** Ziff. 3 b zu § 2231) auch ElsLothJZ. **08** 298. b) R. **08** II 204 (Frankfurt). Ein privatschriftliches Testament ist nicht deshalb ungültig, weil zunächst sein

Text und die Unterschrift und erst später die Datierung geschrieben worden ist. Die Beifügung des Datums ist in diesem Falle der letzte Teil der Testamentserrichtung. c) SchlHolstAnz. 08 260 (LG. Altona). Ein offenbarer Schreibfehler bei der Datierung eines Testaments macht dieses nicht ungültig. d) Schl. HolstAnz. 08 305 (KG.). Eine unrichtige Datierung ist nur dann nicht unwirksam, wenn es ohne weiteres, insbesondere ohne Heranziehung der gewöhnlichen Beweismittel gelingt, die offenbar falsche Datierung durch die gewollte richtige Datierung zu ersetzen. Eine solche Feststellung kann nicht getroffen werden, wenn das Testament nicht erkennen läßt, in welchem Jahre es in Wahrheit errichtet ist.

7. Unterschrift mit dem Vornamen oder Anfangsbuchstaben. a) ElsLothJZ. 08 434, DNotV. 08 482, R. 08 II 497 (Colmar). Als Unterschrift genügt der Vorname und der Anfangsbuchstabe des Familiennamens, wenn der Brief an ein Familienmitglied, und zwar gerade an den eingesetzten Erben gerichtet ist, der Erblasser im brieflichen Verkehre mit seiner Familie sich der Abkürzung seiner Unterschrift zu bedienen pflegt und die Identität des Erblassers mit dem Unterzeichner des Briefes von dem Gegner des auf ihn sich Berufenden niemals bestritten worden ist. b) OLG. 16 270, BraunschwZ. 08 42, R. 08 II 95 (Braunschweig). Zweck und Bedeutung der Unterschrift des Erblassers besteht darin, festzustellen, daß die Niederschrift, der Inhalt des Schriftstücks, von ihm herrührt. Die Unterschrift dient zur Feststellung der Authentizität. Deshalb genügt die Unterzeichnung eines eigenhändigen Testaments nur mit dem Vornamen, wenn die Anordnung über den engen Verwandtenkreis nicht hinausgeht und, soweit die Vornamen zur Bezeichnung der Person gebraucht sind, von den zu dem Verwandtenkreise Gehörigen ohne weiteres verstanden werden können.

§ 2235. **RG.** R. 08 II 593. Das Verbot des § 2235 bezieht sich allein auf den Fall, daß die bei der Testamentserrichtung mitwirkende Person in dem Testamente bedacht wird; des Falles, daß die mitwirkende Person gesetzlicher Vertreter des Bedachten ist, tut das Gesetz nicht Erwähnung, und es liegt kein Anlaß und kein Bedürfnis vor, sein Verbot über den klaren Ausdruck hinaus ausdehnend auszulegen. Deshalb ist die Bedenkung einer Gemeinde nicht ungültig, wenn der Vorsteher dieser Gemeinde bei der Errichtung des Testaments mitgewirkt hat.

§ 2238. 1. MecklZ. 26 34 (Rostock). Die mündliche Erklärung des letzten Willens kann auch durch Bejahung der vom Notar an den Erblasser gerichteten Fragen erfolgen (**RG. 31** 225). Vgl. auch zu § 2239 Ziff. 1.

2. BraunschwRpflZ. 08 159 (Braunschweig). Ein vor dem Richter errichtetes Testament ist unwirksam, wenn der Gerichtsschreiber nur bei der Errichtung des Protokolls, nicht auch bei der mündlichen Erklärung des Erblassers über seinen letzten Willen zugegen gewesen ist. In dem lauten Diktat des Richters und dem Unterlassen der Gegenrede seitens des Testators ist eine mündliche Erklärung des Erblassers nicht zu finden; eine Erklärung auf andere Weise, durch Kopfnicken oder sonstige Gesten oder gar Stillschweigen, genügt nicht (SeuffA. **56** 460), wie schon aus § 2243 zu folgern. Jedenfalls kann aber das Stillschweigen nicht als konkludente Erklärungshandlung aufgefaßt werden, wenn es sich als Zeichen der Teilnahmelosigkeit darstellt, insbes. wenn der Erblasser das Diktat, sei es infolge von Unaufmerksamkeit oder Schwerhörigkeit, gar nicht verstanden hat.

3. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2239.

§ 2239. 1. MecklZ. **26** 34 (Rostock). Die Niederschrift des Protokolls bildet keinen Teil der „Verhandlung" im Sinne des § 2239 (vgl. Löffler, DNotV. **01** 419). Wenn Planck Anm. 1 zu § 2239 in der „bloßen Fortsetzung des Protokollierens" einen Fortgang der Verhandlung nicht erblickt und damit anerkennt, daß die Abfassung des Protokolls wenigstens teilweise in Abwesenheit der Zeugen er-

folgen kann, so durfte er folgerichtig die Niederschrift als solche überhaupt nicht als einen Teil der „Verhandlung" ansehen.

2. **RG.** BayRpflZ. **08** 69. Dem Erfordernisse des § 2239 genügt es nicht, wie in dem durch § 174 FGG. geregelten Falle, daß die Zeugen bei der nach § 2242 BGB. erforderlichen Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls gegenwärtig sind, sie müssen vielmehr auch bei der in Gemäßheit des § 2238 erfolgenden Erklärung des letzten Willens zugegen sein.

§ 2241. 1. Die Entsch. des OLG. Dresden (JDR. **6** Ziff. **2** zu § 2241) auch OLG. **16** 264.

2. Nr. 2. **RG.** ZBlFG. **9** 401, JW. **08** 20. Daß die im § 2241 genannten Personen sakramental mit den Worten des Gesetzes als „bei der Verhandlung mitwirkend" bezeichnet werden müssen, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen, es genügt z. B., wenn die nach Art. 149 EGBGB. und § 46 SächsAG. vom 18. Juni 1898 zuzuziehende Urkundsperson schon in der dritten und vierten Zeile des Testamentstextes insofern als mitwirkend aufgeführt ist, als dort beurkundet ist, „der Erblasser sei dem Lokalrichter P. aus L. persönlich bekannt". Die Mitunterschrift des Protokolls mit „P., Lokalr." ergibt, daß die Urkundsperson auch beim Abschlusse der Testamentshandlung mitgewirkt hat. Daß die Erfordernisse der §§ 2233, 2239 erfüllt seien, braucht im Testamente nicht ausdrücklich bezeugt zu sein.

3. Nr. 3. PosMSchr. **08** 12 (LG. Insterburg). Ist ein Testament, was in der Theorie für zulässig erachtet wird, teils mündlich, teils durch Übergabe einer Schrift errichtet, so hängt es von den Umständen des Falles ab, ob die mündliche Testamentserrichtung, trotzdem die durch Übergabe einer Schrift unwirksam ist, bestehen bleiben kann. Ist z. B. in dem gerichtlichen Protokolle die Erklärung und Feststellung über die Übergabe einer Schrift beurkundet, obwohl der Erblasser eine Schrift nicht übergeben hat, so kann die unrichtige Angabe wegen der Übergabe der Schrift nicht auch das mündliche Testament unwirksam machen, sondern muß als im Protokolle nicht vorhanden angesehen werden.

§ 2242. 1. Protokoll. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 2242) auch BayRpflZ. **08** 19.

2. Feststellung der Unterschrift der Beteiligten. PosMSchr. **08** 103, R. **08** II 166 (KG.). Unwirksam ist eine dem abgeschlossenen Testamente nachträglich hinzugefügte Bescheinigung der Urkundspersonen über die eigenhändige Unterschrift des Erblassers. Die Weglassung des Wortes „unterschrieben" in dem über die Testamentserrichtung aufgenommenen Protokoll ist unschädlich, wenn den Worten „vorgelesen, genehmigt und von den Beteiligten wie folgt" die Unterschriften sich anschließen und nach dem Gesamtinhalte des über den Unterschriften stehenden Vermerkes diesem eine Feststellung der Unterschriftsleistung zu entnehmen ist. § 2242 fordert nicht für den Feststellungsvermerk die Anpassung an die im Gesetze gebrauchte Wortfassung und den Gebrauch eines die Tätigkeit des Schreibens bedeutenden Ausdrucks.

3. Abs. 2. Schreibensunfähigkeit. A. Feststellung der Erklärung des Erblassers. a) **RG. 69** 79, ElsLothNotZ. **08** 309, JW. **08** 527, R. **08** II 497, 498. Die Vorschrift im § 2242 Abs. 2, wonach, wenn der Erblasser erklärt, nicht schreiben zu können, diese Erklärung im Protokolle festgestellt werden muß, enthält eine wesentliche Formvorschrift; eine protokollarische Feststellung, daß in Wirklichkeit der Erblasser nicht habe schreiben können, genügt nicht. Das Gesetz will dadurch, daß es die Feststellung der Erklärung des Erblassers vorschreibt, jede Erörterung und Beweisaufnahme darüber, ob wirklich der Erblasser am Schreiben verhindert war, abschneiden. Eine solche Feststellung braucht allerdings nicht mit bestimmten, rechtsförmlichen Worten zu erfolgen, es genügt insbesondere, daß nach der Feststellung im Protokolle der die objektive Feststellung der Schreibensunfähigkeit

enthaltende Vermerk von dem Erblasser genehmigt ist (**RG. 56** 367, RJA. **5** 49), z. B. indem der Erblasser das Protokoll mit einem Handzeichen versehen hat (JW. **07** 260), oder wenn beurkundet wird, daß der Erblasser nicht unterschrieben habe, weil er des Schreibens unkundig sei (ZBlFG. **6** 418, 419). Lautet dagegen der Schlußvermerk in dem Protokolle nur dahin: „Testatrix war außerstande, das Testament zu unterschreiben, da sie infolge Schlaganfälle gelähmt war", und sind unmittelbar hierunter zur Beglaubigung die Unterschriften des Richters und Gerichtsschreibers beigefügt, so kann unmöglich dieser Vermerk so ausgelegt werden, daß damit die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, beurkundet sei (ebenso **RG.** JW. **08** 556). **b)** **RG.** BayRpflZ. **08** 464, R. **08** II 568. Der Vorschrift des § 2242 Abs. 2 ist genügt, wenn das Protokoll über die Testamentserrichtung mit dem von den mitwirkenden Beamten unterschriebenen Satze geschlossen wird: „Hierauf wurde das Protokoll dem Erblasser vorgelesen, von ihm mündlich genehmigt und, wie folgt, mit dem Handzeichen † † † versehen, welches die unterzeichneten Gerichtspersonen als dasjenige des schreibensunkundigen Erblassers bestätigten." Es kann hierin einmal die Erklärung des Erblassers gegenüber dem das Testament aufnehmenden Richter, daß er nicht schreiben könne, und sodann die aus dem Protokolle zu entnehmende Feststellung dieser Erklärung des Erblassers gefunden werden. **c)** ThürBl. **55** 110 (Jena). Bei der Testamentserrichtung nach § 2242 genügt die Feststellung zu Protokoll, daß der Erblasser, weil er infolge eines Schlaganfalls gelähmt sei, das Testament nicht unterschreiben könne, wenn nach Lage der Sache anzunehmen ist, daß die Feststellung auf Grund einer dahin gehenden Erklärung des Erblassers getroffen worden ist. B. Unzureichende Erklärung. BayRpflZ. **08** 225, SeuffBl. **08** 466 (BayObLG.). Die Erklärung eines Erblassers, daß das Schreiben ihn zu sehr anstrenge, ist etwas anderes, als die im § 2242 Abs. 2 erforderte Erklärung, daß er nicht schreiben könne. Die Mitteilung, daß das Schreiben beträchtliche Anstrengung erfordere, läßt zwar den Wunsch erkennen, es zu vermeiden, wenn es nicht notwendig sei, stellt aber die Fähigkeit zu schreiben nicht ohne weiteres in Abrede, sie deutet vielmehr den Willen an, das Schreiben mindestens zu versuchen, wenn es für notwendig erachtet werde. C. Genehmigung der Feststellung. MecklZ. **26** 34 (Rostock). Die Formbeständigkeit eines Testaments wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Erblasser die Feststellung seiner Erklärung, er könne nicht schreiben, nicht genehmigt hat, da diese Feststellung nichts anderes ist, als ein „Zeugnis, dessen Aussteller die mitwirkenden Personen allein sind, und dessen Vollwirksamkeit das Gesetz an die Bedingung einer hinzukommenden Bestätigung durch den Erblasser nicht gebunden hat" (**RG. 63** 37).

4. Unterschrift der mitwirkenden Personen. **a)** **RG. 68** 297, JW. **08** 337, HessRspr. **9** 33, R. **08** II 344. Haben die Zeugen das Protokoll nicht nur tatsächlich unterschrieben, sondern auch, indem sie damit über die gesetzlichen Erfordernisse (vgl. **RG. 62** 1) hinausgingen, von sich selbst gesagt, sie hätten dies getan, und läßt sich unmittelbar aus der Urkunde ersehen, daß die Zeugen vermöge ihrer Unterschriften nach deren Zusammenhang mit dem umgebenden Texte von der Erblasserin dasselbe bezeugen wie von sich selbst, so ist die Formvorschrift des § 2242 Abs. 3, die der des § 177 Abs. 3 FGG. entspricht, gewahrt. Nicht im Widerspruche damit **RG. 62** 1, wenn darin gesagt ist, daß die Unterschriften den äußeren Abschluß des ganzen Protokolls bilden müssen, da dies Erfordernis nicht in einem rein äußerlichen und buchstäblichen Sinne verstanden werden darf, der eine Abweichung selbst dann nicht zuließe, wenn den an die beurkundende Tätigkeit der mitwirkenden Personen zu stellenden Anforderungen nach Inhalt und äußerer Gestalt der Urkunde in ausreichendem Maße entsprochen ist. Daher ist folgender Abschlußvermerk für ausreichend erachtet: „Worüber Protokoll in Gegenwart des Notars, der Testiererin

und der Zeugen vorgelesen, von der Testiererin genehmigt und von ihr, den Zeugen und dem Notar eigenhändig wie folgt (folgt der Name der Erblasserin und der beiden Zeugen) unterschrieben. St., Großh. Notar." **b)** Josef, ZBlFG. **9** 1 ff. Obwohl § 2242 Abs. 3 eine zeitliche Grenze für die Unterschrift der Mitwirkenden bei Testamenten nicht vorschreibt, muß diese dennoch als Abschluß der Beurkundungsverhandlung erfolgen. Denn nach § 2239 müssen die Mitwirkenden bei der ganzen Verhandlung zugegen sein; zu dieser gehört aber auch die Unterschrift der Mitwirkenden, so daß jeder Mitwirkende nur in Gegenwart des anderen, also nur während der Beurkundungsverhandlung unterschreiben darf. Auf diese Absicht des Gesetzes weist auch § 2246 hin.

§ 2244. KGJ. **35** A 83 (KG.). Die im § 2244 Abs. 3 vorgeschriebene Feststellung, daß der Dolmetscher die Übersetzung des Protokolls angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen habe, muß (als Zeugnis der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen) nicht notwendig vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm unterschrieben werden.

§ 2249. 1. *Kröner, ZBlFG. **9** 352, 381, 429, erörtert die bei der Errichtung eines Gemeindetestaments von den Urkundspersonen zu beachtenden zwingenden Vorschriften und behandelt dabei in einzelnen Abschnitten die Stellung des Gemeindevorstehers und seines Stellvertreters, die Voraussetzungen der Errichtung des Testaments, des Datums, den Ort der Errichtung, die Bezeichnung des Erblassers und der mitwirkenden Personen im Protokolle, die Aufnahme des letzten Willens, die Vorlesung, Genehmigung des Protokolls und die Unterschrift des Erblassers sowie deren Feststellung, die Feststellung der Erklärung des Erblassers über seine Schreibensunfähigkeit, den Vermerk „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben", die Unterschriften des Bürgermeisters und der Zeugen, endlich das Verhältnis zwischen Privat- und Gemeindetestament, unter eingehender Berücksichtigung der Rechtslehre und Rechtsprechung.

2. BayRpflZ. **08** 172 wird ein durch bayer. Bek. der Min. d. Just. u. d. Inn. vom 7. März 1908 (JMBl. 74) veröffentlichtes Formular für die vor den Gemeindevorstehern zu errichtenden Testamente besprochen und dabei vorgeschlagen, die bereits im § 10 Abs. 3 Satz 2 Anw. vom 19. Dezember 1900 vorgesehene Empfehlung, den Erblasser zu veranlassen, daß er statt der Unterschrift sein Handzeichen, z. B. drei Kreuzchen, anbringt, ganz wegzulassen.

§ 2253. **RG.** PosMSchr. **08** 13. Die Bestimmung des § 2253 Abs. 2, wonach der entmündigte Geistesschwache schlechthin zum Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments befugt sein soll, bringt nicht die Auffassung zum Ausdruck, als ob gerade dieses Geschäft einer minderen oder gar keiner gereiften Überlegung bedürfe, beruht vielmehr auf singulären, auf einem anderen Gebiete liegenden Erwägungen. Durch § 2253 Abs. 2 wird der Nachweis, daß der Erblasser geschäftsunfähig gewesen sei, nicht ausgeschlossen.

§ 2255. 1. Wäntig, DNotV. **08** 632, tritt der Ansicht von Jastrow (Formularbuch zu § 2255) bei, wonach der Notar zur Zurückgabe des Testaments an den Erblasser dann als berufen anzusehen sei, wenn der Erblasser das Testament zurücknehmen wolle, bevor es der Notar an das Amtsgericht abgeliefert habe, versteht aber unter „zurücknehmen" dasselbe wie „widerrufen" im § 2255, so daß der Notar die Rückgabe nur dann vornehmen darf, wenn in seiner Gegenwart durch den Erblasser selbst oder durch eine von ihm beauftragte Person, die auch der Notar sein kann, die Testamentsurkunden gemäß § 2255 vernichtet oder verändert werden.

2. KGJ. **36** A 77, SeuffBl. **08** 906 (KG.). Wenn der Erblasser auf die Testamentsurkunde über den Text mit Rotstift den Vermerk „Veraltet" gesetzt und diese mit anderen nicht unterschriebenen Schriftstücken zusammen in ein Paket gebunden und die Außenseite des Pakets mit der Aufschrift „Verbrennen"

versehen hat, so ist darin eine Veränderung an der Urkunde als solcher nicht enthalten, denn durch eine Beschädigung oder Veränderung an dem nicht von der Schrift bedeckten Teile des Papiers wird regelmäßig der Charakter des Schriftstücks als eine Urkunde nicht beseitigt. Dahingestellt gelassen wird, ob eine Veränderung an der Testamentsurkunde vorliegen würde, wenn das Wort „Veraltet“ quer über den Text des Schriftstücks hinweggeschrieben wäre.

3. **RG. 69** 413, PosMSchr. **08** 163, JW. **09** 20. In den Fällen des § 2255 reicht der bloße Aufhebungswille des Erblassers nicht aus, dieser Wille muß auch objektiv einen den Erfordernissen des Gesetzes entsprechenden Ausdruck gefunden haben. Auch wenn in dieser Beziehung das Gesetz lediglich auf allgemeine Gepflogenheiten verweist, so erteilt es damit nichtsdestoweniger eine Formvorschrift. Nur dürfen nicht allzu strenge Anforderungen an den Umfang der hiernach in Betracht kommenden Gepflogenheiten gestellt werden. Es ist daher nicht rechtsirrtümlich — die Nachprüfung steht dem Revisionsgerichte zu —, wenn im gegebenen Falle das Einreißen der Urkunde in Verbindung mit der Entfernung des vom Erblasser darauf gedrückt gewesenen Siegels als Veränderung im Sinne des § 2255 aufgefaßt worden ist.

§ 2257. Jung, BayNotZ. **08** 165, macht Vorschläge, um den Eintritt der Wirkung des § 2257 auszuschließen, wenn ein Erblasser sein den Widerruf eines früheren Testaments mitenthaltendes Testament aus der amtlichen Verwahrung zurücknimmt, ohne die fortdauernde Wirksamkeit des ersten Testaments zu beabsichtigen.

§ 2258. 1. RJA. **9** 85 (KG.). Bei der Anwendung des § 2258 handelt es sich nicht darum, was der Erblasser bei der Errichtung des zweiten Testaments in bezug auf das frühere gewollt oder ob er überhaupt an dasselbe gedacht hat, sondern es ist zu ermitteln, was der Erblasser mit dem späteren Testament an und für sich gewollt hat. Dabei ist nicht bloß zu untersuchen, welches der positive Inhalt der späteren Verfügung ist, sondern es muß außerdem im Wege der Auslegung festgestellt werden, ob die spätere Verfügung nicht zugleich einen negativen Sinn hat, d. h. einen exklusiven Charakter gegenüber jeder andersartigen Regelung der gleichen erbrechtlichen Angelegenheit tragen soll. Von diesem Gesichtspunkt aus ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn das Landgericht in der Bestimmung des späteren Testaments, wonach die Kinder „zu rechtmäßigen alleinigen Erben“ eingesetzt werden, im Zusammenhange mit der im Testament ausgesprochenen Enthebung der Testamentsvollstrecker vom Amte den Willen des Erblassers, die früher angeordnete Nacherbfolge aufzuheben, folgert.

2. OLG. **16** 271 (KG.). Wenn in einem späteren Testamente die in einem früheren Testament angeordnete Erbfolge unverändert aufrechterhalten ist, so beruht das Erbrecht der in den Testamenten eingesetzten Erben nicht ausschließlich auf dem späteren, sondern auch auf dem früheren Testament, es sei denn, daß der Wille des Erblassers erhellt, durch die Errichtung des späteren Testaments das ganze frühere Testament zu beseitigen. Ist daher in einem solchen Falle das ältere Testament in einer öffentlichen Urkunde enthalten, so genügt zum Nachweise der darin angeordneten Erbfolge nach § 36 GBO. die Vorlegung des Testaments und der Eröffnungsverhandlung, vorausgesetzt, daß im Testamente die Erben hinreichend deutlich bezeichnet sind. Die Vorlegung des späteren Testaments hat nur den Zweck, dem Grundbuchrichter Gelegenheit zu der Prüfung zu geben, ob die im früheren Testament angeordnete Erbfolge durch die spätere beseitigt ist.

§ 2259. 1. KGJ. **36** A 77 (79) (KG.). Auch wenn der Besitzer eines Schriftstücks annimmt, daß dieses kein Testament sei, ist doch im Falle der Unrichtigkeit dieser Annahme durch die Ablieferung nach dem Tode des Erblassers lediglich der

gesetzlichen Verpflichtung entsprochen. Der Ablieferer kann dann nicht auf Grund seiner unzutreffenden Überzeugung, daß das Schriftstück kein Testament enthalte, der Eröffnung des Testaments widersprechen oder dessen Rückgabe verlangen.

2. OLG. **16** 273 (KG.). Der § 2259 Abs. 1 findet auch auf den rheinischen Notar Anwendung, wenn er eine von ihm oder seinem Amtsvorgänger vor 1900 aufgenommene Verfügung von Todes wegen eines nach 1900 Verstorbenen verwahrt, vgl. OLG. **15** 207 (KG.). Die ihm hiernach von Amts wegen obliegende Ablieferung stellt sich gebührenrechtlich als ein Nebengeschäft der gebührenpflichtigen Aufnahme der Verfügung von Todes wegen dar, wofür eine besondere Gebühr nicht zu berechnen ist.

3. KGJ. **36** A 85 (KG.). Mangels entgegenstehender Bestimmungen der Staatsverträge ist das inländische Gericht befugt, die Sicherstellung des im Inlande befindlichen Testaments eines verstorbenen Ausländers zu übernehmeln und zu diesem Zwecke die Auslieferung des Testaments von dessen Besitzer, nötigenfalls unter Anwendung von Zwangsmaßregeln (FGG. § 83), zu verlangen. Damit ist nicht gesagt, daß solche abgelieferten Testamente dauernd in der Verwahrung des Nachlaßgerichts verbleiben müßten, vielmehr höit das Recht und die Pflicht dazu auf, sobald die zuständige ausländische Behörde oder der nach dem maßgebenden ausländischen Rechte zum Besitze des Testaments Berechtigte die Herausgabe verlangen. Ob aber der Besitzer des Testaments zu einem solchen Verlangen berechtigt ist, läßt sich erst feststellen, nachdem das Gericht von dem Testamentsinhalte Kenntnis genommen hat, bis dahin hat es das Recht und die Pflicht, die Ablieferung des Testaments zwecks dessen wenigstens einstweiliger Verwahrung zu verlangen. Diese Grundsätze gelten nicht, wenn in Staatsverträgen ein anderes bestimmt, z. B. die Fürsorge für das Testament der Konsularbehörde des Heimatstaats des Erblassers (so Art. 4 deutsch.-russ. Konv. vom 12. November/31. Oktober 1874, RGBl. **75** 136) übertragen ist, deshalb hat das Nachlaßgericht zunächst die Staatsangehörigkeit des Erblassers, soweit möglich, festzustellen.

§ 2260. 1. DJZ. **08** 365 (KG.). Haben sich die Eheleute wechselseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der gemeinschaftliche Nachlaß an näher bezeichnete Personen fallen soll, so würde nach dem Tode des Ehemanns die Verkündung der für den Fall des früheren Ablebens der Ehefrau getroffenen Verfügungen des Ehemanns eine leere Förmlichkeit sein, da diese durch den Tod des Ehemanns gegenstandslos geworden sind. Die Verkündung kann sich daher auf die von dem Ehemanne für den eingetretenen Fall seines früheren Ablebens getroffenen Verfügungen beschränken.

2. KGJ. **36** A 77, R. **08** II 453 (KG.). Ist ein Testament dadurch aufgehoben, daß ein späteres mit ihm im Widerspruche steht, so sind beide Testamente zu eröffnen, andernfalls wäre den Beteiligten die Möglichkeit genommen, die Testamente insbesondere daraufhin zu prüfen, inwieweit frühere Testamente durch ein späteres Testament aufgehoben sind. Vgl. § 36 BayNachlaßO. vom 20. März 1903.

§ 2261. 1. Drewes, KGBl. **08** 25 f. Wenn neben einem in amtlicher Verwahrung eines anderen Gerichts als des Nachlaßgerichts befindlichen Testamente noch Privattestamente des Erblassers zu verkünden sind, so hat die Verkündung der Privattestamente gleichzeitig mit der der in der amtlichen Verwahrung befindlichen zu erfolgen, ohne Unterschied, ob die Privattestamente dem Verwahrungsgericht unmittelbar oder durch Vermittelung des Nachlaßgerichts behändigt sind.

2. KGJ. **36** A 91, R. **08** II 453 (KG.). § 2261 bezieht sich nur auf die in der besonderen amtlichen Verwahrung eines anderen Gerichts als des Nachlaßgerichts befindlichen Testamente und Erbverträge. Befindet sich ein Erbvertrag in der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung eines anderen Gerichts, so hat dieses Gericht nach dem Tode des Erblassers die Urschrift des Erbvertrags zu dessen Er-

öffnung auf Grund des § 2259 Abs. 1 an das zuständige Nachlaßgericht zu übersenden. Der Schlußsatz des § 2300 enthält bei dieser Auslegung allerdings nur eine Vorschrift, die sich bereits aus der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung von selbst ergibt (Dennler, SeuffBl. **1** 398). Nicht außer Betracht gelassen ist, daß **RG. 48** 96 die Vorschrift des § 2259 Abs. 2 BGB. auf alle in der amtlichen Verwahrung des Notars befindlichen Testamente zu beziehen scheint, gleichviel ob die amtliche Verwahrung die gewöhnliche oder die besondere ist. Zu einer Vorlegung an das RG. (FGG. § 28) liegt aber keine Veranlassung vor, da das RG. die Anwendbarkeit des § 2259 Abs. 2 auf die in gewöhnlicher amtlicher Verwahrung eines Gerichts befindlichen Testamente nicht ausgesprochen hat.

§ 2262. **RG. 69** 274, NaumburgAK. **08** 81, JW. **08** 717, R. **08** II 666. Der Zweck des § 2262, der auf den Schutz der Interessen der Beteiligten geht, würde nur unvollkommen erreicht, wenn die Inkenntnissetzungspflicht sich auf den Kreis der Beteiligten beschränkte, deren Aufenthalt ohne weitere Erkundigung dem Nachlaßrichter bekannt ist. Ist daher der Aufenthaltsort der in Kenntnis zu setzenden Beteiligten weder urkundlich gekennzeichnet noch ohnehin ihm bekannt, so hat sich der Nachlaßrichter danach zu erkundigen, wobei die Art und Weise der Erkundigung seinem sachverständigen Ermessen unterliegt, z. B. durch Nachfrage bei bekannten und unschwer erreichbaren letztwillig Bedachten, durch Nachfrage bei der Polizeibehörde am Orte des letzten Wohnsitzes des Erblassers oder des letztbekannten Aufenthalts des Beteiligten, durch Bekanntmachung in einer Zeitung, wenn dies dem Interesse des Beteiligten entspricht und die Kosten den Nachlaß nicht unverhältnismäßig belasten.

§ 2264. KGJ. **35** A 86, RJA. **9** 79, SeuffA. **63** 197, SeuffBl. **08** 107 (KG.). Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 2264, welcher eine Übertragung der Grundsätze des gemeinrechtlichen interdictum de tabulis exhibendis enthält und mit dem PrALR. I. 12 §§ 227—229 übereinstimmt, muß gefolgert werden, daß demjenigen, der ein rechtliches Interesse (das sich auf ein bereits bestehendes Recht des Antragstellers bezieht) hat, eine vollständige Abschrift des ganzen Testaments auf sein Verlangen erteilt werden muß. Dieses Recht entspricht dem Rechte der Beteiligten, zu denen auch die Vermächtnisnehmer gehören, nach § 2260 der Eröffnung des Testaments beizuwohnen und dadurch bei dessen Verkündung von seinem ganzen Inhalte Kenntnis zu erlangen. Dies folgt auch aus dem Gegensatze zu § 2262. Will der Erblasser vertrauliche Mitteilungen geheim gehalten wissen, so darf er sie nicht in das Testament aufnehmen lassen, damit erledigen sich die Bedenken von Planck, Staudinger u. Drewes, DJZ. **03** 332. Gegenüber dem § 34 FGG. stellt sich die Vorschrift des § 2264 als Sondervorschrift dar.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Buchholtz, Altrechtliche gemeinschaftliche Testamente unter der Herrschaft des BGB., Leipzig 1908 (Diss.). — Paul Meyer, Das gemeinschaftliche Testament des BGB. Eine geschichtlich-dogmatische Abhandlung. Marburg 1908. — Vgl. ferner die Nachweise zu §§ 2265, 2267, 2269, 2271, 2273.

§ 2265. 1. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2263) auch SeuffBl. **08** 195, KGJ. **35** A 93.

2. *Rausnitz, Das eigenhändige Testament, warnt vor einer zu weit gehenden Verwendung des gemeinschaftlichen Testaments. Es hat die Wirkung, daß, solange beide Ehegatten leben, jeder von beiden nur in der Weise von seinen letztwilligen Verfügungen zurücktreten kann, daß der andere Ehegatte es erfährt. Sobald also zwei Gatten sich nicht Vertrauen schenken, hat es aus diesem Grunde Wert. Eine weitere Folge des gemeinschaftlichen Testaments ist, daß nach dem Tode des Erstverstorbenen der Überlebende, der die Erbschaft aus dem Testament angetreten hat,

die Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, die er mit Rücksicht auf die Verfügungen des verstorbenen Teiles getroffen hat, nicht mehr widerrufen, also auch nicht mehr ändern kann. Es entstehen hierdurch, wenn der überlebende Gatte sehr lange Zeit nach dem erstverstorbenen stirbt, die unangenehmsten Folgen, da die gedachten Anordnungen nach so langer Zeit häufig auf die nunmehr bestehenden Verhältnisse nicht mehr passen. Diese Folge kann zwar in vielen Fällen durch eine zweckentsprechende Anordnung vermieden werden. Noch zweckmäßiger ist es aber, überhaupt nicht gemeinschaftlich zu testieren, sobald es nicht entweder aus den im Eingang angegebenen Gründen oder gerade deshalb notwendig erscheint, weil der überlebende Gatte an seine Verfügungen gebunden bleiben soll.

§ 2267. 1. Die Entsch. des OLG. Hamburg (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2267) auch R. **08** II 60.

2. KGJ. **35** A 100, R. **08** II 305 (KG.). Ein gemeinschaftlich errichtetes korrespektives Testament, das wegen Nichtbeobachtung einer gesetzlichen Formvorschrift nichtig ist, kann nach dem Tode desjenigen Ehegatten, dessen Verfügung der gesetzlichen Form entspricht, nicht mehr von dem überlebenden Ehegatten durch nachträgliche Erfüllung der bisher vernachlässigten Formvorschrift wirksam gemacht werden.

§ 2269. 1. *Hoeniger, Etwas Algebra im Erbrechte, DNotV. **08** 62. Da beim Elterntestamente nach § 2269 jedes Kind den Pflichtteil zweimal verlangen kann, so liegt, wie man beobachtet hat, insbesondere dann ein starker Anreiz vor, den einen Pflichtteil sofort zu verlangen und damit den Testamentszweck zu gefährden, wenn das Kind durch die beiden Pflichtteile nicht schlechter gestellt ist wie durch den Erbteil nach dem Tode des letztversterbenden Elternteils. Die genaue algebraische Untersuchung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten führt zu folgendem Gesamtergebnisse: Allgemein gilt: Je größer die Zahl der Kinder, desto günstiger die Stellung des Pflichtteilfordernden; daher bei großer Kinderzahl Vorsicht mit dem Testamente nach § 2269. Erster Fall: Nur der Erstversterbende hat Vermögen. Praktisch besonders bedeutsam, da nach § 2269 regelmäßig dem vermutlich Überlebenden, der wenig oder kein Vermögen hat, das des Erstversterbenden zugewendet werden soll. Die beiden Pflichtteile kommen $^7/_8$ des Erbteils je näher, je mehr Kinder vorhanden sind. Mindert sich das Vermögen in der Hand des Überlebenden, so kommen die Pflichtteile dem Erbteile gleich und zwar je eher, je mehr Kinder. Zweiter (praktisch weniger bedeutsamer) Fall: Auch der Überlebende hat Vermögen oder das vom Erstverstorbenen ererbte vermehrt sich. Je größer dieses, je schlechter die Stellung des Pflichtteilfordernden. Bei Gleichheit der Vermögen erhält er allerdings noch $^3/_{16}$ mehr als die Hälfte — also fast $^3/_4$ — des Erbteils. Daher kann, wenn beide Ehegatten ungefähr gleiches großes Vermögen haben, der Anreiz zur Pflichtteilsgeltendmachung noch sehr beträchtlich sein. Der Zweck des Testaments nach § 2269 wird am besten gesichert, wenn für den Fall, daß ein Kind den Pflichtteil fordert, der Überlebende enterbt, ihm aber volle Nutznießung und als Testamentsvollstrecker Verwaltung und freie Verfügung über den nicht zu teilenden Nachlaß zugewiesen wird; dann kann der Pflichtteilfordernde mit beiden Pflichtteilen selbst in dem für ihn günstigsten Falle niemals ganz die Hälfte des Testamentserbteils erlangen.

2. SächsOLG. **29** 364 legt ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes errichtetes gemeinschaftliches Testament, worin sich die Eheleute dergestalt zu Erben einsetzen, daß dem längstlebenden Gatten des erstversterbenden Nachlaß in vollem Umfange zufällt und vererbt wird, im Sinne des § 2269 aus.

3. *Spiegel, BadNotZ. **08** 139 ff. Die Vorschrift dient zur Auslegung von Zweifelsfällen. Ist aus dem Testament ersichtlich, daß der überlebende Ehegatte Universalerbe des anderen sein soll, und daß die gesetzlichen Erben der Ehegatten

nach dem Tode des Überlebenden das erben sollen, was bei dessen Ableben noch übrig sein wird, so ist nicht die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge anzunehmen, sondern § 2269 anzuwenden. Der überlebende Ehegatte kann in diesem Falle über Nachlaßgrundstücke und Nachlaßhypotheken frei verfügen.

§ 2271. 1. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2271) auch SeuffA. **63** 202.

2. *Mantey, GruchotsBeitr. **52** 384. Eine Anfechtung des korrespektiven Testaments durch den überlebenden Ehegatten ist unzulässig. Denn: a) Zur Anfechtung bedarf es eines Anfechtungsgegners; an einem solchen fehlt es (wie dem Testator des Einzeltestaments) jedem der beiden Errichter des korrespektiven Testaments während beider gemeinsamer Lebenszeit und dem an seine korrespektiven Verfügungen bereits gebundenen Überlebenden von ihnen (§ 143). b) Die Analogie des Erbvertrags (§ 2281) versagt: Der Überlebende der gemeinschaftlich testierenden Ehegatten, welcher das ihm Zugewendete nicht ausschlägt, ist enger gebunden als der überlebende Mitkontrahent eines wechselseitigen Erbvertrags, welcher das ihm durch den Vertrag Zugewendete nicht ausschlägt; das Anfechtungsrecht Dritter ist gegenüber dem korrespektiven Testament ein selbständiges Recht, nicht (wie beim Erbvertrage) nur ein abgeleitetes, und könnte selbst durch die der Anfechtung korrespondierende Bestätigung des korrespektiven Testaments seitens des überlebenden Ehegatten (anders wie beim Erbvertrage § 2285, und zuwider der Regel des § 144) nicht ausgeschlossen werden. c) Das korrespektive Testament ist und bleibt ein Testament, untersteht daher den Vorschriften des Testamentsrechts, nicht des Erbvertragsrechts. Gerade der Umstand, daß § 2271 nur in gewisser Hinsicht die entsprechende Anwendung des Erbvertragsrechts angeordnet hat (aber eben nicht betreffs einer vermeinten Anfechtungsbefugnis des überlebenden Ehegatten), spricht dafür, daß der Gesetzgeber jede nicht ausdrücklich ausgesprochene Anwendung des Erbvertragsrechts auf das gemeinschaftliche Testament verhindern wollte. d) Eine Anfechtungsbefugnis des überlebenden Gatten würde dem Willen des erstversterbenden, wie er mutmaßlich bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments und beim Eintritte seines Todes vorhanden war, zuwider sein, nicht minder dem Bestreben des Gesetzgebers nach möglichster Respektierung formgerecht bestehender Verfügungen von Todes wegen (anders die herrschende Ansicht).

§ 2273. 1. Müller, ZBlFG. **9** 98, hält (gegen Planck) die Eröffnung und Verkündung eines gemeinschaftlichen Testaments in vollem Umfang, auch soweit es sich um die Verfügungen des überlebenden Ehegatten handelt, mit dessen Einwilligung für zulässig und empfiehlt ferner, bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments die Verfügungen der beiden Ehegatten möglichst zu trennen und besonders aufzuführen, um den Schwierigkeiten, wieweit die Verfügungen zu verkünden seien, zu entgehen, hält aber die Aufnahme zweier besonderer Urkunden, wie von Staudinger vorgeschlagen, für unnötig.

2. KGJ. **35** A 103 (KG.). Gegen den Ausschluß eines Teiles des gemeinschaftlichen Testaments von der Verkündung nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten ist die Beschwerde zulässig. Das Beschwerdegericht hat das Testament erforderlichenfalls zu öffnen und einzusehen, jedoch nur, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß in dem nicht verkündeten Teile des Testaments noch Verfügungen des verstorbenen Ehegatten enthalten sind. In der Beschwerdeentscheidung braucht der Inhalt des nicht verkündeten Teiles des Testaments nicht mitgeteilt zu werden. — Die von den Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht zu sondernden Verfügungen des Verstorbenen dürfen, soweit sie mit dem Tode des Verstorbenen gegenstandslos geworden sind, auch dann nicht verkündet werden, wenn der Überlebende auf die Geheimhaltung verzichtet und selbst die Verkündung

beantragt, da die Vorschrift des § 2273 auf dem allgemeinen, die Verhütung von Familienunfrieden bezweckenden Grundsatze beruht, daß letztwillige Verfügungen eines noch lebenden Erblassers nicht bekannt gegeben werden dürfen.

3. KGJ. **35** A 103 (KG.). Ist ein Teil eines gemeinschaftlichen Testaments von der Verkündung ausgeschlossen, weil die von den Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht zu sondernden Verfügungen des Verstorbenen mit dessen Tode gegenstandslos geworden sind, so muß dieser Grund in dem gemäß Artt. 47, 57 Abs. 3, 59 PrFGG. der Ausfertigung des Testamentsauszugs beizufügenden Zeugnis angegeben werden.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2279. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** zu § 2279) auch **RG. 67** 65.

§ 2292. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **6** zu § 2292) auch SeuffA. **63** 22, KGJ. **35** A 348.

§ 2300. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 2261.

§ 2301. Die Entsch. des KG., OLG. **16** 50 (JDR. **6** zu § 2301) vom **RG.** bestätigt R. **08** II 666.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Das RG. hat Gelegenheit gehabt, zur Auslegung des § 2316 (Anordnung der Anrechnung auf den Pflichtteil) und des § 2327 (Verpflichtung des Pflichtteilsergänzungsklägers zur Hinzurechnung aller ihm oder seinem parens gemachten Geschenke) bedeutsame Entscheidungen zu fällen. Über die Auskunftspflicht des Erben (kein Moniturverfahren) verhalten sich mehrere oberlandesgerichtliche Entscheidungen zu § 2314. Hervorzuheben sind auch die Erörterungen zur Auslegung der §§ 2315, 2316, die Kretzschmar an eine Besprechung der 3. Aufl. des Planckschen Kommentars (Bearbeitung von Strohal) geknüpft hat.

Literatur: Hellmann, Zur Lehre von der Pflichtteilslast, R. **08** 429. — Kretzschmar, Tragweite des § 2309 BGB., R. **08** 793.

§§ 2303 ff. 1. OLG. **16** 274 (Braunschweig). Das Pflichtteilsrecht des Anerben bemißt sich nach BGB. und nicht nach Anerbenrecht (§ 14 HöfeG. vom 28. März 1874 Nr. 11), wenn neben dem Abkömmlinge des Erblassers keine Person vorhanden ist, die kraft Gesetzes zu einer Abfindung aus dem Hofe berufen sein würde.

2. Ein Beispiel, wie das Pflichtteilsrecht durch Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft beseitigt werden kann, gibt Marcus, ZBlFG. **8** 656.

§ 2307. Abs. 2. **RG.** R. **08** II 61. Ist dem Erben eine Inventarfrist gesetzt, so wird die von dem Erben dem Vermächtnisnehmer gemäß § 2307 Abs. 2 zu setzende angemessene Frist regelmäßig nicht vor Beendigung der Inventarfrist ablaufen.

§ 2309. Kretzschmar, R. **08** 793. Die Vorschrift des § 2309 will der Verdoppelung des Pflichtteilsrechts vorbeugen, ein Pflichtteilsrecht soll nicht vorhanden sein, soweit der von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene Abkömmling wegen seines ihm entzogenen Erbrechts in dem Pflichtteilsrecht oder in einer ihm gemachten Zuwendung Befriedigung erhalten hat. Die Tragweite dieses Grundsatzes wird im einzelnen dargelegt.

§§ 2309, 2316. Kretzschmar, R. **08** 797 Anm. 8. Ein Pflichtteilsrecht der Eltern kommt nicht in Betracht, wenn von zwei Kindern des Erblassers das eine nicht pflichtteilsberechtigt ist, weil ihm der Pflichtteil mit Grund entzogen wurde, während das andere auf den Pflichtteil wegen seines der Ausgleichung unterliegenden Vorempfanges nichts erhält. Denn die Ausgleichungspflicht beseitigt

nicht ein bestehendes Pflichtteilsrecht, sondern hat nur zur Folge, daß der Berechtigte seinen Pflichtteil in der ausgleichungspflichtigen Zuwendung empfangen hat (gegen Strohal Anm. 5 zu § 2316).

§ 2314. 1. HansGZ. **08** Beibl. 219 (Hamburg). Aus § 2314 folgt die Verpflichtung des Erben, gemäß § 260 BGB. dem Pflichtteilsberechtigten ein Verzeichnis des Bestandes der Nachlaßgegenstände (nicht auch der Nachlaßverbindlichkeiten) vorzulegen und auf Verlangen die Richtigkeit dieses Verzeichnisses durch Leistung des Offenbarungseids zu erhärten, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist. S. auch oben zu § 260 Ziff. 2.

2. SeuffBl. **08** 808 (München). Hat der Erbe auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten diesem über den Bestand des Nachlasses Auskunft gegeben, so ist er zur Leistung des Offenbarungseids nur verpflichtet, wenn Umstände dargetan werden, aus denen zu schließen ist, daß der Erbe bei der Herstellung des Verzeichnisses nicht die erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Es genügt, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach dem Verzeichnisse die Existenz und Höhe seines Anspruchs bemessen kann. Sind nach seiner Ansicht einzelne Posten zu niedrig angesetzt, so kann er bei der Pflichtteilsberechnung ohne weiteres den nach seiner Schätzung höheren Wert zugrunde legen. S. auch oben zu § 260 Ziff. 3.

3. R. **08** II 666 (Oldenburg). In dem Prozeß auf Auskunfterteilung ist für ein Moniturverfahren nach Art des gemeinen Rechtes kein Raum. Mit der Auskunfterteilung ist der darauf gerichtete Anspruch erledigt, es sei denn, daß der Pflichtteilsberechtigte die Auskunft nicht als solche gelten zu lassen braucht, weil sie zu unbestimmt (summarisch) wäre oder nach den eigenen Angaben des Erben der Vollständigkeit ermangelte. Ein Streit, ob die Auskunft objektiv richtig oder unrichtig ist, findet nicht statt, in dieser Hinsicht ist der Pflichtteilsberechtigte auf den Anspruch aus § 260 Abs. 2 BGB. beschränkt, und bei der Klage auf Auszahlung des Pflichtteils kann er geltend machen, daß zum Nachlasse noch andere Gegenstände gehören.

§ 2315. 1. SächsRpflA. **08** 60 (Dresden). Ob bei einer Zuwendung die Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet ist, unterliegt der freien Auslegung; eine Auslegungsregel, wie sie die drei ersten Entwürfe des BGB. enthielten, kennt das BGB. nicht und es kann auch nicht im Zweifel ein Anrechnung auf den Pflichtteil als geboten angesehen werden.

2. **RG.** ZBlFG. **9** 70, R. **08** II 167. Ob die Anordnung einer Anrechnung auf den Pflichtteil schon die Anordnung der Ausgleichungspflicht enthält, ist Tatfrage. Auch aus einem späteren Verhalten des Erblassers, insbesondere aus späteren letztwilligen Anordnungen können tatsächliche Schlüsse darauf gezogen werden, daß bei der Zuwendung ein beiderseitiges Einvernehmen über die spätere Ausgleichung bestanden hat.

3. **RG. 67** 306, JW. **08** 110, R. **08** II 305, erörtert den Begriff der Zuwendung im Sinne des § 2315 in Verb. mit § 2050, nimmt aber nicht bestimmt Stellung zu der Frage, ob die Entgeltlichkeit des Geschäfts grundsätzlich den Charakter der Zuwendung ausschließt (vgl. zu § 2316).

§§ 2315, 2316. Kretzschmar, ZBlFG. **9** 370, hat sich durch Strohal Anm. 2 zu § 2315 überzeugen lassen, daß die einschränkende Auslegung, die er im § 2315 Abs. 2 Satz 1 dem Worte „Nachlaß" angedeihen lassen will (ZBlFG. 8 18, IDR. **6** zu §§ 2315, 2316), nicht angängig erscheint. Er verwirft aber auch die Berechnungsweise Strohals, der die anrechnungspflichtige Zuwendung dem Gesamtnachlasse zugerechnet wissen will, indem er bemerkt: Die Berechnung des Pflichtteils bei der Anrechnung ist in der Weise eine Einzelberechnung, daß eine jede anrechnungspflichtige Zuwendung für sich allein dem Nachlasse hinzu-

gerechnet und der Pflichtteil nach dem sich dabei ergebenden Betrage bestimmt wird. Im Gegensatze hierzu erfordert die Ausgleichung begrifflich die Einbeziehung einer Mehrzahl von Zuwendungen in die Berechnung, weil nur so eine Ausgleichung möglich ist. Einzelberechnung und Gesamtberechnung schließen sich aber gegenseitig aus. Er gibt folgendes Beispiel: Nachlaßbestand 4000 M. Hinterlassene: der überlebende Ehegatte des Erblassers und zwei Söhne A. und B., von denen A. 800 und B. 400 M. ausgleichungs- und anrechnungspflichtigen Vorempfang zu vertreten haben. Behufs Berechnung des Pflichtteils des A. und B. ist gemäß § 2316 Abs. 4 so zu verfahren, daß den 3000 M., die von dem Werte des Nachlasses auf die Erbteile der beiden Söhne entfallen, die Vorempfänge von 800 M. und 400 M. hinzugerechnet werden. Dies ergibt für jeden Sohn einen Erbteil von 2100 M., der um den Vorempfang zu kürzen ist, so daß der gesetzliche Erbteil des A. 1300 M., der des B. aber 1700 M. betragen würde. Die Hälfte davon ist der Pflichtteil, wenn die Zuwendungen lediglich ausgleichungspflichtig wären. Dies ergibt für A. 650 und für B. 850 M. Wegen der bestimmten Anrechnung aber sind diese Beträge noch je um die halbe Zuwendung zu kürzen, und es hat also A. 650 — 400 = 250 und B. 850 — 200 = 650 M. als Pflichtteil zu verlangen. (Strohal will wegen der Anrechnungspflicht die Zuwendungen von 800 und 400 M. dem Gesamtnachlasse von 4000 M. zugerechnet wissen. Somit ergeben sich 5200 M., wovon auf die zwei Söhne zusammen 3900 M. und auf jeden einzelnen 1950 M. entfallen. Die Hälfte hiervon, d. i. 975 M., ist der vorläufige Pflichtteil. Dieser ist um die Vorempfänge zu kürzen, so daß der endgültige Pflichteil für A. 975 — 800 = 175, für B. aber 975 — 400 = 575 M. beträgt.)

§ 2316. **RG. 67** 306, JW. **08** 110, R. **08** II 305. Die Anrechnung auf den Pflichtteil kann von dem Erblasser nicht einseitig durch letztwillige Verfügung angeordnet werden. Der § 2316 Abs. 4 nimmt ausdrücklich Bezug auf § 2315 Abs. 1, und dort ist unzweideutig vorgeschrieben, daß auf den Pflichteil nur anzurechnen ist, was dem Pflichtteilsberechtigten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit einer dementsprechenden Bestimmung zugewendet worden ist. Hierzu genügt die stillschweigende Betätigung des rechtsgeschäftlichen Willens. Immerhin läßt sich die Frage aufwerfen, ob der Erblasser durch eine letztwillige Anordnung der Ausgleichung nicht wenigstens den Erbteil eines Abkömmlinges und dadurch, weil sich nach der Höhe des Erbteils gemäß §§ 2303 Abs. 1, 2316 Abs. 1 auch der Pflichtteil bemißt, mittelbar zugleich den Pflichtteil herabmindern kann. Daß der Erblasser unter seinen zur gesetzlichen Erbfolge gelangenden Abkömmlingen auch letztwillig, sei es durch Teilungsanordnung oder durch Vermächtnisse oder Auflagen, die Ausgleichung nachträglich herbeiführen kann, ist nicht zu bezweifeln. Allein die Freiheit des Erblassers findet ihre Grenze in dem gesetzlichen Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge. Daraus ergibt sich, daß bei Ermittelung des rechnungsmäßigen, unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht zu bildenden gesetzlichen Erbteils (§ 2316 Abs. 1) Zuwendungen, die erst durch letztwillige Verfügung als ausgleichungspflichtig erklärt sind, insoweit außer Betracht zu bleiben haben, als sie zu einer Minderung des Pflichtteils führen, wenn er nach dem Bestand und dem Werte des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls (§ 2311 Abs. 1) zuzüglich der gemäß der drei Absätze des § 2050 sich ergebenden Ausgleichungsposten (§ 2316 Abs. 1) berechnet wird. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich auch aus § 2306 Abs. 1.

§ 2317. OLG. **16** 276 (KG.). Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht nach § 2317, ebenso wie das Recht des Erben, erst mit dem Erbfalle; vorher ist weder ein bedingter noch ein betagter Anspruch vorhanden, sondern lediglich eine Aussicht auf einen Rechtserwerb.

§ 2320. Hellmann, R. **08** 429 ff. § 2320 umfaßt den Fall nicht mit, daß wegen Ausschließung des Pflichtteilsberechtigten die zweite Ordnung be-

rufen wird und der überlebende Ehegatte die Hälfte der Erbschaft erhält, statt ein Vierteil neben der ersten Ordnung. Denn da von § 2320 nur Erben betroffen werden, die an Stelle des Pflichtteilsberechtigten in der nämlichen Ordnung treten so kann auch der überlebende Ehegatte nicht betroffen werden, da er in keiner Ordnung steht, sondern neben der ersten und zweiten Ordnung.

§ 2327. **RG. 69** 389, JW. **08** 747, R. **08** II 667. Bei Anwendung des § 2327 hat die im § 2325 Abs. 3 gesetzte zeitliche Schranke außer Betracht zu bleiben, wenn auch zuzugeben ist, daß § 2325 unter den mit einer Schenkung Bedachten auch Pflichtteilsberechtigte versteht und es befremdlich erscheinen mag, daß von zwei zu verschiedenen Zeiten beschenkten Pflichtteilsberechtigten der eine abgewiesen werden muß, wenn er vom anderen Einwerfung einer weiter als zehn Jahre zurückliegenden Schenkung fordert, daß sich dagegen der andere Teil die Hinzurechnung und Anrechnung eben dieser alten Schenkung gefallen zu lassen hat, wenn er seinerseits den Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen denjenigen Teil erhebt, der erst innerhalb der letzten zehn Jahre vom Erblasser beschenkt worden ist. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 2327 Abs. 1 sprechen für die Annahme, daß der Pflichtteilsergänzungskläger auch dann, wenn er seinen Anspruch gegen einen anderen Pflichtteilsberechtigten richtet, grundsätzlich verpflichtet sein soll, alle, gleichviel wann, ihm selbst (oder seinem parens) gemachten Geschenke dem Nachlasse hinzurechnen zu lassen. Der Ausdruck „in gleicher Weise" im Abs. 1 des § 2327 bezieht sich nur auf die Art und Weise, wie die Hinzurechnung zu geschehen hat, also auf die Bestimmung des Wertansatzes verbrauchbarer Sachen im § 2325 Abs. 2.

§ 2329. **RG.** PosMSchr. **08** 31, R. **08** II 168. Soweit durch den Schenkungsakt Kosten entstanden und von dem Beschenkten getragen sind, kürzen sie nicht die Pflichtteilsergänzung selbst, sondern sie begrenzen nur bei dem gegen den Beschenkten gerichteten Ergänzungsanspruch aus § 2329 dessen Herausgabepflicht als eine die Bereicherung verringernde Aufwendung.

§ 2332. 1. Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 2332) auch NaumburgAK. **08** 19.

2. a) BreslauAK. **08** 52 (Breslau). Die dreijährige Verjährungsfrist greift nur Platz, wenn eine das Pflichtteilsrecht beeinträchtigende Verfügung des Erblassers, wie Enterbung, Beschränkung des gesetzlichen Pflichtteils usw., in Frage steht, nicht auch, wenn dem Pflichtteilsberechtigten der Pflichtteil ohne Bedingung und Einschränkung hinterlassen ist. Dieser an sich unstreitige, nur der Höhe nach festzustellende Pflichtteilsanspruch unterliegt der gewöhnlichen 30 jährigen Verjährung. **b**) Ebenso SchlHolstAnz. **08** 311 (Kiel) u. R. **08** II 399 (Oldenburg).

§ 2333. Nr. 2. **RG.** ZBlFG. **9** 316. Eine Pflichtteilsentziehung durch den Erblasser mit der Begründung, daß ihn seine Tochter wiederholt mißhandelt habe, ist nicht notwendig dahin zu verstehen, daß gerade die mehrfache schwere Verletzung der Kindespflicht den Entziehungsgrund bilden solle. Es kann der Nachweis einer einzigen Mißhandlung genügen. Dahingestellt gelassen wird, ob die Überschreitung der Notwehr überhaupt nicht geeignet sein würde, den im § 2333 Nr. 2 behandelten Entziehungsgrund einer verschuldeten vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung auszuschließen.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. *Reichel, ACivPr. **104** 52 f. Erbunwürdig nach Ziff. 2 ist der gesetzliche Erbe, der arglistig und wider besseres Wissen dem Erblasser vorspiegelt, ein der gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht genügendes Testament sei gültig, z. B. es genüge Unterschrift oder Beglaubigung, und ihn hierdurch zur Errichtung eines nichtigen Testament verleitet. Denn hierdurch verhindert er listig die Errichtung einer gültigen Verfügung von Todes wegen.

§ 2340. *Zitelmann, Recht der Eheanfechtung 165. Wird die Klage zurückgenommen oder ohne Sachentscheid abgewiesen, so kann sie nur dann aufs neue angestellt werden, wenn die Anfechtungsfrist bei der Wiedererhebung noch nicht abgelaufen ist.

§ 2341. Sorgenfrei, DJZ. 08 1339. Nach dem Tode des Erbunwürdigen ist die Anfechtungsklage gegen die Gesamtrechtsnachfolger des Erbunwürdigen zu richten. Schwierigkeiten können sich daraus ergeben, daß die Anfechtenden gleichzeitig Anfechtungsgegner sind, wie das mitgeteilte Beispiel zeigt.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§§ 2346, 2348. **RG. 69** 120, RheinA. **105** II 251, JW. **08** 520, DJZ. **08** 1034. Ein Erbverzichtsvertrag ist nicht unwirksam, wenn er in der Weise zustande gekommen ist, daß er zunächst nach den Erklärungen des einen Teiles aufgenommen und dann in dessen Abwesenheit von dem anderen Teile in derselben Verhandlung genehmigt und unterschrieben worden ist. Damit ein Vertrag unter Abwesenden vollständig beurkundet werde, würde an sich die Beurkundung des Antrags, des Zugehens des Antrags, der Annahme und des Zugehens der Annahme erforderlich sein. § 128 BGB. fordert aber die Beurkundung des Zugehens der Annahme nicht. Nach § 133 BGB. kann in der Erklärung des Vertrags seitens des Ersterschienenen der Antrag, ferner darin, daß die von ihm vollzogene Erklärung dem später Erschienenen vorgelesen wurde, das Zugehen des Antrags und in der Genehmigung und Vollziehung dieser Erklärung deren Annahme gefunden werden. Wenn es auch ungewöhnlich ist, daß ein Notar trotz fehlender gleichzeitiger Anwesenheit der Kontrahenten Antrag und Annahme in einem einzigen Protokolle beurkundet, so ist dessen Fassung doch nur darin unrichtig, daß es so abgefaßt ist, als ob beide Teile gleichzeitig anwesend gewesen seien. Dies macht aber die Urkunde nicht ungültig, da die Unrichtigkeit keinen wesentlichen Punkt betrifft (gegen RheinA. **105** I 61 [Düsseldorf]). S. auch oben zu § 128 Ziff. 1 u. 2.

§ 2348. Die Entsch. des OLG. Düsseldorf (JDR. **6** zu § 2348) auch RheinA. **105** I 61. S. auch oben zu § 128 Ziff. 2.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Wiederum liegen zu diesem Abschnitte zahlreiche Entscheidungen der OLG. vor, welche die Voraussetzungen und das Verfahren der Erteilung des Erbscheins zum Gegenstande haben. Hervorzuheben sind die Erörterungen der Zuständigkeit und Anwendung des materiellen Rechtes, wenn es sich um die Beerbung von Ausländern handelt, insbesondere wann ein unbeschränkter oder gegenständlich beschränkter Erbschein zu erteilen ist (vgl. zu §§ 2353, 2369); ferner die an die §§ 2358, 2360, 2361 anknüpfenden Entscheidungen. Die Streitfrage, ob ein über 16 Jahre alter Minderjähriger zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden darf, wird von Josef und Pfäfflin weiter erörtert. Eine gründliche Darstellung des Erbscheinsverfahrens an der Hand der Rechtslehre und Rechtsprechung hat Saupe in einer Einzelschrift geliefert; hervorzuheben ist ferner die Abhandlung von Kretzschmar über den Erbschein (ZBlFG. 8 589).

Literatur: Josef, Eidesstattliche Versicherung Minderjähriger, R. **08** 74. — Kretzschmar, Der Erbschein (I. Allgemeines, II. Verfahren, III. Inhalt des Erbscheins, IV. Gemeinschaftlicher Erbschein, V. Gegenständlich beschränkter Erbschein, VI. Der unrichtige Erbschein, VII. Wirkungen des Erbscheins, VIII. Die Verhältnisse bei der Todeserklärung und bei fälschlicher Annahme des Todes), ZBlFG. 8 589. — Marcus, Noch ein Fall offenkundiger Rechtsnachfolge, ZBlFG. 8 654. — Pfäfflin, Können über 16 Jahre alte minderjährige Erben im Erbscheinsverfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden? SeuffBl. **08** 223. — Saupe, Das Erbscheinverfahren nach dem BGB. (mit Selbstberichten des Verf.). Leipzig 1908.

§ 2353. 1. Antragsrecht. a) Kretzschmar, ZBlFG. **8** 589 ff. (592). Antragsberechtigt ist der nächstberufene Erbe. Der Nacherbe kann vor Eintritt der Nacherbfolge weder für sich selbst, noch für den Vorerben die Erteilung eines Erbscheins beantragen. Neben dem Erben können der Nachlaßverwalter, der Konkursverwalter und der Testamentsvollstrecker (aM. v. Jacubetzky, R. **01** 575) den Antrag stellen. Ebenso kommt dem Ehemanne beim gesetzlichen Güterstande hinsichtlich einer von der Frau erworbenen Erbschaft, die nicht Vorbehaltsgut ist, kraft seines Verwaltungsrechts das Antragsrecht zu; jedoch muß auch er die Annahme der Erbschaft durch die hierzu allein legitimierte Frau besonders nachweisen. Antragsberechtigt ist auch der Erwerber eines Erbteils, aber nur in der Weise, daß der Erbschein auf den Namen des ursprünglichen Miterben ausgestellt wird; auch ist hierbei kein Zusatz über die erfolgte Übertragung zulässig. Entsprechendes gilt, wenn der Erbe des Erben die Erteilung eines Erbscheins für seinen Erblasser beantragt. Der Erbschaftskäufer hat als solcher keinen Anspruch auf Erteilung des Erbscheins, er wird aber gemäß § 896 ZPO. dazu berechtigt, wenn er einen vollstreckbaren Titel gegen den Erben auf Übertragung der Erbschaftsgegenstände erlangt hat. **b)** Im wesentlichen übereinstimmend *Saupe 10 ff., doch will dieser nur unter den Voraussetzungen der §§ 792, 896 ZPO. dem Erwerber einer Erbschaft oder eines Erbanteils das Antragsrecht zugestehen. Der Nachlaßpfleger wird zu dem Antrag auf Erteilung eines auf den Namen des Erblassers lautenden Erbscheins für legitimiert erachtet.

2. Erbschein nach einem Ausländer. KGJ. **36** A 102 (KG.). Unter dem Erbrecht im § 2353 ist nur ein Erbrecht auf Grund des BGB., nicht ein von ausländischen Gesetzen beherrschtes Erbrecht zu verstehen. Auch aus den Grundsätzen des internationalen Privatrechts läßt sich nicht herleiten, daß die inländischen Gerichte Zeugnisse über ein Erbrecht auf Grund eines ausländischen Rechtes zu erteilen haben. Der § 73 FGG. regelt nur die örtliche Zuständigkeit der Nachlaßgerichte. Ob und welche Verrichtungen in Ansehung des Nachlasses eines Verstorbenen im einzelnen Falle dem deutschen Nachlaßgericht obliegen, richtet sich nach den Vorschriften des materiellen Rechtes. Wird der Erblasser nach ausländischem Rechte beerbt, so kann, auch wenn er zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, ein nicht gegenständlich beschränkter Erbschein nach ihm nicht erteilt werden. AM. OLG. **14** 153 (Dresden), Niemeyer, BöhmsZ. **13** 23, 32, Josef, DNotV. **4** 202, Seydel, Die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts beim Tode von Ausländern, wonach durch § 73 FGG. nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit des inländischen Gerichts für die Behandlung des Nachlasses eines Ausländers, der seinen Wohnsitz im Inlande gehabt hat, begründet werde.

3. Ergänzungsbescheinigung nach früherem preußischen Rechte. KGJ. **36** A 119, KGBl. **08** 81 (KG.). Eine Ergänzungsbescheinigung gemäß § 9 PrG. vom 12. März 1869 können nicht bloß Erben, sondern auch sonstige auf Grund des Testaments Berechtigte verlangen. Das Nachlaßgericht hat bei Ausstellung der Bescheinigung nicht eine Auslegung des Testaments und insbesondere der durch das Zeugnis zu ergänzenden Bestimmung zu geben, vielmehr nur die Identität des Antragstellers mit der in der letztwilligen Bestimmung bezeichneten, nicht mit Namen aufgeführten Person festzustellen.

§ 2354. BreslauAK. **08** 36 (KG.). Die Angabe, daß der Erblasser eine „letztwillige Verfügung" nicht hinterlassen habe, entspricht nicht der zwingenden Vorschrift des § 2354 Nr. 5, da das BGB. unter „letztwilligen Verfügungen" nur einseitige Verfügungen von Todes wegen versteht, und mithin eine Angabe

über das Vorhandensein einer vertragsmäßigen Verfügung des Erblassers von Todes wegen fehlt (KGJ. **31** A 115).

§§ 2355, 2356. 1. SchlHolstAnz. **08** 171 (LG. Kiel). Das Abhandenkommen der Testamentsurkunde und die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit, das Testament zu eröffnen, bilden kein Hindernis für die Erteilung des Erbscheins, wenn das Vorhandensein einer gültigen letztwilligen Verfügung durch andere Beweismittel dargetan werden kann.

2. R. **08** II 667 (KG.). Das Nachlaßgericht, bei dem die Erteilung eines Erbscheins auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt wird, ist nicht verpflichtet, den Erbschein auf Grund einer beglaubigten Abschrift der Verfügung zu erteilen, kann vielmehr die Einsicht und Prüfung der Urschrift für erforderlich erklären (abw. KGJ. **32** A 107).

§ 2356. I. Vorlegung öffentlicher Urkunden. 1. Geburtsurkunde (Trauschein). KGJ. **36** A 97 (KG.). Zum Nachweise der ehelichen Abstammung eines Kindes genügt im Verfahren auf Erteilung des Erbscheins die Vorlegung der standesamtlichen Geburtsurkunde oder, wenn das Kind (in Preußen) vor dem 1. Oktober 1874 geboren ist, die Vorlegung eines von dem Pfarrer ausgestellten Taufscheins (§ 15 PStG., §§ 481 ff. II. 11 ALR.). Die Vorlegung der Heiratsurkunde der Eltern des Kindes ist nicht erforderlich.

2. Heiratsurkunde. ElsLothJZ. **08** 371 (Colmar). Zur Erlangung des Erbscheins auf Grund gesetzlichen Erbrechts hat die Witwe ihre Heiratsurkunde selbst dann dem Nachlaßgerichte vorzulegen, wenn aus dem Geburtsscheine, den ihr gemeinschaftlich mit ihr den Erbschein beantragender Sohn vorgelegt hat, sich ergibt, daß er aus der zwischen ihr und dem Erblasser geschlossenen Ehe stammt.

3. Verschollenheitsnachweis. Die Entsch. des OLG. Colmar (JDR. **6** Ziff. 1 c α) auch KGJ. **35** A 352, RJA. **9** 84, R. **08** II 16.

II. Versicherung an Eidesstatt. 1. Eidesmündigkeit. **a)** Josef, R. **08** 74. Der § 473 Abs. 2 ZPO. findet auf das Verfahren des Nachlaßgerichts und überhaupt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht einmal entsprechende Anwendung, folglich ist die Versicherung an Eidesstatt nach §§ 1630, 1793 BGB. grundsätzlich von dem gesetzlichen Vertreter abzugeben. Aber diese Vorschriften über die Vertretungsbedürftigkeit des Minderjährigen sind bloße Ordnungsvorschriften, und der über 7 Jahre alte Minderjährige ist willensfähig, also zur Abgabe einer Versicherung an Eidesstatt imstande. Es steht aber nichts im Wege, daß das Gericht die eidesstattliche Versicherung statt vom gesetzlichen Vertreter lediglich vom Minderjährigen oder auch von beiden zusammen verlangt (gegen Freudenthal, R. **07** 1506 [vgl. JDR. **6** Ziff. 2 zu § 2356]). **b)** Gegen Freudenthal auch Pfäfflin, SeuffBl. **08** 223. Über 16 Jahre alte minderjährige Erben können im Erbscheinsverfahren zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden. Der § 393 ZPO. enthält eine über den Rahmen des Zeugnisverfahrens hinausgehende Norm, die auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bedeutung hat.

2. Zuständigkeit. Gärtner, HessRspr. **8** 118 (vgl. DNotV. **08** 183, s. a. Art. 141 EGBGB.), ist in Übereinstimmung mit Franz, Notariat nach Reichsrecht (1907), der Ansicht, daß die Zuständigkeit zur Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren weder dem Gerichte noch dem Notare durch Landesgesetz entzogen werden könne, da Art. 141 EGBGB. nur auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften Anwendung finde, und daß deshalb Art. 13 HessNotO.: „Zur Abnahme von Eiden und zur Entgegennahme von Versicherungen an Eidesstatt sind die Notare nicht befugt" nur soweit zu Recht bestehe, als sich diese Vorschrift auf § 15 FGG. beziehe, im übrigen aber mit dem Reichsrecht in Widerspruch stehe. Dazu

wird DNotV. **08** 186 bemerkt, daß Art. 13 HessNotO. nur die Entgegennahme, nicht die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung verbiete.

III. Offenkundigkeit. Vgl. das Beispiel von Marcus, ZBlFG. **8** 654.

§ 2357. 1. *Saupe aaO. 76 f. Ist der Umfang des einer Person zustehenden Erbrechts wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben oder aus einem der im § 2043 Abs. 2 angeführten Gründe noch unbestimmt, so kann bis zur Hebung der Unbestimmtheit ein dieses Erbrecht bezeugender Erbschein nicht ausgestellt werden. Auch die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins ist während des Schwebezustandes ausgeschlossen.

2. KGJ. **36** A 109, R. **08** II 667 (KG.). Die Angabe der Erbteile kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der Antragsteller diejenigen Teile der Erbschaft angibt, auf die die mehreren Erben sich in einem Erbvergleiche geeinigt haben.

§ 2358. 1. Umfang der Ermittelungspflicht. **a**) KGJ. **36** A 114 (KG.). Das Nachlaßgericht verletzt die ihm obliegende Ermittelungspflicht, wenn es bei der Entscheidung über den Antrag auf Einziehung eines Erbscheins lediglich auf die ihm glaubhaft erscheinenden Erklärungen des Antragstellers hin die von diesem zur Begründung seines Antrags angeführten Tatsachen für festgestellt erachtet. **b**) KGJ. **35** A 110, OLG. **16** 277, DJZ. **08** 764, R. **08** II 453 (KG.). Zur Ermittelungspflicht des Nachlaßgerichts gehört auch die Feststellung, ob eine gemäß §§ 2078, 2079 BGB. erklärte Anfechtung des Testaments begründet oder unbegründet ist. Gelangt das Gericht auf Grund seiner Prüfung zu der Überzeugung, daß die Anfechtung unbegründet ist, so hat es den Erbschein auf Grund des Testaments auszustellen. Die Möglichkeit, daß ein Prozeßgericht anders entscheiden könnte, enthebt das Gericht nicht der Verpflichtung zur selbständigen Prüfung des geltend gemachten Anfechtungsgrundes. Nur wenn über die Anfechtung ein Rechtsstreit bereits anhängig wäre, könnte die Erteilung des Erbscheins bis zur Entscheidung des Rechtsstreits ausgesetzt oder versagt werden. **c**) SchlHolst. Anz. **08** 264 (KG.). Die Anerkennung der Ungültigkeit eines späteren Testaments durch den darin eingesetzten Testamentserben enthebt das Nachlaßgericht nicht von der Verpflichtung, bei Ausstellung eines Erbscheins die Gültigkeit dieser letztwilligen Verfügung zu prüfen.

2. Verfahren. **a**) R. **08** II 95 (Oldenburg). Wenn ein im Rahmen des § 2358 tätig werdendes Gericht einen ersuchten Richter in Anspruch nimmt, so sind diesem die Punkte, über welche Ermittelungen veranstaltet und Beweise aufgenommen werden, genau anzugeben. Die einfache Bezugnahme auf § 2356 BGB. ist nicht ausreichend. **b**) *Saupe aaO. 51 f. Beantragt eine zur selbständigen Ausübung des Antragsrechts des Erben befugte Person die Erteilung des Erbscheins, so kann dieser als Zeuge eidlich vernommen werden. Dies gilt auch dann, wenn ein Gläubiger des Erben auf Grund der §§ 792, 896 ZPO. die Erteilung eines Erbscheins an Stelle seines Schuldners verlangt. Wird ein Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins nicht von allen Erben gestellt, so können die übrigen Erben zeugeneidlich vernommen werden.

3. Öffentliche Aufforderung. *Saupe aaO. 52 ff. Im Falle der Ungewißheit, ob ein besser- oder gleichberechtigter Verwandter, dessen Persönlichkeit näher feststeht, den Erbfall erlebt hat bzw. noch lebt, ist nicht die öffentliche Aufforderung nach § 2358 Abs. 2 zu erlassen, sondern dem Antragsteller die Beschaffung eines die Todeserklärung dieser Person aussprechenden Urteils aufzugeben. Dagegen ist die öffentliche Aufforderung anwendbar, wenn es zweifelhaft ist, ob weitere besser- oder gleichberechtigte Verwandte vorhanden sind, oder wenn zwar feststeht, daß solche Verwandte vorhanden waren, ihr Wegfall aber in Ermangelung näherer Anhaltspunkte über ihre Persönlichkeit nicht nachgewiesen werden kann. ➾ Ebenso Planck (3) 8 zu § 2358. ⇽

§ 2359. 1. *S a u p e aaO. 67 f. Haben die Ermittelungen des Nachlaßgerichts die A n f e c h t b a r k e i t der dem Erbrechte des Antragstellers zugrunde liegenden Verfügung von Todes wegen oder die Anfechtbarkeit des Anfalls der Erbschaft wegen Erbunwürdigkeit des Antragstellers ergeben, so darf der Erbschein nicht eher erteilt werden, als bis die Erledigung des Anfechtungsrechts zufolge Fristablaufs oder eines sonstigen Erlöschungsgrundes nachgewiesen ist.

2. Vgl. auch zu § 2360.

§ 2360. 1. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **6** Ziff. 1 zu § 2360) auch DJZ. **08** 767.

2. KGJ. **35** A 113, SchlHolstAnz. **08** 45, 216, SeuffA. **63** 463, RJA. **9** 75 (KG.). Eine A u s s e t z u n g d e s V e r f a h r e n s wegen Erteilung eines Erbscheins zur Herbeiführung einer prozeßrichterlichen Entscheidung über das Erbrecht ist grundsätzlich unzulässig. Nur wenn ein R e c h t s s t r e i t über das Erbrecht bereits a n h ä n g i g ist, soll das Nachlaßgericht den Erbschein vor Beendigung des Prozesses nur dann erteilen, wenn es nach Anhörung des Prozeßgegners des Antragstellers und auch gegenüber dessen Behauptung das Erbrecht des Antragstellers für nachgewiesen und die Behauptungen des Gegners für offensichtlich unbegründet erachtet. Gewinnt es diese Überzeugung nicht, so ist es zur Anstellung von Ermittelungen oder zur Entscheidung der in rechtlicher Beziehung bestehenden Zweifel nicht verpflichtet, sondern kann den Antrag als zur Zeit unbegründet abweisen oder die Entscheidung bis zur Beendigung des Rechtsstreits aussetzen.

3. *S a u p e aaO. 57 ff. Das Nachlaßgericht ist n i c h t befugt, seine Ermittelungen und seine Entscheidung bis zur Beendigung eines ü b e r d a s E r b r e c h t anhängigen Rechtsstreits a u s z u s e t z e n. Das rechtskräftige Urteil des Prozeßgerichts bindet den Nachlaßrichter in der Regel n i c h t s c h l e c h t h i n, sondern ist für ihn nur insoweit beachtlich, als es ihn materiell überzeugt. Wie daher das Nachlaßgericht trotz des rechtskräftigen Urteils seine Entscheidung aufrechterhalten kann, wenn es das Urteil für materiell unrichtig hält, so kann es auch dem rechtskräftig anerkannten Erbprätendenten den Erbschein verweigern und ihn demjenigen erteilen, welchem das Erbrecht durch das Urteil aberkannt worden ist. Vermag der vom Prozeßgericht anerkannte Erbprätendent die Erteilung eines auf seinen Namen lautenden Erbscheins nicht durchzusetzen, weil das Nachlaßgericht die unterlegene Partei als den wirklichen Erben ansieht, so bieten ihm die §§ 792, 896 ZPO. eine Handhabe, das Urteil, durch welches sein Gegner zur Herausgabe des Nachlasses (§ 2018) verurteilt worden ist, zu realisieren. Er kann also mittels des auf den Namen seines Schuldners ausgestellten Erbscheins und des vollstreckbaren Titels die Umschreibung der zum Nachlasse gehörenden Grundbuchrechte usw. auf seinen Namen herbeiführen. Das Prozeßgericht darf in das Erbscheinverfahren nicht d u r c h e i n s t w e i l i g e V e r f ü g u n g e n eingreifen. Selbstverständlich kann es aber im Wege einstweiliger Verfügung anordnen, daß der Besitzer einer Ausfertigung des Erbscheins, gegen den eine Klage auf deren Herausgabe an das Nachlaßgericht anhängig ist oder erhoben werden soll, die Ausfertigung vorläufig an das Nachlaßgericht zurückzugeben hat, da diese Rückgabe auf die Erteilung keinen Einfluß ausübt.

§ 2361. 1. *S a u p e aaO. 89 ff. Unrichtig im Sinne des § 2361 ist der Erbschein nur dann, wenn seine Beurkundung mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmt und hieraus infolge der Bestimmungen der §§ 2366, 2367 Nachteile entstehen können, nicht dagegen, wenn er zwar eine unzutreffende Beurkundung enthält, aus dieser aber durch den öffentlichen Glauben ein Schaden nicht erwachsen kann. — Ein im Sinne des § 2361 unrichtiger Erbschein kann nicht berichtigt, sondern nur eingezogen oder für kraftlos erklärt werden. — Der einem Vorerben erteilte Erbschein kann nicht aus dem Grunde eingezogen oder für kraftlos erklärt werden,

weil der darin angegebene Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. — Nicht unrichtig im Sinne des § 2361 ist ein Erbschein, dessen Inhalt mit der wirklichen Rechtslage zwar übereinstimmt, bei dessen Erteilung aber die formellen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben. — Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob der erteilte Erbschein unrichtig ist, ist allein der Inhalt der bei den Gerichtsakten befindlichen Urschrift. — Hat das Nachlaßgericht auf Grund des § 85 FGG. weitere Ausfertigungen des Erbscheins erteilt, so sind auch diese einzuziehen, und die Einziehung ist dann erst vollendet, wenn sämtliche Ausfertigungen wieder in den Besitz des Nachlaßgerichts gelangt sind (94). — Die Tatsache, daß der Erbschein bereits eingezogen ist, steht der Beschwerde des Antragstellers gegen die Einziehungsverfügung nicht im Wege. Dagegen werden alle übrigen Beteiligten durch die durchgeführte Einziehung mit ihrem Beschwerderecht ausgeschossen (95). — Die Beschwerde gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche die Erteilung eines Erbscheins angeordnet wird, ist auch nach der Erteilung mit dem Ziele der Anweisung des Beschwerdegerichts an das Nachlaßgericht zur Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins zulässig. Geht die Beschwerde von dem Antragsteller selbst aus, so hat sie die Anweisung zur Einziehung des erteilten und zur Erteilung eines neuen Erbscheins zum Gegenstande (97 f.). — Die weitere Beschwerde ist dann auch zulässig, wenn das Nachlaßgericht bereits entsprechend dem Beschlusse des Landgerichts den Erbschein erteilt hat; nur führt sie, wenn sie begründet ist, nicht bloß zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses, sondern auch zur Anweisung an das Nachlaßgericht, den erteilten Erbschein wieder einzuziehen oder für kraftlos zu erklären (98 f.).

2. Aus der Rechtsprechung. a) ElsLothJZ. **08** 210, DNotV. **08** 323, R. **08** II 168 (Colmar). Ein Erbschein ist schon dann unrichtig, wenn das Nachlaßgericht zu der Feststellung gelangt, daß das in dem Erbscheine bezeugte Erbrecht nicht mehr als nachgewiesen anzusehen sei, selbst wenn es sich dabei um ein non liquet handelt. **b**) OLG. **16** 191 (KG.). Mit der Beschwerde darüber, daß ein erteilter Erbschein unrichtig sei, kann nach § 2361 nur erreicht werden, daß der Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt wird. Es ist richt angängig, die unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens (§§ 2366, 2367) eingetretenen Folgen seiner Erteilung dadurch zu beseitigen, daß die Anordnung der Erteilung aufgehoben wird. Das Beschwerdegericht ist zu einer Änderung an dem Inhalte des Erbscheins oder zur Erteilung eines anderen Erbscheins an Stelle des von dem Amtsgericht erteilten nicht befugt (**RG. 60** 273). c) KGJ. **36** A 116, R. **08** II 453 (KG.). Gegen die in der Beschwerdeinstanz ergangene Anordnung der Einziehung eines Erbscheins ist auch nach geschehener Einziehung und Erteilung eines neuen Erbscheins die weitere Beschwerde mit dem Ziele der Erteilung eines neuen, mit dem gleichlautenden Erbscheine zulässig (vgl. **RG. 61** 273).

§ 2362. *Saupe aaO. 100 f. Die Herausgabe der Ausfertigung an das Nachlaßgericht hat, sofern dieses nicht bereits die Einziehung des Erbscheins angeordnet hatte, keinen Einfluß auf dessen Wirksamkeit. Sie begründet nur die Verpflichtung des Gerichts, gemäß § 2361 Abs. 3 über die Richtigkeit des Erbscheins Ermittelungen anzustellen. Ergibt sich hierbei, daß der Erbschein unrichtig ist, so hat das Nachlaßgericht seine Einziehung auszusprechen. Erst mit diesem Beschlusse wird der Erbschein kraftlos. Wie bei der Erteilung des Erbscheins ist das Nachlaßgericht auch bei der Entscheidung darüber, ob der erteilte Erbschein wieder zu beseitigen sei, völlig unabhängig von dem Urteile des Prozeßgerichts.

§ 2363. 1. *Saupe aaO. 80. Auch einzelne Erweiterungen der gewöhnlichen Rechte des Vorerben sind im Erbschein anzugeben. — Die Angaben über die Nacherbschaft können weggelassen werden, wenn der Nacherbe sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt. Eine Vereinbarung zwischen dem Nacherben und dem Vorerben, daß letzterer von allen oder einzelnen Beschrän-

kungen seines Verfügungsrechts befreit sein solle, kann nicht zum Inhalte des Erbscheins gemacht werden (81 f.).

2. BraunschwRpfZ. **08** 151 (Braunschweig). Nach § 2363 in Verb. mit § 2362 Abs. 1 kann auch der Nacherbe von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen und er kann dieses Recht auch schon vor Eintritt der Nacherbfolge geltend machen, wenn die im § 2363 Abs 1 vorgeschriebene Angabe im Erbscheine nicht der Wahrheit entspricht. Bei der Prüfung dieser Frage ist der Inhalt aller in Betracht kommenden Verfügungen maßgebend, nicht nur der im Erbschein als maßgebend bezeichnete, da nur entscheidend ist, ob der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt des Erbscheins objektiv richtig ist, nicht ob die notwendigen Bezeugungen auf die angenommenen und im Erbschein — unnötigerweise — näher bezeichneten Grundlagen gestützt werden können.

§ 2365. RG. GruchotsBeitr. **52** 1096. Es ist unzutreffend, daß deshalb, weil der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich außerhalb des Prozesses zu erbringen sei, für den Fall, daß er erst im Prozeß erbracht werden soll, auch diejenige Form erfordert werden müßte, in der er außerhalb des Prozesses allein geführt werden könnte. Es kann nicht gefordert werden, daß der Nachweis der Erbfolge allgemein oder einem Schuldner gegenüber durch Erbschein geführt werde. Der Ausweis durch Erbschein wird nur durch § 36 GBO. (vgl. § 17 Abs. 3 ZVG.) gefordert. Zum Schutze des Schuldners können § 372 Satz 2 BGB. und § 94 ZPO. dienen.

§ 2367. HansGZ. **08** Beibl. 70 (Hamburg). Der Nachlaßschuldner kann nicht ohne weiteres bis zur Vorlegung eines Erbscheins die Einlassung mit dem Erben verweigern, der als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers Auftretende muß sich aber als solcher dem Schuldner gegenüber ausweisen. Was als genügender Nachweis zu gelten hat, ist nach den Umständen des einzelnen Falles mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauungen zu entscheiden.

§ 2368. 1. ElsLothJZ. **08** 440 (Colmar). Aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über den Erbschein folgt nicht, daß alles, was für den Erbschein vorgeschrieben ist, buchstäblich auf das Testamentsvollstreckerzeugnis zu übertragen wäre, sondern bei dem letzteren ist dem Unterschiede zwischen der rechtlichen Stellung des Erben und des Testamentsvollstreckers Rechnung zu tragen, dieses braucht daher z. B. nicht „das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht" (§ 2354 Ziff. 2) anzugeben.

2. Gegenständlich beschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis (§§ 2368, 2369). KGJ. **36** A 109, R. **08** II 667 (KG.). Dem Testamentsvollstrecker ist für die im Inlande befindlichen Gegenstände, die zu der Erbschaft eines zuletzt im Auslande wohnhaft gewesenen, im Auslande verstorbenen Ausländers gehören, von dem deutschen, nach § 73 Abs. 3 FGG. zuständigen Gericht ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen. In dem Zeugnis ist zum Ausdrucke zu bringen, daß der Testamentsvollstrecker diejenigen Befugnisse hat, die ihm nach dem maßgebenden ausländischen Rechte zustehen. Die formellen Voraussetzungen für die Erteilung eines solchen Zeugnisses bestimmen sich nach dem deutschen Rechte.

§ 2369. 1. KGJ. **36** A 109, R. **08** II 667 (KG.). Wenn für die im Inlande befindlichen Gegenstände, die zu der Erbschaft eines zuletzt im Auslande wohnhaft gewesenen, im Auslande verstorbenen Ausländers gehören, die Erteilung eines Erbscheins gemäß § 2369 verlangt wird, so ist das materielle Erbrecht nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen, hinsichtlich der formellen Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins aber das deutsche Recht (§§ 2353 ff.) maßgebend.

2. KGJ. **36** A 102, R. **08** II 667 (KG.). Die Erteilung des gegenständlich beschränkten Erbscheins setzt nur voraus, daß die Erteilung eines Erbscheins für die Erbschaft im ganzen nach dem materiellen Rechte ausgeschlossen ist und daß sich Nachlaßgegenstände im Inlande befinden. Ob der Erblasser zur Zeit seines Todes Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland oder im Auslande gehabt hat, ist unerheblich.

3. ElsLothJZ. **08** 146 (Colmar). Über das Erbrecht in das Vermögen eines in seinem elsaß-lothringischen Aufenthaltsorte gestorbenen französischen Staatsangehörigen kann nicht von einem els.-lothr. Amtsgericht ein unbeschränkter, die in Elsaß-Lothringen belegenen Immobilien und die in Frankreich belegenen Mobilien umfassender Erbschein erteilt werden.

4. OLG. **16** 278, ElsLothJZ. **08** 152, ElsLothNotZ. **08** 149, R. **08** II 61 (Colmar). Unter dem „zur Erteilung des Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgericht" ist ein solches zu verstehen, in dessen Machtbereich die Ausstellung „des" — nämlich des unbeschränkten, in den vorhergehenden Vorschriften behandelten — Erbscheins fällt. Die Voraussetzungen aber dafür, ob und in welchem Umfange die Erben eines im Inlande verstorbenen, dort wohnhaft gewesenen Ausländers bei einem inländischen Gericht einen Erbschein erlangen können, werden weder im § 2369 BGB. noch im § 73 FGG. bestimmt, sind vielmehr aus Artt. 25, 27 EGBGB. herzuleiten. Danach ist aber das Recht des Heimatstaats maßgebend, wie es sich in der französischen Rechtslehre und Praxis entwickelt hat. Mithin sind (nach französischem Rechte) die Grundstücke nach deutschem, die beweglichen Bestandteile des Nachlasses nach französischem Rechte zu behandeln (vgl. ElsLothJZ. **28** 573, Habicht-Greiff, Internat. Privatrecht 194).

5. *Saupe aaO. 7. Aus § 2369 ist der allgemeine Grundsatz zu entnehmen, daß in allen Fällen, in denen nach § 73 FGG. ein deutsches Nachlaßgericht existiert, ein Erbschein nach dem BGB. erteilt werden kann, sei es ein beschränkter Erbschein nach § 2369, sei es ein unbeschränkter nach § 2353, je nach dem ein nur für die im Inlande befindlichen Nachlaßgegenstände oder ein für den Nachlaß im ganzen zuständiges deutsches Gericht vorhanden ist. Dabei muß außer Betracht bleiben, ob in dem in Frage kommenden ausländischen Staate die Rechtseinrichtung des Erbscheins überhaupt besteht, ferner ob daselbst die Zuständigkeit des deutschen Nachlaßgerichts und die Rechtswirksamkeit des Erbscheins anerkannt wird. — Die Geltung des Erbscheins aus § 2369 ist nicht auf bestimmte Gegenstände, sondern auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt. Dem nach dieser Vorschrift zu erteilenden Erbschein ist der regelmäßige Inhalt zu geben und diesem hinzuzufügen, daß der Erbschein nur für den im Inlande befindlichen Nachlaß des Erblassers Geltung und Wirksamkeit habe (84 f.).

6. Kretzschmar, ZBlFG. 8 650, empfiehlt (gegen Planck Anm. 5 zu § 2369, übereinstimmend mit Strohal § 67 V 4 u. Staudinger Anm. 1 zu § 2369), die im Inlande befindlichen Gegenstände nicht einzeln aufzuführen, sondern den Erbschein in der Weise zu erteilen, daß das Erbrecht des Antragstellers an dem im Inlande befindlichen Nachlasse des Erblassers bezeugt wird.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§§ 2371 ff. Vgl. oben zu § 2033.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 2. a) *Otto, Die Analogie auf den Gebieten des Zivil- und des Zivilprozeßrechts, SächsRpflA. **08** 569 ff. Nach dem Art. 2 ist im Sinne des BGB. „Gesetz" jede Rechtsnorm. Unter „Rechtsnormen" müssen dabei (neben den eigentlichen Gesetzen) die Gebilde des Gewohnheitsrechts sowie diejenigen der Gesetzes- und der Rechtsanalogie verstanden werden. Die Begriffsbestimmung der Gesetzesanalogie ist aus dem ersten, die der Rechtsanalogie ist aus dem zweiten Satze des § 1 Entw. I z. BGB. zu entnehmen. Für die Handhabung der Gesetzesanalogie hat das **RG. 65** 137 einen Leitsatz aufgestellt; an die Schaffung neuer Rechtsnormen im Wege der Gesetzesanalogie geht das RG. mit Vorsicht heran. Für die Rechtsanalogie ist weder in den Mot. z. Entw. I noch sonst eine deutliche Grenze gezogen; immerhin kann nicht jede neue Rechtsnorm durch die Bezugnahme darauf, daß sie im Wege der Rechtsanalogie gebildet sei, dem Schicksal entgehen, als eine rein willkürliche Fortbildung des Rechtes angesprochen zu werden. **b)** *Führich, Rechtssubjekt und Kirchenrecht (I. Teil) 218. Eine Rechtsnorm ist in erster Linie eine Norm, welche ein subjektives Recht vor Verletzung schützt. Sie kann aber auch ein solches erst begründen.

Internationales Privatrecht.

Zu Artt. 7—31. *Zitelmann. Abdruck der 7 Entwürfe über „Internationales Privatrecht", die schließlich zu den heute geltenden Artt. 7—31 EG. geführt haben, in synoptischer Zusammenstellung mit diesen Artt. 7—31; dazu Verweisungen und einige Anmerkungen. Die „Vorbemerkung" berichtet über den Werdegang dieser Gesetzesbestimmungen.

Art. 7. (S. auch zu Art. 11.) 1. **RG. 68** 203, R. **08** 373 Ziff. 2192. Bei einem gegenseitigen Vertrag, insbesondere einem Seefrachtvertrag, entscheidet über das anzuwendende Recht in erster Linie der aus den Umständen zu entnehmende mutmaßliche vernünftige Wille der Kontrahenten. Dabei ist zu beachten, daß es sich in Ermangelung einer Vertragsbestimmung nicht sowohl um die Feststellung des konkreten Willens der Parteien als auch um Ermittelung dessen handelt, was die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände, wäre ihnen die Frage entgegengetreten, mutmaßlich über das anzuwendende Recht bestimmt haben würden. Deshalb ist, weil es im allgemeinen dem Interesse der Parteien nicht entspricht, daß ein einheitliches Vertragsverhältnis nach zwei verschiedenen Rechtssystemen beurteilt wird, je nachdem es sich um die Verpflichtungen der einen oder um die Verpflichtungen der anderen Partei handelt, für gewöhnlich anzunehmen, daß die Parteien den Vertragswillen gehabt haben, daß ihr Vertragsverhältnis einheitlich nach einem Rechtssysteme beurteilt werde. Dieses Rechtssystem ist aus den gesamten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln.

2. **RG.** R. **08** 16 Ziff. 93. Bei der Auslegung einer in Amerika ausgestellten Vollmacht, die nach der Absicht des Ausstellers Behörden und Privatpersonen zum Zwecke der Auseinandersetzung über ein in Deutschland befindliches Vermögen vorgelegt werden sollte, kann unbedenklich deutsches Recht angewendet werden.

Art. 10. RheinA. **105** 4 (Düsseldorf). Die Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen wird seit Inkrafttreten des BGB. in Deutschland nur anerkannt, wenn Gegenseitigkeit durch Staatsverträge ausdrücklich oder stillschweigend gewährleistet ist.

Art. 11. (S. auch zu Art. 7.) 1. **RG.** BöhmsZ. **08** 174. Das für den Schuldner maßgebende örtliche Recht — das Recht des Wohnsitzes — entscheidet auch über die Änderung des Gläubigers durch Übertragung (Zession), insbesondere ist nach ihm

zu beurteilen, ob die Forderung mit Wirkung gegen Dritte durch bloßen Übertragungsvertrag übergeht oder ob zur Begründung der Wirkung noch eine Signifikation oder Denunziation erforderlich ist. Das für den Schuldner geltende Recht ist gleichfalls entscheidend für Prüfung der Frage, ob ein Übertragungsvertrag vorliegt. Soweit aber die Vorgänge, in denen ein Übertragungsvertrag liegen soll, sich im Ausland unter dortigen Geschäftsleuten abgespielt haben, sind sie so zu beurteilen, wie die Beteiligten sie nach ihrer Rechts- und Verkehrsanschauung aufgefaßt haben, nicht wie sie aufzufassen wären, wenn sie in Deutschland von deutschen Geschäftsleuten vorgenommen wären.

2. **RG.** R. **08** 569 Ziff. 3143. Die Frage, ob ein dänischer Mäkler Mäklerlohn von einer deutschen Firma für einen mit einer amerikanischen Gesellschaft in vereinbarter Schriftform bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abzuschließenden Vertrag auch dann verlangen kann, wenn bis zu dem Zeitpunkte nur die mündliche Einigung, nicht aber die Vollziehung der Vertragsurkunde erfolgt ist, ist nach deutschem Rechte zu beurteilen.

Art. 14. Literatur: Kaufmann, Die neuen Haager Abkommen über das internationale Privatrecht, DJZ. **08** 1077.

Rechtsprechung. S. auch zu Art. 202. RheinA. **105** 128 (Cöln). Auf die persönlichen Rechtsbeziehungen ausländischer Ehegatten ist Art. 14 EG. wenigstens dann entsprechend anzuwenden, wenn beide Gatten demselben Staate angehören.

Art. 15. **RG.** R. **08** 470 Ziff. 2683. Die Ansprüche aus einem von Ausländern mit inländischem Wohnsitz im Inlande geschlossenen, nach ihrem Heimatrecht unzulässigen Ehevertrage bestimmen sich nach deutschem Rechte.

Art. 17. BayRpflZ. **4** 482 (LG. München I). Die Scheidung österreichischer Israeliten in Deutschland erfolgt auf Grund des österreichischen und mosaischen Rechts in den Formen des Deutschen Zivilprozesses (§§ 1565, 1574 BGB., § 135 öst. BGB.).

Art. 23. I. a) Rundstein, ZVglR. **08** 42 ff. Gesetzliche Vormünderin eines unehelichen Kindes polnisch-russischer Staatsangehörigkeit ist die Mutter des Kindes, wenn sie das Kind freiwillig und gesetzlich anerkannt hat. Haben beide Eltern das Kind anerkannt, so gebührt der unehelichen Mutter der Vorrang und sie behält die gesetzliche Vormundschaft. Ist die Anerkennung mütterlicherseits nicht erfolgt, so ist als gesetzlicher Vormund der das Kind freiwillig anerkennende uneheliche Vater zu erachten. Der uneheliche Vater, der das Kind anerkannt hat, muß die Funktionen eines gesetzlichen Vormundes auch übernehmen, falls die Mutter verstorben oder aus gesetzlichen Gründen von der Vormundschaft ausgeschlossen ist. — Ist der uneheliche Vater ein Deutscher, so kann von einer in Deutschland zu erfolgenden Anerkennung (reconnaissance) im Sinne des polnisch-französischen Rechtes nicht gesprochen werden. Vormundschaftliche Fürsorge in Deutschland kann bei gesetzlicher Vormundschaft der unehelichen Mutter gegeben sein. Nach Art. 488 des polnischen Zivilkodex finden in Anbetracht der Vormundschaft über uneheliche Kinder die allgemeinen Regeln des Vormundschaftsrechts Anwendung. Besitzt demnach das uneheliche Kind Vermögen, so muß obligatorisch ein Familienrat eingesetzt und ein Gegenvormund bestellt werden. Ist dies in Polen nicht geschehen, so muß die Vormundschaft laut Art. 23 EG. in Deutschland angeordnet werden. Nur im Falle daß das uneheliche Kind kein eigenes Vermögen besitzt, ist die Fürsorgebedürftigkeit ausgeschlossen. Selbstredend besteht die Fürsorgebedürftigkeit auch dann, falls das Kind von den Eltern nicht anerkannt wurde oder wenn diese die Vormundschaft aus gesetzlichen Gründen ablehnen oder von ihr ausgeschlossen worden sind. b) Thiesing, DJZ. **08** 356 f. Uneheliche Kinder, die keine Waisen sind, unterstehen in Russisch-Polen nach dem Zivilgesetzbuche von 1825 der gesetzlichen Vormundschaft desjenigen

Elternteils, welcher sie anerkannt hat. Sonach wird in allen Fällen, in denen die uneheliche Mutter ihr Kind als solches anerkennt, die Anordnung einer Vormundschaft in Deutschland unzulässig sein, da die vormundschaftliche Fürsorgebedürftigkeit nach russischem Rechte nicht gegeben ist. Erkennen beide Erzeuger das Kind an, so dürfte der Vater „gesetzlicher" Vormund sein, wenn er ein russischer Pole ist. Ist der Vater ein Deutscher, so erscheint das ausländische Recht nicht befugt, ihm die Stellung des Vormundes aufzudrängen.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Art. 27.) 1. **RG.** R. **08** 185 Ziff. 1101. Für das das Vormundschaftsrecht umfassende Personalstatut einer Person, die Angehörige eines deutschen Einzelstaats (Preußen) und zugleich eines Auslandstaats (Niederlande) ist, aber nicht in dem gedachten, sondern in einem anderen deutschen Staate — Baden — ansässig war, war vor dem 1. Januar 1900 entscheidend das Recht des Heimatstaats in dem sie ihren Wohnsitz, oder soweit er nicht in Betracht kommen konnte, das Recht des Heimatstaats, in dem sie ihren dauernden Aufenthalt hatte, nicht das Recht desjenigen deutschen Staates, dessen Angehörige sie war.

2. KGJ. **35** A 15 (KG.). Die einer niederländischen Witwe von einem deutschen Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung zur Veräußerung inländischer Grundstücke, die den minderjährigen, die niederländische Staatsangehörigkeit besitzenden Kindern der Witwe gehören, ist wirkungslos, wenn sie in der Annahme erteilt ist, daß der Witwe die elterliche Gewalt über die Kinder zusteht. In dringenden Fällen kann das deutsche Vormundschaftsgericht den Kindern auch ohne vorhergehende Verständigung mit den niederländischen Behörden behufs Veräußerung inländischer Grundstücke einen Pfleger bestellen.

3. **RG.** RheinA. **104** 230, ElsLothNotZ. **08** 165. Die preußische Staatsangehörigkeit ist eine einheitliche. Eine besondere rheinpreußische Staatsangehörigkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 3 C. c., daß nämlich dem in der Rheinprovinz geborenen Preußen das rheinische Recht auch dann folgt, wenn er seinen Wohnsitz in ein anderes Rechtsgebiet des Preußischen Staates verlegt, gibt es nicht. Beim Zusammentreffen verschiedener Rechte des Preußischen Staates (interlokales Recht) ist in Sachen des Familienstandes das Recht des Wohnsitzes maßgebend. Bei einer vor dem 1. Januar 1900 im rheinischen Rechtsgebiet eröffneten Erbschaft gilt für die Erbberechtigung der im Auslande nach dem 1. Januar 1900 legitimierten Kinder eines früheren ausgewanderten Inländers ausländisches (hier russisches) Recht.

4. a) BöhmsZ. **08** 180 (Jena). Für minderjährige, in Deutschland ansässige Amerikaner muß für die Veräußerung von Grundeigentum durch die Mutter durch ein deutsches Gericht ein Pfleger bestellt werden, da dies nach amerikanischem Rechte notwendig ist. Nach diesem erstreckt sich die gesetzliche Vormundschaft der Mutter nicht auf das in den Vereinigten Staaten gelegene Grundeigentum der Mündel. b) HessRspr. **9** 13 (LG. Darmstadt). Dasselbe gilt nach englischem Rechte für das Verfügungsrecht des gesetzlichen Vertreters minderjähriger Kinder über Grundstücke, die in Deutschland liegen.

5. DJZ. **08** 1112 (LG. Breslau). Die Grundsätze des internationalen Privatrechts sind auch im Verhältnisse der Bundesstaaten untereinander in den den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien anzuwenden (KGJ. **32** A 23, 26, Artt. 7 ff. EG.), daher ist Inland im Art. 23 EG. wie im § 36 FGG. verbunden mit § 43 Abs. 1 das. jeder Bundesstaat im Verhältnisse zu einem anderen. Im § 42 Abs. 2 FGG. kommt damit sinngemäß im Hinblick auf das maßgebende Personalstatut der Staatsangehörigkeit nur ein inländisches Gericht in Frage. Dies gilt auch für die Zuständigkeit in Fürsorgeerziehungssachen.

Art. 25. (S. auch Artt. 23, 27.) 1. BöhmsZ. **08** 146 (Hamburg). Ein nach dem 1. Januar 1900 in Deutschland verstorbener Bürger der Vereinigten Staaten

von Nordamerika wird nach Art. 25 EG. nach den amerikanischen Gesetzen beerbt, wenngleich er seinen Wohnsitz in Deutschland hatte. Trotzdem kann ein Pflichtteilsberechtigter die ihm nach deutschem Rechte zustehenden Ansprüche gegen den Nachlaß geltend machen, wenn er unstreitig Deutscher ist und gegen ihn eingewendet wird, daß für die Beerbung eines Bürgers in dem in Betracht kommenden amerikanischen Staate ausschließlich die deutschen Gesetze maßgebend sind.

2. ElsLothNotZ. **08** 16, BöhmsZ. **08** 190 (Colmar). Über den gesamten auch den im Auslande vorhandenen Nachlaß einer im Inlande verstorbenen Ausländerin kann ein inländisches Nachlaßgericht keinen generellen Erbschein ausstellen, wenn das anzuwendende ausländische (französische) Recht entscheidet, daß die im Auslande belegenen unbeweglichen und im Inlande befindlichen beweglichen Bestandteile des Nachlasses verschiedenen Rechten unterworfen sind. Zulässig ist aber ein beschränkter Erbschein über die im Deutschen Reiche gelegenen Grundstücke.

3. OLG. **16** 278, ElsLothNotZ. **08** 149 ff., R. **08** 61 Ziff. 351 (Colmar). Unter dem Fehlen eines zur Erteilung des Erbscheins zuständigen deutschen Nachlaßgerichts ist das Fehlen eines solchen Nachlaßgerichts zu verstehen, in dessen Machtbereich die Befugnis zur Ausstellung „des", nämlich des in den §§ 2353 ff. BGB. behandelten, unbeschränkten Erbscheins liegt. Ob und in welchem Umfange die Erben eines in Elsaß-Lothringen verstorbenen, dort wohnhaft gewesenen Franzosen bei einem elsaß-lothringischen Gericht einen unbeschränkten Erbschein erlangen können, ist weder im § 2369 BGB. noch im § 73 FGG. bestimmt, sondern richtet sich nach Artt. 25, 27 EG. Die Frage beantwortet sich nicht nach dem Rechte des Wohnsitzes des Erblassers, sondern nach demjenigen seines Heimatstaats, dem französischen, und dieses ist nicht in derjenigen Ausgestaltung, die es in den deutschen Gebieten französischen Rechtes erfahren hat, sondern so anzuwenden, wie es sich in der französischen Rechtslehre und Praxis entwickelt hat. Nach diesem Rechte ist für die Beerbung in den in Frankreich belegenen Mobiliarnachlaß eines in Elsaß-Lothringen wohnhaft gewesenen und verstorbenen französischen Staatsangehörigen das französische, für die Beerbung in den in Elsaß-Lothringen belegenen Immobiliennachlaß das deutsche Recht maßgebend.

Art. 27. S. auch zu Artt. 23, 25. DJZ. **07** 1327, R. **08** 305 Ziff. 1828 (Darmstadt). Für die gegen einen in Deutschland wohnenden Engländer erhobene Ehescheidungsklage ist deutsches Recht anzuwenden. Nach englischer Rechtsansicht und Praxis entscheidet für die Fragen des Personen- und Familienrechts nicht die Staatsangehörigkeit, sondern das Domizil. Es verweist also das englische Recht insoweit auf das deutsche, so daß das Recht des deutschen Wohnsitzes des Beklagten maßgebend ist.

Art. 30. 1. R. **08** 624 Ziff. 3437 (Hamburg). § 64 ÖsterrBGB., welcher die Ehe zwischen Christen und Personen, die sich nicht zur christlichen Religion bekennen, verbietet, ist eine ausländische Gesetzesbestimmung, deren Anwendung gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. S. a. HGB. § 302 Ziff 2.

2. OLG. **16** 100 (Frankfurt). Eine nach ausländischem (englischem) Rechte erloschene Aktiengesellschaft, welche als Eigentümerin deutscher Grundstücke eingetragen ist, gilt als fortbestehend, soweit die Anwendung des ausländischen Rechtes unerträgliche Ergebnisse zur Folge haben und gegen den Zweck des § 302 HGB., eine völlige Durchführung der Liquidation im Interesse der Gläubiger zu sichern, verstoßen würde. Das ausländische Recht ist also hier nach Art. 30 ausgeschlossen.

Anhang. Andere Entscheidungen aus dem internationalen Privatrechte (Recht der Schuldverhältnisse).

Rechtsprechung. 1. **RG.** BöhmsZ. **08** 179 (vgl. das. 182). Auch nach dem Inkrafttreten des BGB. ist bei Schuldverhältnissen das Recht des Erfüllungs-

orts im Zweifel, d. h. wenn die Vertragschließenden nichts Gegenteiliges verabredet hatten, maßgebend (**RG. 55** 106 ff.). Jedoch ist auch die andere Ansicht vertreten, daß Vertragsobligationen im Zweifel nach dem Personalstatute des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses, sei es das Recht des Wohnorts oder des Heimatstaats, zu beurteilen sind.

2. HaagAbk. vom 14. November 1896 zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts Art. 10. KGJ. **35** A 135, BöhmsZ. **08** 183. Der nach Art. 4 der Konvention über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 12. November/31. Oktober 1874 zu stellende schriftliche Antrag der Konsularbehörde, ihr alles bewegliche Gut, aus dem die Hinterlassenschaft des Verstorbenen besteht, auszuhändigen, ist ein Ersuchen um Rechtshilfe. Auf das vom Rechtshilfegericht zu beobachtende Verfahren finden weder die §§ 158 bis 169 GVG. noch § 2 FGG. Anwendung, sondern Art. 10 HaagProzeßAbk. Der Art. 4 der deutsch-russischen Konvention bezieht sich nur auf Gegenstände, die dem Verstorbenen gehörten. Der Art. 10 der Konvention regelt internationales Erbrecht, einschließlich aller darin einschlagenden Rechtsverhältnisse. Unter die im Art. 10 Abs. 2 am Schlusse erwähnten Ansprüche auf die Hinterlassenschaft fällt also auch das Zurückbehaltungsrecht des deutschen Erbschaftsbesitzers nach § 2022 BGB.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. BayObLG. 8 211, SeuffA. **63** 5. Die Frage, ob und aus welchen Gründen ein vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenes Rechtsgeschäft anfechtbar ist und ob und wie ein Mangel geheilt werden kann, der dem Rechtsgeschäft anhaftet (§ 144 BGB.), ist nach den Gesetzen zu beantworten, unter deren Herrschaft es geschlossen ist.

Art. 34. I. Jonas, DJZ. **08** 75 f. Auch für den Fall, daß der Verletzte das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist der gesetzliche Vertreter aus eigenem Rechte befugt Privatklage zu erheben (gegen KG., KGBl. **14** 62).

II. Rechtsprechung. Ziff. VII. DJZ. **08** 1109 (KG.). Unter Pflegern im Sinne des Art. 34 Ziff. VII EG. und § 235 StGB. können nur die Personen gemeint sein, die gemäß § 1909 BGB. zu Pflegern bestellt sind. Dieser Begriff kann nicht auf Lehrherren, bei denen ein Fürsorgezögling durch die Erziehungsanstalt zur Ausbildung untergebracht ist, ausgedehnt werden.

Artt. 52, 53. **RG.** JW. **08** 736 Ziff. 1. Die den Hypothekengläubigern eines Grundstücks durch Artt. 52, 53, 67 Abs. 2 EG., Art. 37 AG. wegen der fraglichen Entschädigungsansprüche gewährten Rechte haben den Inhalt, daß die Hypothek sich auf die Entschädigungsansprüche als Gegenstände der Haftung erstreckt.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. I. 1. *Schreiber, DNotV. **08** 728 ff. Die Frage, in welcher Form Körperschaften des öffentlichen Rechtes — Stadtgemeinden, Landgemeinden usw. — privatrechtliche Willenserklärungen abzugeben haben, ist eine Frage des Privatrechts. Demgemäß werden Bestimmungen des Landesrechts, welche etwa eine besondere Form für solche Willenserklärungen als Voraussetzung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vorschreiben, durch Art. 55 aufgehoben sein. — Freilich sind wenigstens die in preußischen Gesetzen — so in der StädteO. vom 30. Mai 1853 § 56[8], LandgemO. vom 3. Juli 1891 § 88[7] und sonst vielfach — vorgeschriebenen Formen dieser Art nicht als Bedingung für die Gültigkeit der Willens-

erklärungen, sondern nur zum Nachweise der Legitimation der Gemeindevertreter aufgestellt (gegen **RG. 64** 408, **67** 269).

2. Literatur: Kormann, Die kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und das bürgerliche Recht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von dem Veräußerungsverbote nach BGB. (Stuttgart 1907.) Vgl. dazu die Besprechung von Sehling, DJZ. **08** 660.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 68** 195, JW. **08** 321 Ziff. 1. Soweit Landesgesetze, die vor dem Inkrafttreten des BGB. bestanden, über die Höhe der Mäklergebühr zwingende Bestimmungen in dem Sinne enthielten, daß über ein gewisses Maß hinaus eine Mäklergebühr auch durch bestimmte Vereinbarung der Parteien nicht rechtsgültig versprochen werden könne oder daß, wenn von beiden Teilen einem Mäkler ein Lohn gewährt worden, der über den bestimmten Höchstsatz hinausgehende Betrag von demjenigen, der noch keine Zahlung geleistet hat, auch nicht gefordert werden dürfe, sind sie seit dem Inkrafttreten des BGB. gemäß Art. 55 EG. aufgehoben.

2. **RG. 68** 407, JW. **08** 442 ff. Die Bestimmung des § 59 Abs. 4 Ziff. 7 LandgemO. für Hessen-Nassau vom 4. August 1897 (§ 11 V. vom 30. März 1867) über die Form der Jagdpachtverträge im ehemaligen Herzogtume Nassau ist nicht privatrechtlich, sondern gehört dem öffentlichen Rechte an, weil sie die Vertretungsmacht des Gemeindevorstehers der Gemeinde gegenüber materiell regelt. Art. 55 EG. findet deshalb keine Anwendung darauf.

Art. 61. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 161. Art. 61 schützt den Gutgläubigen nicht gegen die Kondiktion, die dann gegeben ist, wenn das Landesrecht den obligatorischen Vertrag über die Veräußerung eines Fideikommisses verbietet und für nichtig erklärt.

Art. 63. DJZ. **08** 370 (Rostock). Nach Art. 63 EG. kann die Landesgesetzgebung Begründung und Inhalt des Erbpachtrechts mit Einschluß der Übertragbarkeit und Belastbarkeit bestimmen. Als hierzu gehörend muß die Frage, ob und wie auf ein Erbpachtrecht mit der Wirkung, daß es untergeht, verzichtet werden kann, gerechnet werden. Es handelt sich dabei um den Inhalt des Erbpachtrechts, nicht um die Art und Weise seiner Teilnahme am Vermögensverkehre. §§ 875 und 876 BGB. — s. a. § 875 Ziff. 2 — sind auf das Erbpachtrecht nicht anzuwenden. Dieses erlischt (nach dem Landesrechte) im Falle der Konsolidation trotz der bestehenden Weiterbelastungen und diese bleiben bestehen trotz des Unterganges des Erbpachtrechts. Nach dem Landesrechte muß daher die Unzulässigkeit eines einseitigen Verzichts angenommen werden.

Art. 65. 1. **RG.** JW. **08** 652 Ziff. 1, DJZ. **08** 1222. Art. 65 EG. hat die §§ 79 ff. Tit. 15 Teil II aufrechterhalten, wonach für die Nichterfüllung der Pflicht, für die Sicherheit der Schiffahrt zu sorgen, nicht der Staat, sondern nur die pflichtvergessenen Beamten verantwortlich sind. Die Vorschrift, für die Sicherheit und Bequemlichkeit der Schiffahrt auf den öffentlichen Strömen zu sorgen, gehört dem Wasserrecht an und ist deshalb unberührt geblieben (s. auch zu Art. 77).

2. **RG. 64** 249 ff. (**16** 145 ff., **30** 127 ff.). Nach Art. 65 EG. ist das gemeine Recht für das Wasserrecht der früheren gemeinrechtlichen Gebiete noch maßgebend, also auch die gemeinrechtlichen Interdikte ne quid in flumine publico und das interdictum quod in flumine publico als gewöhnliche privatrechtliche Klagen zum Schutze desjenigen, dessen Privatinteresse durch die Veränderung am Laufe des Flusses beeinträchtigt werden würde und worden ist.

Art. 77. Rechtsprechung. (S. auch zu Art. 169 Ziff. 4.) 1. **RG.** [**52** 369 ff., **56** 84, 88, 89] **68** 278 ff., JW. **08** 413, R. **08** 373 Ziff. 2193. Die Anwendung des Art. 77 ist zwar nicht davon abhängig, daß die schädigende Handlung in Ausübung eines staatlichen Zwangsrechts erfolgt ist; es kann vielmehr auch ein Akt staatlicher Fürsorge in den Bereich der Betätigung der öffentlichen Gewalt fallen (**RG. 56** 84 ff.).

Voraussetzung ist aber immer, daß die schädigende Handlung selbst dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, dem Bereiche der Ausübung von Hoheitsrechten des Staates angehört. Dies ist nicht der Fall, wenn ein Bürgermeister als Vertreter der städtischen Sparkasse einem Interessenten Auskunft über das Sparkassenguthaben eines Einlegers macht. Denn hier handelt er nicht in ihm anvertrauter öffentlicher Gewalt, sondern in Ausübung der ihm zustehenden privatrechtlichen Verrichtungen, nämlich der Vermögensverwaltung der Sparkasse.

2. **RG.** JW. **08** 24 Ziff. 33, R. **08** 34 Ziff. 193. Durch Art. 89 AG. ist Art. 1384 Code civil nicht dahin eingeschränkt, daß der Staat, wenn er jemand die Ausübung öffentlicher Gewalt anvertraut, für die von diesem hierbei begangenen Versehen nur dann haftet, wenn er Staatsbeamter im eigentlichen Sinne (im Sinne der Beamtengesetze) ist. Er haftet daher auch, wenn einem Kommunalbeamten staatliche Funktionen, oder wenn Nichtbeamten eine öffentliche Gewalt anvertraut wird. Daher haftet im früheren Geltungsbereiche des Code civil der Staat für das Verschulden eines Bürgermeisters, das diesem nicht als Organ der örtlichen Polizei, sondern bei einer Tätigkeit zur Last fällt, welche von dem Bürgermeister als Beauftragten des Untersuchungsrichters, als Organ der gerichtlichen Polizei, somit im staatlichen Auftrage vorgenommen ist.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 163, R. **08** 72 Ziff. 414. Die im Art. 1384 Code civil anerkannte Haftung des Staates für Verschulden seiner Beamten beruht auf der Vermutung eines Verschuldens der Staatsgewalt, daß sie nämlich in der Auswahl der Beamten fahrlässig gehandelt habe. Der Code civil erblickt darin ein Quasidelikt, eine Art unerlaubter Handlung. Da das BGB. in §§ 823 ff. den Begriff einer unerlaubten Handlung in weitem Sinne auffaßt, so rechtfertigt sich die Annahme, daß sich auch die Verjährungsvorschrift des § 852 BGB. in betreff des Anspruchs auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens auf den Schadensersatzanspruch aus unerlaubten Handlungen in weitem Umfang, also auch denjenigen des alten Rechtes erstreckt, falls für letztere nicht eine ganz spezielle Verjährungsfrist im alten Rechte besteht. Dies war für Ansprüche aus Art. 1384 Code civil nicht der Fall. S. a. BGB. § 852 Ziff. 8.

4. (Art. 5 BadAGBGB.) **RG.** BadRpr. **08** 113/114, JW. **08** 233 Ziff. 1, R. **08** 204 Ziff. 1220. Der Vorbehalt des Art. 77 für die Landesrechte, die Haftung des Staates für den von seinen Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden zu regeln und die persönliche Haftung des Beamten insoweit auszuschließen, als der Staat die Haftung übernimmt, ist weder nach seinem Wortlaute noch aus inneren Gründen, der Absicht und den Zwecken des Gesetzes, noch auf Grund der Entstehungsgeschichte auf die außervertragliche Schadensersatzpflicht zu beschränken. Es steht nichts im Wege, daß das Landesrecht auch die nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilende Haftung unter Befreiung des Beamten von den Ansprüchen des Dritten auf den Staat überträgt, sofern nur diese Haftung den von dem Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden betrifft. Um einen solchen Fall handelt es sich aber bei dem Gerichtsvollzieher, der bei der Ausführung einer Zwangsvollstreckung seine Amtspflichten zum Nachteile des Gläubigers verletzt.

5. RheinA. **105** I 172, [**103** I 6, **104** II 221] (Cöln), Düsseldorf das. 175. Der Beamte haftet wegen fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht dem Verletzten, selbst wenn dieser daneben von dem Staate Ersatz verlangen kann. Im Gebiete des früheren rheinischen Rechtes haftet der Staat für seine Beamten, für die Zeit vor und nach dem 1. Januar 1900 solidarisch neben und zugleich mit ihnen. Art. 1384 Code civil ist insofern durch Artt. 77 EG., 89 Nr. 2 PrAG. aufrechterhalten (aM. OLG. Düsseldorf das. 177).

6. **RG. 67** 141, JW. **08** 27, R. **08** 62 Ziff. 352. Im ehemaligen Geltungs-

bereiche des Code civil haftet der Staat für die schuldhafte schädigende Handlungsweise eines eine Pfändung vornehmenden Gerichtsvollziehers neben diesem, da bei Vornahme der Pfändung der Gerichtsvollzieher nicht nur als Beauftragter des Gläubigers, sondern auch in seiner Eigenschaft als Staatsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt handelt (Art. 89 AG.).

Artt. 80, 81. Brückner, R. **08** 465 ff., 497 ff. Inwieweit unterliegen die Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten sowie der Rechtsanwälte und Ärzte den Vorschriften des BGB.? Verf. bespricht die Grenzen der Anwendung des BGB. und des Staatsrechts auf die Dienstverhältnisse der öffentlichen Beamten, insbesondere der Gerichtsvollzieher, Notare, Rechtsanwälte und Ärzte. S. oben zu § 611 Ziff. II 1 a.

Art. 95. DJZ. **08** 173 (PrOVG.). Nach Art. 95 EG. sind unberührt geblieben die Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören. Zu diesen Vorschriften gehören nicht die Bestimmungen der PrGesindeO. vom 8. November 1810 §§ 22, 23. Der § 23 führt nur ein Ersatzmittel für die Form ein, deren es sonst für die Schließung von Verträgen, sofern sie überhaupt an eine Form gebunden waren, bedurfte. Als Ersatzmittel aber hat er mit dem Inkrafttreten des BGB., da dieses Formvorschriften für die Eingehung von Dienstverträgen nicht kennt, seine Bedeutung verloren. Seit dem 1. Januar 1900 genügt daher im Gebiete der GesindeO. vom 8. November 1810 zur Schließung eines Gesindedienstvertrags die formlose Willenseinigung beider Teile.

Art. 103. R. **08** 399 (Marienwerder). Diese Bestimmung umfaßt nur die besonderen, aus dem Armenunterstützungsrechte des Landesrechts hervorgehenden Vorschriften, nicht Vorschriften allgemeiner Natur, aus denen ein Anspruch nach Landesrecht gefolgert wurde, so namentlich nicht die Grundsätze der nützlichen Verwendung nach §§ 262 ff. I. 13 ALR.

Art. 105. I. 1. Jacusiel, Die Befugnis des Einzelstaats zum Erlaß eines Automobilhaftpflichtgesetzes, LeipzZ. **08** 53 ff. Wenn man auch denjenigen Automobilbesitzer als „Betriebsunternehmer" bezeichnen kann, der sein Automobil gewerbsmäßig verwertet, so kann man doch den Eigentümer eines Luxusautomobils, der dasselbe lediglich zu privaten Vergnügungszwecken benutzt, nicht als Unternehmer eines Betriebs ansehen. Das Kraftfahrzeug als solches ist kein Betrieb, sondern nur Betriebsmittel. Ein Betrieb aber, der mit diesem Betriebsmittel betrieben werden sollte, existiert nicht. Daraus folgt, daß die Landesgesetzgebung nicht befugt ist, die Haftpflicht eines Automobilbesitzers, der sein Automobil nicht gewerblich verwertet, zu verschärfen.

2. Eger, Die Haftpflicht der Eisenbahnen für Sachschäden, DJZ. **08** 751, befürwortet, daß die Haftpflicht der Eisenbahnen für Sachschäden in derselben Weise, wie sie durch das HaftpflG. vom 7. Juni 1871 für Körperschäden erfolgt ist, geregelt wird.

II. Rechtsprechung. **RG.** R. **08** 95/96 Ziff. 554. Wie nach dem Rechte des Code civil — **RG. 58** 130, JW. **05** 131 Ziff. 1 —, so ist auch nach gemeinem Rechte der Eisenbahnbetriebsunternehmer im Falle übermäßiger (vgl. § 906 BGB.) Einwirkungen des Betriebs auf benachbarte Grundstücke dem Eigentümer für den dadurch verursachten Schaden auch ohne Nachweis eines Verschuldens haftbar, weil den Eigentümern das Recht, gemäß §§ 906, 1004 BGB. auf Beseitigung der Störung und auf ihre künftige Unterlassung zu klagen, durch die staatliche Genehmigung der Eisenbahnanlage entzogen ist (**RG. 6** 217, **17** 104, **30** 114).

Art. 115. BayRpflZ. **3/4** 208 (BayObLG.), (BayAGBGB. Art. 85, BGB. § 1105). Krankenverpflegungsrechte können in Bayern als Reallast nur bestellt werden, wenn sie zu einer Leibrente oder einem Leibgedinge gehören.

Art. 124. S. zu Art. 184 (Aufsatz von Haase). 1. R. **08** 236 Ziff. 1400 (Frankfurt). Auch da, wo vor dem 1. Januar 1900 demjenigen, der gegen

eine Grenzüberschreitung durch Überbau Widerspruch erheben wollte, eine Inanspruchnahme des Gerichts oblag, ist diese Pflicht seitdem fortgefallen.

2. FrankfRundsch. **42** 31 ff., 36 ff., 79 ff. (Frankfurt). Die privatrechtlichen Bestimmungen des Baustatuts der Stadt Frankfurt a. M. vom 11. Juni 1809 und des Frankfurter WichG. vom 1. April 1851 sind durch Art. 124 aufrechterhalten worden.

3. **RG.** R. **08** 35 Ziff. 194. Für einen durch eine staatliche Anlage auf einem benachbarten Grundstück entstandenen Schaden kann von dem Eigentümer dieses Grundstücks nach einem in Elsaß-Lothringen noch geltenden Grundsatze des französischen öffentlichen Rechtes Ersatz nur dann verlangt werden, wenn es sich um einen bereits eingetretenen oder doch sicher zu erwartenden materiellen und direkten Schaden, d. h. um einen Schaden handelt, der auf eine körperliche Einwirkung der Anlage oder ihre Benutzung auf das Grundstück selbst zurückzuführen ist. Ein solcher Schaden ist noch nicht gegeben, wenn durch die Anlage — Errichtung von Pulver- und Munitionsmagazinen — bei etwaigen Kaufliebhabern des Grundstücks die Befürchtung des künftigen Eintritts eines Schadens hervorgerufen wird und dadurch sich der Verkaufswert des Grundstücks verringert (elsaß-lothringisches Recht).

Art. 126. HessRspr. **9** 137 (Darmstadt). Unter Kommunalverbänden in diesem Artikel sind nicht alle öffentlichen Gemeinwesen oder Korporationen des öffentlichen Rechtes zu verstehen, so z. B. nicht Kirchengemeinden (HessG. vom 6. August 1902, betr. das Eigentum an Kirchen und Pfarrhäusern).

Art. 134. OLG. **16** 3, R. **08** 131 (794) (KG.). Für die Bestimmung der religiösen Erziehung religionsunmündiger, ehemals österreichischer Minderjähriger, die nach dem Tode des Vaters Deutsche geworden sind, ist das österreichische Recht maßgebend.

Art. 136. KGJ. **35** A 20 (KG.). Das Vormundschaftsgericht kann im Falle einer Generalvormundschaft (Anstaltsvormundschaft) einen Spezialvormund bestellen, wenn ihm dies aus besonderen Gründen im Interesse des Mündels geboten erscheint, ohne daß eine der Voraussetzungen des § 1886 BGB. in bezug auf den bisherigen Generalvormund (Anstaltsvorstand) vorzuliegen braucht.

Art. 141. DNotV. **08** 183. Das Landesrecht kann dem Notar die Zuständigkeit zur Aufnahme der Erbscheinsversicherung auf Grund des Art. 141 EG. nicht entziehen, denn die Erbscheinsversicherung nach § 2356 BGB. fällt nicht unter die Rechtsgeschäfte des Art. 141. S. a. BGB. § 2356 Ziff. II 2.

Art. 142. DJZ. **08** 308 (KG.). Landesgesetzlich kann zwar bestimmt werden, daß für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung einer Schenkung nach § 518 BGB. nur die Gerichte oder die Notare zuständig sein sollen. Dagegen sind die Bundesstaaten nicht für berechtigt erklärt worden, die Beurkundung von Schenkungen ihren Behörden oder Beamten zu übertragen. Die Ausnahmevorschrift des Art. 142 EG., wonach bei Grundstücksveräußerungsverträgen die Übertragung der Zuständigkeit zur Beurkundung auf andere Behörden oder Beamte zulässig ist, bezieht sich auf Schenkungsverträge nicht. Demgemäß ist auch Art. 12 § 2 AG. auf die Beurkundung solcher Grundstücksveräußerungen zu beschränken, welche keine Schenkungen sind. S. oben § 518 Ziff 4.

Art. 143. I. Literatur: Oberneck, Einführung der notariellen Auflassung für diejenigen Rechtsgebiete Deutschlands, in denen sie noch nicht besteht, DNotV. **08** 5.

II. Rechtsprechung. (Art. 81 BayAGBGB.) BayObLG. **9** 53, BayRpflZ. **4** 127, R. **08** 168 Ziff. 996. Ein Vergleich vor dem Prozeßgericht oder beauftragten Richter ersetzt in Bayern weder die Erklärung der Auflassung vor dem Grundbuchamte noch diejenige vor dem Notar.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 167. KGJ. **35** A 274 (KG.). Für die von den landschaftlichen oder ritterschaftlichen Kreditanstalten an ihre Mitglieder gegebenen Darlehen und die dafür bestellten Hypotheken gilt das materielle Recht des BGB. nur insoweit, als nicht die Satzungen abweichende Bestimmungen enthalten. Dies gilt insbesondere von den in den §§ 873, 1113, 1115 das. ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen.

Art. 169. (S. auch zu Art. 201.) I. Lippmann, DJZ. **08** 189. Verzugszinsen, die in einem vor dem 1. Januar 1900 ergangenen Urteil als künftig fällig werdende Ansprüche rechtskräftig festgestellt sind, verjähren nach vier Jahren, selbst wenn der rechtskräftige Hauptanspruch erst nach dreißig Jahren verjährt (s. auch OLG. Breslau, BreslauAK. **06** 23 ff.).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **08** 656. Auf Urteilszinsen beziehen sich die §§ 246, 288 BGB., § 352 HGB. nicht, rechtskräftig festgestellte Urteilszinsen unterliegen der vierjährigen Verjährung. Denn das Urteil bildet einen selbständigen Rechtsgrund im Sinne des § 288 Abs. 2 Satz 2 BGB. Das BGB. behandelt im Gegensatze zum früheren Rechte die Zinsen mit Einschluß der Verzugszinsen als regelmäßig wiederkehrende rückständig werdende Leistungen. S. § 288 BGB.

2. **RG.** R. **08** 204 Ziff. 1221. Die Erfordernisse der nach Inkrafttreten des BGB. laufenden Verjährung bestimmen sich durchweg nach neuem Rechte, z. B. findet nach § 204 BGB. über die Hemmung der Verjährung von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der letzteren Anwendung.

3. **RG.** R. **08** 204/205 Ziff. 1222. Auch die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 1057 BGB. im Verhältnisse zwischen Eigentümer und Nießbraucher findet auf einen vor 1900 entstandenen Anspruch Anwendung, und zwar auch dann, wenn nach dem alten Rechte (PrALR.) eine besondere Verjährungsfrist nicht bestand. S. § 1057 BGB.

4. **RG. 67** 141, JW. **08** 27 Ziff. 1, R. **08** 62 Ziff. 353, s. auch oben zu Art. 77 Ziff. 3. Die Vorbehaltsbestimmung im Art. 77 EG. betrifft nur die Frage der Haftpflicht, nicht auch die eventuelle Frage der Verjährung. Aus dem Umstand aber, daß Art. 169 EG. eine Übergangsbestimmung ist, ist zu entnehmen, daß diese Übergangsvorschrift auch auf die im EG. der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien des früheren Rechtes Anwendung finden soll, sofern diese, wie es für Art. 1384 Code civil, soweit dieser die Haftung des Staates für Verschulden seiner Beamten regelt, im Art. 89 Ziff. 2 AG. geschehen ist, für die Zeit seit dem 1. Januar 1900 geregelt sind und keine besonderen Verjährungsvorschriften enthalten.

5. RheinA. **105** I 88 (Cöln). Auch die vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenen Ersatzansprüche des Verpächters aus dem Pachtvertrage verjähren nach § 558 BGB. in sechs Monaten.

Art. 170. Recht der Schuldverhältnisse. I. Allgemeines. 1. **RG. 66** 409, SächsRpflA. **08** 238, JW. **08** 739. Aus § 247 BGB. ergibt sich, daß diese Vorschrift auf ein schon vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Schuldverhältnis angewendet werden soll. Trotz des Art. 170 EG. ist daher das alte Recht in diesem Falle nicht anzuwenden. S. § 247 Ziff. 1.

2. BayObLG. **9** 226, BayRpflZ. **4** 271, R. **08** 373 Ziff. 2194. § 268 BGB. ist auf ein unter dem früheren Rechte entstandenes Schuldverhältnis nicht anwendbar (BayObLG. **4** 114). S. § 268 BGB. Ziff. 4.

3. PosMSchr. **08** 32 (Königsberg). Die Verpflichtung zur Leistung des zivilrechtlichen Offenbarungseides ist bei einem dem alten Recht angehörenden Schuldverhältnis nach altem, nicht nach neuem Recht zu beurteilen, denn es handelt sich dabei um den Inhalt der Leistungspflicht.

4. LeipzZ. **08** 699, **RG.** R. **08** 522 Ziff. 2948. Die Bestimmung im § 283 BGB., wonach der Gläubiger von dem zur Vertragserfüllung verurteilten Schuldner regelmäßig Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst dann verlangen kann, wenn der

Schuldner die ihm zur Erfüllung gesetzte Frist verstreichen läßt, ist auf Schuldverhältnisse, die vor der Geltung des BGB. entstanden sind, nicht anwendbar; denn die Vorschrift des § 283 enthält kein zwingendes Recht, das der Gesetzgeber auf die früher entstandenen Rechtsverhältnisse angewendet wissen will. S. § 283 Ziff. 3.

5. **RG. 66** 409, SächsRpflA. **08** 239, JW. **08** 739; R. **08** 96 Ziff. 555, 205 Ziff. 1223, LeipzZ. **08** 28 (Hamm). Die rechtlichen Folgen eines Verzugs in der Erfüllung der Verbindlichkeiten aus einem vor dem 1. Januar 1900 eingegangenen obligatorischen Vertrage sind auch dann nach dem vor dieser Zeit geltenden Rechte zu beurteilen und zu bestimmen, wenn der Verzug nach dem 1. Januar 1900 eingetreten ist (vgl. **RG. 52** 262, JW. **05** 485, **01** 868).

6. R. **08** 62 Ziff. 354 (Stuttgart). a) Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs beurteilen sich, weil durch den Inhalt des Schuldverhältnisses bedingt, nach altem Rechte. b) Auch auf altrechtliche Bürgschaften findet § 774 Abs. 1 BGB. Anwendung, weil hier nicht die Wirkung des Schuldverhältnisses, sondern eine Wirkung der Erfüllung in Frage steht. S. § 774 BGB. Ziff. 5.

7. **RG.** LeipzZ. **08** 234. Grundstücksveräußerungsverträge, die nach dem 1. 1. 1900, aber vor dem Zeitpunkt abgeschlossen sind, in dem das Grundbuch für angelegt erklärt ist, unterliegen der Formvorschrift des § 313 BGB. Für solche Verträge gibt es auch in München keine Heilung auf Grund des § 313 Abs. 2 BGB. S. BGB. § 313 II Ziff. 4.

8. **RG. 67** 13, LeipzZ. **08** 157, JW. **08** 30 Ziff. 5, R. **08** 362 Ziff. 355 (Cöln). Für die Frage der Abtretbarkeit von Ansprüchen aus einem nach früherem Rechte zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag ist, auch wenn die Ansprüche erst unter der Geltung des neuen Rechtes voll wirksam werden, das alte Recht maßgebend. Dies schließt jedoch nicht aus, daß das neue Recht dort angewendet wird, wo dieses im Interesse des Gläubigers aus sozialen Erwägungen die Abtretung nicht zuläßt. Diese Voraussetzung trifft bei § 400 BGB. zu, nach welchem eine Forderung nicht abgetreten werden kann, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist. Es decken sich also, auch soweit grundsätzlich altes Recht anwendbar ist, infolge der Einwirkung von § 400 BGB. die Grenzen der Pfändbarkeit mit den Grenzen der Abtretbarkeit. S. § 400 BGB.

9. **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 35. Die Schuldübernahme an einer Hypothek bestimmt sich nach neuem Rechte, wenn sie nach Anlegung des Grundbuchs erfolgt.

II. Einzelne Schuldverhältnisse. 1. Bürgschaft. **a) RG.** JW. **08** 87, R. **08** 96 Ziff. 556. Bei einer im Gebiete des französischen Rechtes abgeschlossenen Bürgschaft richten sich die aus dem in einem anderen Rechtsgebiet ausgesprochenen Erlasse der Hauptschuld für das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen ergebenden Folgen in der Regel nach dem das gesamte Bürgschaftsverhältnis beherrschenden Rechte, das zur Zeit der Verbürgung am Wohnorte des Gläubigers und des Bürgen galt. Die Bürgschaft ist nicht nach dem für die Hauptschuld maßgebenden örtlichen Rechte zu behandeln.

b) WürttJ. **20** 14 (Stuttgart). § 774 Abs. 1 BGB. ist auch auf altrechtliche Bürgschaften anzuwenden, da er nicht eine Wirkung des Schuldverhältnisses, sondern eine Wirkung der Erfüllung eines solchen bestimmt, die nach dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Erfüllungsgeschäfte aber nach dem Inhalte des Art. 170 EG. nicht unter diese Bestimmung fallen. S. BGB § 774 Ziff. 5.

2. Tausch. BayObLG. **9** 61. Die Wirkungen eines unter der Herrschaft des früheren Rechtes geschlossenen Tauschvertrages bestimmen sich nach den Vorschriften des früheren Rechtes, auch soweit der Vertrag erst nach dem Inkrafttreten des BGB. zur Ausführung gekommen ist. Dies gilt insbesondere für die Verpflichtung aus der Übernahme der Haftung für die Güte und Einbringlichkeit der zur teilweisen Berichtigung einer Tauschaufgabe abgetretenen Hypothekenforderung.

Art. 171. 1. **RG. 66** 216, SächsRpflA. **08** 191, JW. **08** 512. Die Vorschrift des § 567 BGB. findet nicht Anwendung auf solche Mietverträge, welche vor dem 1. Januar 1900 für länger als 30 Jahre fest abgeschlossen waren.

2. **RG.** R. **08** 131 Ziff. 795. In der Fortsetzung eines Dienstverhältnisses über den im Art. 171 bezeichneten Zeitpunkt hinaus kann eine Bestätigung des ganzen Vertrags gefunden werden, in welchem Falle auch ein etwaiges Wettbewerbsverbot nach neuem Rechte zu beurteilen ist.

Art. 179. 1. **RG.** R. **08** 523 Ziff. 2949; OLG. **17** 30 (Colmar). Ein in das vorläufige Grundbuch eingetragenes Pachtrecht behält seine dingliche Wirkung auch nach dem Inkrafttreten des BGB., und zwar nach Anlegung des Grundbuchs auch ohne Eintragung in diesem.

2. ElsLothNotZ. **08** 91 (Colmar). Ein Pachtrecht, welches durch Eintragung in das vorläufige Grundbuch dingliche Wirkung erlangt hat (§ 3 Ziff. 3 ElsLoth. GBG. vom 21. Juni 1891), behält diese nach Art. 179 EG. auch nach dem Inkrafttreten des BGB., und zwar nach Anlegung des Grundbuchs auch ohne Eintragung in dieses gegen jeden Dritten, der das Grundstück in Unkenntnis des bestehenden Pachtvertrags erwirbt. Auch eine Verfügungsbeschränkung auf Grund des Pachtvertrags ist in das Grundbuch nicht einzutragen.

Art. 184. I. *H a a s e, Vorbehalt und Abtretung des Anspruchs auf den halben Wert der nicht gemeinschaftlichen Scheidemauer des Art. 661 Code civil, RheinA. **105** I 324. Für die vor 1900 nach Art. 661 Code civil begründete, auf dem Mauergrundstücke lastende gesetzliche Dienstbarkeit zugunsten des Nachbars, durch Ersatz des halben Mauerwerts die Gemeinschaft der Scheidemauer herbeizuführen, bleibt — auch bei einem Anbau nach 1900 — das alte Recht maßgebend (vgl. auch Art. 218). a) Der Verkäufer des Mauergrundstücks, der sich dabei den durch den künftigen Anbau bedingten Ersatzanspruch vorbehält, hat deshalb trotz des Vorbehalts keine Ansprüche gegen den anbauenden Nachbar; der Vorbehalt ist ohne dingliche Wirkung; nur sein Käufer ist ihm obligatorisch verpflichtet, ihm alle Vorteile aus der Mauer zu belassen und zu verschaffen, z. B. auch im Falle einer (unbegründeten) Klage des Vorbehaltsverkäufers gegen den anbauenden Nachbar darin einzuwilligen, daß der von diesem gemäß § 75 ZPO. hinterlegte Betrag an jenen ausgezahlt wird, und bei einer Weiterveräußerung des Mauergrundstücks seinem Käufer unter Mitteilung jenes Vorbehalts die gleichen Verpflichtungen aufzuerlegen. Der neue Erwerber hat dann zwar das Mauergrundstück ohne den bedingten Ersatzanspruch gekauft, wird aber mit der Auflassung trotzdem Eigentümer auch dieses Grundstücksbestandteils, den er also auf Kosten des Vorbehaltsverkäufers ohne Rechtsgrund erlangt. Dieser hat gegen ihn bei Einziehung des halben Mauerwerts im Anbaufall einen Bereicherungs- und in Fällen des § 75 ZPO. einen Einwilligungsanspruch. In der Mitteilung des Vorbehalts beim Weiterverkaufe kann unter Umständen auch ein Vertrag zugunsten des Vorbehaltsverkäufers liegen, der dann unmittelbar auch vertragliche Rechte gegen den neuen Erwerber hat. b) Entsprechendes gilt von der Abtretung des Ersatzanspruchs vor der Vergemeinschaftung: sie ist ohne dingliche Wirkung und, da sie dem Zessionar keine Rechte gegen den Nachbar verschafft, sondern den Zedenten nur obligatorisch verpflichtet, dem Zessionar die Vorteile aus der Mauer zu verschaffen, keine Abtretung im Rechtssinne. Wie beim Vorbehalte hat der Zessionar gegen den Singularrechtsnachfolger seines Zedenten im Grundstücksbesitze nur einen Bereicherungsanspruch und höchstens beim Vorliegen eines Vertrags zu seinen Gunsten hieraus einen Vertragsanspruch.

II. R e c h t s p r e c h u n g. (S. auch zu Artt. 124, 189.) 1. RheinA. **105** I 43 (Cöln). Der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten der unter der Herrschaft des Code civil errichteten Scheidemauer geht gegen den jeweiligen Eigentümer des

Nachbargrundstücks auch dann, wenn der Nachbar erst nach dem 1. Januar 1900 den Giebel für den Bau zu benutzen begonnen hat.

2. RheinA. **104** I 35 (Cöln). Der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten der unter der Herrschaft des Code civil errichteten Scheidemauer ist ein Bestandteil der mit der Errichtung der Mauer begründeten Dienstbarkeit. Er besteht unter dem BGB. unverändert fort, gemäß Artt. 124, 184, 218 EG. in Verbindung mit Artt. 23, 24 PrAG., und bedarf zur Wirksamkeit gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Nachbargrundstücks nicht der Eintragung in das Grundbuch.

3. ElsLothNotZ. **08** 90 (Colmar). Ein vor der Einführung des BGB. als Superfizies begründetes Recht ist jetzt als Erbbaurecht einzutragen. Es findet aber von den Bestimmungen des BGB. auf dieses Recht nur der § 1017 Anwendung, im übrigen nach Art. 184 EG das frühere Recht, besonders auch wegen der Frage, ob mit dem Untergange des Gebäudes das Recht erlischt.

4. **RG. 66** 28. Nach dem Inkrafttreten des BGB. kann die Eintragung einer zu dieser Zeit ohne Eintragung bestehenden persönlichen Dienstbarkeit gegenüber einem dritten Erwerber des belasteten Grundstücks nicht verlangt werden, weil das vor dem 1. Januar 1900 begründete Recht mit dem Inhalte bestehen blieb, den es nach dem bisherigen Rechte hatte, also auch mit dem Mangel, der ihm infolge der unterbliebenen Eintragung nach dem bisherigen Rechte anhaftet.

5. **RG.** JW. **08** 287, R. **08** 318 Ziff. 1914. Die Berechtigung der mitoyenneté oder copropriété avec indivision forcée des rheinischen Rechtes (Code civil Art. 661) an der Grenzmauer, die nach dem BGB. durch Artt. 184, 187 aufrechterhalten ist, begründet jetzt nur noch das Recht auf Übertragung des Sondereigentums an der Grenzmauer bis zur geometrischen Hälfte.

6. **RG.** RheinA. **105** II 242. Nach rheinisch-französischem Rechte erwarb der Grundstückseigentümer dadurch, daß er die Grenzmauer seines Nachbars unter dessen Duldung bei dem Anbau in Benutzung nahm, das dingliche Recht, die Grenzmauer sowohl wie bisher weiter zu benutzen, als auch sie jederzeit gemeinschaftlich zu machen. Dieses Recht ist durch Inkrafttreten des BGB. nicht berührt worden.

Art. 186. *S a w i t z , Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB., 29 ff. Landesherrliche Verordnung bestimmt zwar, wann ein Grundbuch als angelegt anzusehen ist, so daß vor Erlaß einer solchen Verordnung ein Grundbuch im Sinne des BGB. nicht existiert; andererseits aber ist das durch landesherrliche Verordnung als angelegt anzusehende Grundbuch nur dann Grundbuch im Sinne des BGB., wenn die zwingenden für die Anlegung vorgeschriebenen Vorschriften beobachtet worden sind.

Art. 189. (S. auch zu Art. 170 Ziff. 7, 124, 184.) 1. OLG. **16** 158, DJZ. **08** 197 (KG.). Nach Art. 189 EG. erfolgt, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, die Begründung eines Rechtes an einem Grundstücke nach den bisherigen Gesetzen. Einen Unterschied zwischen den notariellen und den formellen Vorschriften der bisherigen Gesetze macht Art. 189 nicht (P l a n c k [3] 371 Anm. 2). Er bezieht sich jedoch nur auf die Vorschriften des Liegenschaftsrechts. Zu diesen gehören auch die Bestimmungen darüber, wie eine Hypothek auf Grund eines Hypothekentitels erworben wird. Ein Hypothekentitel, den erst das neue Recht geschaffen hat, kann daher in denjenigen Bezirken, in welchen das Grundbuch als noch nicht angelegt anzusehen ist, zum Erwerb einer Hypothek nur dann führen, wenn dies gemäß Art. 218 EG. durch Landesgsetze bestimmt ist. Dies ist in Preußen nicht der Fall.

2. **RG.** R. **08** 237 Ziff. 1402. Aus Art. 189 ist per argumentum e contrario zu folgern, daß sich nach Anlegung des Grundbuchs die Aufhebung einer ins Grundbuch eingetragenen Grundgerechtigkeit, auch wenn diese vor dem Inkrafttreten des BGB. begründet worden war, nur nach dem Rechte des BGB. bestimmt.

3. BayObLG. **9** 418. Die Frage, ob und wie eine Dienstbarkeit begründet werden kann und welche rechtlichen Wirkungen ihre Begründung hat, ist bis zu

der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach den bisherigen Gesetzen zu beantworten.

4. **RG.** JW. **08** 443 Ziff. 6, R. **08** 428 Ziff. 2477. War nach früherem (irrevisiblen) Hamburger Grundbuchrechte die dauernde Überschwemmung eines Grundstücks durch einen öffentlichen Fluß nicht geeignet, das im Grundbuch eingetragene Privateigentum zu vernichten, so ist an diesen Rechtsverhältnissen durch das Inkrafttreten des neuen Grundbuchrechts, welches allerdings einen solchen Rechtssatz nicht kennt, nichts geändert worden.

Art. 192. BayObLG. 8 362. Nach dem bayrischen G. v. 15. Mai 1906 betr. die Überleitung von Hypotheken kann eine unter der Herrschaft des früheren Rechts begründete Nebensachhypothek nicht nach § 1180 des BGB. für eine andere Forderung bestimmt werden.

Art. 199. RG. BadRpr. **08** 9. Die Frage der Gültigkeit einer Schenkung unter Ehegatten richtet sich nach dem Personalstatute der Ehegatten.

Art. 200. Osnabrückisches Ehegüterrecht. 1. **RG.** R. **08** 236 Ziff. 1400. Auch die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes einer Ehe, die beim Inkrafttreten des BGB. bereits durch den Tod des einen Ehegatten gelöst war, sind allein nach den Vorschriften des früheren Rechtes zu beurteilen. Unter erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes kann nichts anderes verstanden werden als die erbrechtlichen Grundsätze, die nach Maßgabe des betreffenden altrechtlichen Güterrechts als eine Folge dieses Güterrechts selbst erscheinen. Die Frage, ob eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes vorliegt, ist aus dem in Betracht kommenden einzelnen Güterrechte selbst zu beantworten. Art. 200 Abs. 1 Satz 2 spricht allgemein von den erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes und unterscheidet nicht zwischen den Rechten des überlebenden Ehegatten und den Rechten der Abkömmlinge (Abschichtung, Totteilung) Die nach Osnabrückischem Ehegüterrecht in der Abschichtung der Kinder aus einer gütergemeinschaftlichen Ehe enthaltene Abfindung ihrer Erbansprüche an das Vermögen des abschichtenden Elternteils ist eine Folge dieses Güterstandes.

2. WürttJ. **20** 32 (Stuttgart). Die Vorschrift des § 1435 BGB. gilt nicht für Eheverträge, die in einer am 1. Januar 1900 schon bestehenden Ehe geschlossen werden.

3. OLG. **16** 216 (KG.). Das Wahlrecht des § 496 II. 1 ALR. steht dem überlebenden Ehegatten dann nicht zu, wenn der andere Gatte nach dem 1. Januar 1900 verstorben ist.

4. SeuffA. **63** 49, BöhmsZ. **08** 146 (Hamburg). Im Art. 200 EG. ist bestimmt, daß auf bestehende Ehen das bisherige Recht anzuwenden sei, er bestimmt einschließend auch die Anwendung des bisherigen internationalen Privatrechts auf diese Ehen, so daß also, wo bisher der Rechtssatz galt, daß der erste eheliche Wohnsitz das Güterrecht bestimme, die am 1. Januar 1900 bereits vorhandenen Ehen ihm auch in Zukunft unterworfen blieben. Der Art. 200 statuiert also für bestehende Ehen ein besonderes örtliches Recht und stellt sich somit für seinen Bereich als Ausnahmevorschrift gegenüber dem Grundsatze des Art. 15 dar. Desgleichen schränkt Art. 200 die Geltung des Art. 15 zeitlich ein.

Art. 201. 1. **RG.** R. **08** 131 Ziff. 796. Zur Unterstützung einer Scheidungsklage (gemäß § 1573 BGB.) können Tatsachen, welche in die Zeit vor 1900 fallen, auch dann herangezogen werden, wenn sie nach altem Rechte einen Scheidungsgrund nicht geben (**RG.** JW. **03** 88).

2. RheinA. **104** I 146 (Düsseldorf). Im früheren Gebiete des französischen Rechtes ist das Recht auf Ehescheidung wegen einer vor dem 1. Januar 1900 liegenden Verfehlung (Ehebruch) seit Inkrafttreten des BGB. erloschen, auch wenn die häusliche Gemeinschaft früher als zehn Jahre nach Eintritt des Scheidungs-

grundes aufgehoben und nicht wiederhergestellt ist. Art. 169 EG. ist auf die zehnjährige Ausschlußfrist des § 1571 Abs. 1 BGB. nicht entsprechend anwendbar.

Art. 202. RheinA. **104** 132 (Cöln). Die nach italienischem Rechte rechtswirksame, gerichtlich bestätigte Vereinbarung der Trennung der Ehe von Tisch und Bett ist kein Erkenntnis im Sinne des Art. 202 EG. Jene Vereinbarung ist in Deutschland weder nach § 328 ZPO., noch nach dem HaagEheschlAbk. vom 12. Juni 1902 (RGBl. **04** 221), noch überhaupt nach allgemeinen Vorschriften des internationalen Privatrechts als rechtswirksam anzuerkennen. Art. 14 EGBGB. hat, soweit die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander durch zwingende Vorschriften des BGB., zu denen § 1353 gehört, geregelt sind, rückwirkende Kraft.

Art. 203. HansGZ. **08** Beibl. 250 (Hamburg). Der Verzicht eines Minderjährigen auf die Quote am Samtgute (bremisches eheliches Güterrecht) bedarf nach BGB. der obervormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Dies ist eine zwingende Schutzvorschrift, die auch anzuwenden ist, wenn es sich um die vor 1900 begründete Gütergemeinschaft handelt.

Art. 204. R. **08** 454 Ziff. 2584 (BayObLG.). Die nach Art. 204 Abs. 1 aufrechterhaltenen Beschränkungen des früheren Rechtes, mögen sie den Vorschriften des BGB. entsprechen oder nicht, unterliegen im übrigen dem neuen Rechte.

Art. 213. I. 1. *Buchholz, Altrechtliche gemeinschaftliche Testamente unter der Herrschaft des BGB. (Rostocker Diss. 1908). Wenn dem Erblasser selbst gemäß Art. 214 Abs. 2 die Anfechtungsbefugnis des neuen Rechtes (§§ 2079, 2080, 2281 BGB.) fehlt (s. die Note zu Art. 214 Abs. 2), so kann auch ein Dritter, obgleich er grundsätzlich gemäß Art. 213 die Anfechtungsbefugnis nach dem neuen Rechte besitzt, dessen ungeachtet in diesem Falle nicht anfechten. Denn was dem Erblasser selbst für seine eigene Willenserklärung gemäß Art. 214 Abs. 2 durch die Schranken des alten Rechtes versagt ist, das kann einem Dritten nach der Natur der Sache und dem Willen des Gesetzgebers, „die materielle Gerechtigkeit zu schützen" (Mot. z. EG. 311/12), erst recht nicht gestattet sein.

2. *Wimpfheimer, Liquidation. Der Begriff des Erbschaftsliquidationsverfahrens ist unklar; wahrscheinlich ist dabei an die Aufrechterhaltung des alten preußischen Erbschaftsliquidationsprozesses gedacht (27 A).

3. Metzges, DJZ. **08** 472. Die Bestimmung des PrGKG. § 81 Abs. 5 über die Kostenerleichterung, wenn ein Erbschein nur zur Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht gebraucht wird, ist auch auf die jetzt noch häufig vorkommenden Erbbescheinigungen des früheren Rechtes anzuwenden (gegen KGJ. **35** 26).

II. Rechtsprechung. 1. KGJ. **35** A 119 (KG.). Wird ein vor dem 1. Januar 1900 verstorbener Erblasser nach gemeinem Rechte beerbt, so sind auf Antrag in der gemäß dem PrG. vom 12. März 1869 erteilten Erbbescheinigung neben dem Erbrecht auch die Erbquoten der Erben anzugeben. Hat ein vor dem 1. Januar 1900 verstorbener, nach gemeinem Rechte beerbter Erblasser Geschwister als Erben hinterlassen, die auch der Delation der Erbschaft, aber vor der Annahmeerklärung mit Hinterlassung von Kindern verstorben sind, so erben diese Kinder nach Stämmen. Der Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß der Vormund eines als Erben berufenen volljährigen Wahnsinnigen nicht zum Erbschaftsantritte für den Mündel befugt ist, sondern nur den vorläufigen Verwaltungsbesitz der Erbschaft bis zur Wiedergenesung des Wahnsinnigen verlangen kann, hat für einen vor dem 1. Januar 1900 eingetretenen Erbfall noch Gültigkeit.

2. HansGZ. **08** Beibl. 50 (Hamburg). Für die Haftung des Nachlasses aus unerlaubten Handlungen der Testamentsvollstrecker zweier vor 1900 verstorbener Erblasser, die nach dem 1. Januar 1900 begangen sind, ist das neue Recht maßgebend, da es sich nicht um ein vor 1900 entstandenes Schuldverhältnis handelt.

3. **RG.** R. **08** 270 Ziff. 1583. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Testamentsvollstrecker, der von einem vor dem Inkrafttreten des BGB. verstorbenen Erblasser bestellt ist, aus seiner Stellung als Testamentsvollstrecker zu entlassen ist, ist auch, soweit es sich um Vorgänge aus der Zeit nach dem 1. Januar 1900 handelt, allein nach dem früheren Rechte zu beurteilen (**RG. 46** 70 ff.).

4. HansGZ. **08** Beibl. 10, 11 (Hamburg). Nach gemeinem und hamburgischem Rechte war sowohl ein vertragsmäßiges als ein letztwilliges Zessionsverbot wirksam. Es wirkt für eine gemäß Art. 213 EG. auch jetzt noch nach dem alten Rechte zu beurteilende erbrechtliche Forderung auch nach dem Inkrafttreten des BGB. fort.

Art. 214. I. *Buchholtz, Altrechtliche gemeinschaftliche Testamente unter der Herrschaft des BGB. Die im Art. 214 Abs. 2 statuierte „Bindung" des Erblassers ist entgegen Planck, BGB. VI Note 4 e zu Art. 214 mit Habicht, Einwirkung 757—761 im weiteren Sinne zu verstehen. Nachdem der Gesetzgeber im Art. 214 Abs. 1 für alle altrechtlichen Verfügungen den ursprürglich gültigen Bestand dem alten Rechte unterstellt, wollte er zur Wahrung der materiellen Gerechtigkeit gegenüber dem Mitkontrahenten oder Mittestator im Art. 214 Abs. 2 auch die den gemeinschaftlichen Verfügungen eigentümliche Bindung des Erblassers (den Fortbestand) fortgesetzt dem alten Rechte unterwerfen. Die Ansicht von Planck, daß die statuierte Bindung sich nur auf die willkürliche Lösung der Bindung (Lösung des Fortbestandes der Verfügung) des Erblassers, durch Widerruf oder Errichtung einer neuen Verfügung erstrecke, nicht aber auf die den Bestand der Verfügung unmittelbar erschütternde, bei gewissen Voraussetzungen entweder unmittelbar kraft Gesetzes oder unter Hinzukommen einer Anfechtungserklärung eintretende Lösung der Bindung (des Fortbestandes) ist gegenüber dem leitenden Gesichtspunkte der materiellen Gerechtigkeit gegenüber dem Mittestator nicht haltbar. Die Auslegung des Begriffs „Bindung" (Art. 214 Abs. 2) im bezeichneten Sinne von Planck würde auch zu einer großen Rechtsunsicherheit führen.

II. Rechtsprechung. 1. KGJ. **35** A 202 (KG.). Ein unter der Herrschaft des ALR. dem Vorbehalt im Testamente gemäß außergerichtlich errichteter Nachzettel hat, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des BGB. gestorben ist, trotz gleichzeitiger Eröffnung und Ausfertigung mit dem Testamente für den Grundbuchverkehr nicht die Bedeutung einer öffentlichen Urkunde. In einem solchen Nachzettel konnte eine Testamentsvollstreckung, nicht aber eine Nacherbfolge wirksam angeordnet werden.

2. BayObLG. 8 411. Die Frage, inwieweit Anordnungen, die in einer gültig errichteten letztwilligen Verfügung getroffen sind, ihrem Inhalte nach der rechtlichen Wirksamkeit fähig sind, ist bei einer unter der Vorschrift des BGB. eintretenden Erbfolge nach dessen Vorschriften zu beantworten. Dagegen sind für die Frage der Bindung des Erblassers bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten gemeinschaftlichen Testamente die bisherigen Gesetze maßgebend. Nach dem gemeinen Recht erlischt das Widerrufsrecht, wenn sich das beiderseitige Vermögen, worüber die Ehegatten auf den Fall des Todes des zuletzt verestrbenden Teils verfügt haben, dadurch vereinigt hat, daß der überlebende Teil die Erbschaft des anderen Teils angetreten hat.

3. BayObLG. 8 349, SeuffA. **63** 22. Bei einem Erbvertrag, der vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtet worden ist, bestimmt sich die Bindung des Erblassers nach den bisherigen Gesetzen, die hiernach zulässige Aufhebung des Erbvertrages erfolgt aber unter der Herrschaft des BGB. nach dessen Vorschriften. Nach diesen können Ehegatten einen von ihnen geschlossenen Erbvertrag durch ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament aufheben und zwar auch dann, wenn der Erbvertrag vor der Eingehung der Ehe geschlossen wurde.

4. BayObLG. 8 424. Hat der Erblasser in der vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten letztwilligen Verfügung auf eine bestimmte Vorschrift des früheren Rechts durch Verweisung darauf oder Wiedergabe ihres Inhalts Bezug genommen, so ist seine Verfügung in dem Sinne zu verstehen, der sich aus der Bezugnahme ergibt.

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Literatur: Lehrbücher und systematische Darstellungen: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Stuttgart 1903. — Gareis, Das deutsche Handelsrecht (7). Berlin 1903. — Derselbe in Hinnebergs Kultur der Gegenwart. Berlin-Leipzig 1906. — Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaften (6). Leipzig 1904. — Hahn, Das deutsche Handels und Seerecht (2). Berlin 1905. — Heilfron, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. III. Teil. Lehrbuch des Handelsrechts, I. Bd. Berlin 1907. II. Bd. Berlin 1909 (in Vorb.). — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Leipzig 1907/08. — Kommentare und Handausgaben: Basch (6). Berlin 1907. — Behrend (2) Leipzig. 1908. — Düringer-Hachenburg (2). Stuttgart 1908. I. Bd. — Friedberg (8). Leipzig 1907. — Gareis (3). München 1904. — Goldmann. Berlin 1901/05. — Kohler, Meyer, Trempler (3), Die Handelsgesetze des Erdballs. Berlin 1906/09. — Lehmann-Ring. Berlin 1899, 1903. — Lithauer (13). Berlin 1905. — Makower (13). Berlin 1906/07. — Staub (8). Berlin 1906/07. —

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. I. Abs. 1. 1. *Tomalla, Ist der Kommanditist Kaufmann im Sinne des HGB.? GoldschmidtsZ. **63** 43—70. Auch der Kommanditist ist Kaufmann dem auf gemeinschaftlichen Gewerbebetrieb gerichteten Zwecke der Kommanditgesellschaft zufolge. Der verhältnismäßig geringe Wert seiner Kaufmannsqualität erklärt sich aus dem Umstande, daß er Gemeinschaftskaufmann im Gegensatze zum Einzelkaufmann ist und hinsichtlich des Umfanges seiner Rechte und Pflichten selbst hinter dem persönlich haftenden Gesellschafter zurücksteht. Die wichtigsten Konsequenzen sind: er kann, falls er sonst dazu qualifiziert ist (§ 112 GVG.), zum Handelsrichter ernannt werden. Das nämliche gilt von seinem aktiven und passiven Wahlrechte zum Amte eines Beisitzers des Kaufmannsgerichts. ➞ Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten hat — und wohl zutreffend — OLG. Hamburg verneint (s. JDR. **5** 637). Red. ⟵

2. **RG.** BankA. **7** 381, R. **08** II 315, 345. Jeder, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB. betreibt, und dessen Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ist Vollkaufmann, auch wenn das Geschäft nach seiner Art einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordern sollte. ➞ Diese Entsch. des VI. ZS. steht im bewußten Gegensatze zu den Entsch. des IV. u. II. StS. (**RG. 34** 102, **35** 289), welche auch einen umfangreichen Handelsbetrieb zum Kleingewerbe rechnen, wenn er nach seiner Art kaufmännische Einrichtungen nicht erfordert. Der horror pleni hat auch hier von der Herbeiführung einer Plenarentscheidung absehen lassen. Red. ⟵

II. Abs. 2. 1. Ziff. 1. Saeger, LeipzZ. **08** 763. Die Inhaber von Fremdenpensionaten sind, auch wenn sie den bei ihnen wohnenden Fremden Verpflegung gewähren, nicht Kaufleute nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1; denn ihr Betrieb ist in der Regel, besonders bei den Pensionaten in Sommerfrischen, nur ein kleingewerblicher. Sie könnten ausnahmsweise Kaufleute aus § 2 sein, wenn ein Pensionat nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte.

2. Ziff. 7. R. **08** II 177 (KG.). Die geschäftliche Vereinigung mehrerer zu einer

Theateragentur ist als offenes Handelsgeschäft nur zulässig, wenn jene Vollkaufleute sind oder § 2 HGB. anwendbar ist.

§ 2. Vgl. JDR. **1—6**.

§ 3. Hagemann, LeipzZ. **08** 848. Der „Kann-Kaufmann" kann seine Kaufmannseigenschaft wieder abstreifen, ohne sein Nebengewerbe aufzugeben. Denn die Kaufmannseigenschaft hängt bei ihm nicht, wie beim Muß- und Sollkaufmann der §§ 1 und 2 HGB., am Gewerbe, sondern an der Firma, das ist an dem Namen, unter dem er sein Geschäft in das Handelsregister hat eintragen lassen.

§ 4. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 223, HoldheimsMSchr. **08** 105, GruchotsBeitr. **52** 1103. Darüber, ob der Beklagte Minderkaufmann oder Vollkaufmann ist, entscheidet nicht der Tag der Verwirkung der Vertragsstrafe (d. i. der Tag der Weigerung ferneren Bierbezugs), sondern der Tag des Strafversprechens.

2. **RG.** JW. **08** 148, HoldheimsMSchr. **08** 105, ElsLothZ. **08** 389. Für den Begriff des „Minderkaufmanns" ist nicht allein der Jahresumsatz entscheidend.

3. RJA. **9** 153, KGJ. **35** A 145 (KG.). Durch § 4 ist dem Handwerker und Minderkaufmanne der Gebrauch jeder Firma schlechthin untersagt. Ihr Name ist keine Firma und kann deshalb auch nicht wie eine solche bei der Veräußerung des Gewerbebetriebs mit übertragen werden.

§ 5. Vgl. JDR. **2**, **4** u. **5**.

§ 6. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

Literatur: Adler, Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit und sein öffentlicher Glaube. Berlin 1908.

§ 8. Vgl. JDR. **2**.

§ 9. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 11. *Adler, Handelsregister 16 ff. Zur Publikation der zur Veröffentlichung von Handelsregistereintragungen gewählten Zeitungen besteht kein gesetzlicher Zwang, es genügt bloße Notiz zu den Akten, die vielleicht in der Gerichtsschreiberei eingesehen werden können. Die Bestimmung eines Publikationsblatts neben dem Reichsanzeiger ist genügend.

§ 12. Vgl. JDR. **2—4** u. **6**.

§ 13. Marcus, HoldheimsMSchr. **08** 99 f. Von den ausländischen Gesellschaften mit in Deutschland begründeten Filialen kann der Registerrichter die Einreichung der im § 13 Abs. 1 HGB. benannten Urkunden nicht verlangen.

§ 14. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 15. 1. Abs. 1. *Adler, Handelsregister 22 ff. Das Handelsregister genießt keinen öffentlichen Glauben wie etwa das Grundbuch. Ist z. B. eine Tatsache ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, die sachlich unrichtig ist, so können dies prinzipiell beide Parteien geltend machen, d. h. der Dritte darf sich nicht auf die Eintragung und Bekanntmachung verlassen, einige Ausnahmen, z. B. Eintragung einer Aktiengesellschaft oder einer Firma.

2. Abs. 2. R. **08** II 677 (Colmar). Wer als Liquidator einer oHG. in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden, ist legitimiert, unter Berufung auf seine Bestellung zum Liquidator von dem Gegner die von ihm an die Gesellschaft geschuldete Leistung einzufordern, und braucht sich von ihm nicht entgegenhalten zu lassen, daß er einer schriftlichen Ermächtigung der Gesellschaft oder einer gerichtlichen Anordnung seiner Empfangsberechtigung bedürfe.

3. Abs. 3. **RG.** SeuffA. **63** 70, GruchotsBeitr. **52** 685. Hinsichtlich der im Geschäftsverkehre mit der eingetragenen Zweigniederlassung begründeten Forderungen und Verbindlichkeiten kann eine von der gesetzlichen Regel des § 25 Abs. 1 abweichende Vereinbarung einem Dritten gegenüber nur wirksam sein, wenn sie in das Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragen und bekannt gemacht ist.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. I. Abs. 1. 1. *Schwarz, ABürgR. **32** 109. Die Firma ist in Wirklichkeit eine Zweckbezeichnung: was A. unter dem Namen der Firma unternimmt, unternimmt er zu Zwecken des Handelsgeschäfts. Was jemand der „Firma" schuldet, schuldet er nicht dem allgemeinen, sondern dem kaufmännischen Zwecke des A. Wenn es üblich wäre, die anderen rechtlich anerkannten Lebenszwecke ebenso wie den Geschäftszweck mit einem besonderen Namen zu versehen, so könnten diese Rechtskreise in der Umgangssprache ebenso scharf unterschieden werden, wie man heute den bürgerlichen Namen des A. von seiner Firma unterscheidet.

2. HoldheimsMSchr. **08** 47. Betreibt ein Einzelkaufmann zwei selbständige Geschäfte unter besonderer Firma, so sind die im Betriebe der einen Firma entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten nicht auch solche der anderen.

II. Abs. 2. **RG.** LeipzZ. **08** 374, R. **08** II 280. Von einer solidarischen Verurteilung der Firma eines Einzelkaufmanns und des Inhabers dieser Firma kann keine Rede sein. Firma und Inhaber sind dieselbe Rechtsperson. Die Firma selbst ist nur Parteibezeichnung.

§ 18. Abs. 1. RJA. **9** 91 (KG.). Wenn die Firma den Vor- und Familiennamen der Firmeninhaber nur in Klammern enthält, so kann der Name nicht als wesentlicher Bestandteil im Sinne des § 18 Abs. 1 bezeichnet werden. Eine solche Firma ist unzulässig.

Abs. 2. 1. OLG. **16** 81, BankA. **7** 171 (KG.). Eine oHG. mit verhältnismäßig geringem Kapitale, welche sich dem An- und Verkaufe von Grundstücken, sowie dem Hypotheken- und Wechseldiskontgeschäfte widmet, bedient sich eines irreführenden und deshalb unzulässigen Firmenzusatzes, wenn sie sich als „Landbank" oder als „Ostpreußische Landbank" bezeichnet.

2. R. **08** II 574 (BayObLG.). Arbeitsteilung und Maschinenbetrieb genügen nicht zum Begriff einer „Fabrik", wenn daneben der gesamte Betrieb, sowohl die Zahl der Arbeiter, die Geschäftsräume und Einrichtungen, als auch die Produktion betreffend, so klein ist, daß man ihn als einen handwerksmäßigen ansehen muß. Alsdann darf der Firma aber auch kein Zusatz beigefügt werden, der den Geschäftsbetrieb als einen fabrikmäßigen kennzeichnet.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 374, HoldheimsMSchr. **08** 125 (bestätigt JDR. **6** 608 § 18 Abs. 2 Ziff. g). In solchem Falle kann die Unterlassung des Gebrauchs des Namens „Bauer" auch nicht auf Grund § 12 BGB. belangt werden, weil das Interesse des Klägers durch einen Firmenzusatz, dem die Beziehung zur Familie Bauer fehlt, nicht verletzt werden kann. S. BGB. § 12 Ziff. 2.

4. **RG.** LeipzZ. **08** 789. Wenn es sich um die Prüfung der Verwechselungsmöglichkeit zweier Firmen handelt, kommt vornehmlich das in der Firma enthaltene Schlagwort in Betracht. Dies muß zumal dann gelten, wenn im Verkehr Abkürzungen einer Firma gebräuchlich geworden sind, wie dies gerade bei den weit berühmten Firmen echter französischer Champagnerfabriken der Fall ist (H. G. Mumm u. Co. wider Maria Mumm u. Co.). Keine ausreichende Unterscheidung bietet Verschiedenheit des Namens des Ortes der Niederlassung; denn der Ortsname ist kein Teil der Firma.

§ 19. KGJ. **35** A 150, R. **08** II 177 (KG.). Unter „Namen" ist im § 19 Abs. 1 der Familienname zu verstehen. Die Verwendung eines Pseudonyms ist sowohl bei der Firmenbildung des Einzelkaufmanns, als auch für die von Handelsgesellschaften unzulässig.

§ 20. Vgl. JDR. 2

§ 21. Vgl. JDR. 2.

§ 22. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **08** 87. Aus § 22 und dessen Grundgedanken ist nicht herauszulesen, daß die Fortführung einer abgeleiteten Firma als einer „unveränderten" die Zusatzwahl von Geschäftsbezeichnungen oder ihre Veränderung im Rahmen des § 18 Abs. 2 ausschließt. LG. I Berlin hat deshalb im Gegensatze zum Registerrichter die Änderung der Altfirma Viktoria-Drogerie in „-Drogenhaus" gestattet, weil der Zweck dieser Änderung, den Übergang vom Detailgeschäfte zum Engrosgeschäfte zu markieren, ein motiviertes Interesse darstellt.

2. RheinARV. **26** 61 (LG. Crefeld). Die Übertragung einer nicht im Handelsregister eingetragenen Firma auf eine Handelsgesellschaft ist zulässig, weil, abgesehen von den Fällen der §§ 2, 3 HGB., die Firma eines Kaufmanns nicht erst durch Eintragung entsteht.

3. RJA. **9** 46 (KG.). Bei der Veräußerung des Handelsgeschäftes des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter ist zur Fortführung der Firma seitens des Erwerbers die Einwilligung des Gemeinschuldners erforderlich, auch wenn ein Name in der Firma nicht enthalten ist.

4. **RG.** WarneyersErgBd. **08** 58. Eine Firma wird durch den Zusatz „Aktiengesellschaft" nicht derart geändert, daß nicht von „Fortführung der bisherigen Firma" gesprochen werden könnte.

5. **RG.** DJZ. **08** 425. Verkauft ein 70 Jahre alter Kaufmann sein Geschäft mit der Firma, so ist nach Treu und Glauben als selbstverständlicher Bestandteil des Vertrags das Verbot anzusehen, Verkäufer dürfe an demselben Orte kein Konkurrengeschäft eröffnen.

§ 23. BayObLG. **9** 480 (BayObLG.). Die Befugnis zur Fortführung eines Handelsgeschäftes kann nur dem Erwerber des Geschäfts im ganzen eingeräumt werden, kann aber nicht mit einem einzelnen Geschäftszweige, den der Erwerber zu einem neuen selbständigen Handelsgeschäfte macht, auf den Nachfolger übergehen.

§ 24. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 237, JW. **08** 461, R. **08** II 527. Bei einer Firma „Gebr. G." ist der Familienname jedes der Brüder G. in der Firma inbegriffen, es bedarf also bei dem Ausscheiden eines der Brüder zur Fortführung der Firma einer ausdrücklichen Einwilligung.

§ 25. I. Abs. 1. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 59. § 25 Abs. 1 bezieht sich auch auf bedingte und betagte Verbindlichkeiten.

2. LeipzZ. **08** 82 (KG.). Der Erwerb des Geschäfts ist nicht notwendig verbunden mit dem Erwerbe des Warenlagers und Inventars. Der Begriff „Geschäft" umfaßt außer Aktiven und Passiven eine Summe anderer Bestandteile, die keine körperlichen Werte bilden, so besonders die bestimmte Kundschaft, Ruf und Beziehungen des Geschäfts ꝛc. Demnach ist nicht die Veräußerung der körperlichen Sachen, sondern der nach außen erkennbar betätigte Wille der Geschäftsinhaber dafür ausschlaggebend, ob das Geschäft fortgeführt wird.

3. **RG.** R. **08** II 407. Eine Geschäftsübertragung im wirtschaftlichen Sinne ist immer auch eine solche im Rechtssinne des § 25 HGB., wonach nichts weiter als eine Veräußerung des Geschäfts im großen und ganzen erfordert wird.

4. **RG. 69** 290, LeipzZ. **08** 853, DJZ. **08** II 1169, R. **08** II 527. Wenn das veräußerte Handelsgeschäft das gesamte Vermögen des Veräußerers darstellt, wie dies bei dem geschäftlichen Zweckvermögen juristischer Personen der Fall ist, so greift § 419 BGB. durch und setzt den § 25 Abs. 3 außer Anwendung. S. auch BGB. § 419 Ziff. 5.

5. R. **08** II 575 (BayObLG.). Die Übertragung der Firma gelegentlich der Abtrennung einer Verkaufsstelle ist unstatthaft, wenn das Restgeschäft am gleichen Orte unter der bisherigen Firma fortgeführt wird.

II. Abs. 2. 1. **RG. 67** 8, BankA. **7** 319, JW. **07** 831. Der Erwerber eines Handelsgeschäfts mit Firma, welcher durch Vertrag mit dem Veräußerer seine Haf-

tung für eine Schuld desselben ausgeschlossen hat, kann sich auf eine dem bisherigen Gläubiger hiervon gemachte Mitteilung auch gegenüber einem Dritten berufen, auf welchen die Forderung ohne sein Wissen durch rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Zession (§ 774 BGB.) übergangen war.

2. **RG.** R. **08** II 713. Wenn ein Handelsgeschäft mit der bisherigen Firma auf einen andern übertragen und die Nichtübernahme der Passiva durch den Erwerber nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist, so haftet der Erwerber für Geschäftsschulden, es sei denn daß unverzüglich nach der Geschäftsübertragung die Nichtübernahme der Schulden den Gläubigern mitgeteilt worden ist. Ebenso ist eine der Wahrheit nicht entsprechende Mitteilung über Nichtübernahme der Geschäftsschulden ohne Wirkung.

3. **RG.** R. **08** 713. Wer ein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma übernimmt und fortführt, haftet, wenn nicht die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB. vorliegen, auch für diejenigen Geschäftsschulden, die ihm der bisherige Geschäftsinhaber als nicht bestehend bezeichnet hat.

III. Abs. 3. **RG.** R. **08** II 407. Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Kaufleute, die vereinbart haben, innerhalb bestimmter Bezirke einander keine Konkurrenz zu machen, ihren Geschäftsnachfolgern, die das Geschäft ohne die alte Firma fortführen, vertragsmäßig die gleiche Pflicht auferlegen müßten, läßt sich nicht aufstellen. Es kann vielmehr nur unter besonderen Verhältnissen nach dieser Richtung eine Pflicht zur Bindung des Sondernachfolgers anerkannt werden. Hierzu reicht es nicht aus, daß das eine Geschäft früher eine Filiale des anderen Geschäfts gewesen und an der Konkurrenzklausel ein größeres Interesse gehabt hat.

§ 26. Vgl. JDR. **2**.

§ 27. KGJ. **35** A 152, RJA. **9** 159 (KG.). Werden Erben in Erbengemeinschaft als Inhaber einer Einzelfirma in das Handelsregister eingetragen, so ist die Eintragung der durch Vollmacht- (nicht Prokura-) Erteilung der Erben begründeten Vertretungsbefugnis einzelner Erben und der durch Abrede der Erben erfolgten Ausschließung der übrigen Erben von der Vertretung der Firma unzulässig.

§ 28. SächsRpflA. **08** 89 (Dresden). Zur Herbeiführung des Eintrags einer abweichenden Vereinbarung im Handelsregister und der Bekanntmachung ist in der Regel ebenso wie zur Kundmachung unmittelbar an die Gläubiger ein angemessener Zeitraum offen zu lassen; nur das ist zu erfordern, daß die Eintragung oder Mitteilung eher erfolgt, als bis sich nach den Anschauungen des Verkehrs die Meinung gebildet hat, daß der Eintritt in das Handelsgeschäft lediglich nach den gesetzlichen Bestimmungen erfolgt sei. Weist der mit der Entgegennahme der Anmeldung betraute Beamte den Antrag auf Eintragung der abweichenden Vereinbarung irrtümlicherweise zurück, so genügt es, wenn die Antragsteller, statt unverweilt die Entscheidung des Registerrichters anzurufen, die erstrebte Eintragung ohne erhebliche Verzögerung anderweit beantragen.

§ 29. Vgl. JDR. **2**, **3**, **5**, **6**.

§ 30. **RG.** R. **08** II 345. Daraus, daß bei dem Verkauf eines Handelsgeschäfts als Hauptgegenstand die Firma (der geschäftliche Ruf) mitverkauft ist, ergibt sich, ohne daß es hierüber noch einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf, als Verpflichtung des Verkäufers, daß er nicht durch Wahl einer Firma, welche die Verwechselung mit der verkauften nahelegt und damit den wirtschaftlichen Wert der verkauften Firma zu seinen Gunsten beeinträchtigt, in den Bestand des veräußerten Gutes eingreift.

§ 31. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 595, HoldheimsMSchr. **08** 256. Die Anordnung der Löschung einer Firma kann nicht im Wege einstweiliger Verfügung getroffen werden. Denn einstweilige Verfügungen dürfen die Grenzen nicht überschreiten, welche sich aus ihrer Natur als einer nur vorläufigen Maßregel ergeben. Eine solche Maßregel ist die Löschung einer Firma nicht; denn sie wirkt endgültig, weil

die im Register gelöschte Firma nicht ohne einen neuen Rechtsgrund wieder eingetragen werden kann.

2. BauersZ. **16** 18 (KG.). Auch das Erlöschen der Firma einer GmbH. ist zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Daraus, daß weder vorher noch gleichzeitig die Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren angemeldet wird, kann, da die Löschung der Firma die Löschung der Vertretungsbefugnis in sich begreift, ein Hinderungsgrund für die Löschung der Gesellschaft nicht entnommen werden.

§ 33. Vgl. JDR. **5**.

§ 34. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

§ 36. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 37. I. Abs. 1. Marcus, R. **08** II 205, wendet sich gegen die in der Praxis oft (so auch bei Staub [8] 196 Anm. 4) gefundene Verkennung des Unterschieds der beiden Absätze. Abs. 1 spricht nur vom Firmengebrauch im Widerspruche zu den Vorschriften des von der Handelsfirma handelnden Abschn. 3 Buch 1 HGB., Abs. 2 dagegen spricht von privater, nicht öffentlich-rechtlicher Rechtsverletzung durch unbefugten Firmengebrauch. Nur bei den Zuwiderhandlungen ersterer Art darf der Registerrichter einschreiten. In den Fällen des rechtsverletzenden Firmengebrauchs im Sinne des Abs. 2 ist der Registerrichter zum Eröffnen des Ordnungsstrafverfahrens nicht berufen, sondern dies bleibt der Prozeßrichter allein.

2. KGJ. **35** A 145 (KG.). Betreibt ein Handwerker oder Minderkaufmann sein Gewerbe unter dem Namen seines Vorgängers mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes, so gebraucht er damit, da § 4 HGB. den Handwerkern und Minderkaufleuten den Gebrauch jeder Firma untersagt, eine ihm nicht zustehende Firma. Das Handelsregistergericht ist daher berechtigt, ihm diesen Gebrauch des Namens seines Vorgängers zu untersagen.

3. LeipzZ. **08** 81 (BayObLG.). Benutzt ein Kaufmann die ihm nach den Vorschriften des HGB. zustehende Firma mißbräuchlich, so ist ein Einschreiten des Registerrichters im Wege des Ordnungsstrafverfahrens unzulässig. Darüber, ob auf Grund von § 8 UnlWG. eine Pflicht zur Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung oder des Gebrauches der Firma überhaupt besteht, kann nur im Rechtswege entschieden werden.

4. RJA. **9** 153 (KG.) bejaht die Befugnis des Registergerichts, einem Handwerker sowie einer Person, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, die Führung einer den Anschein einer kaufmännischen Firma erweckenden Geschäftsbezeichnung zu untersagen.

5. RJA. **9** 33 (KG.). Der Registerrichter ist befugt, einem Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen kein Handelsgewerbe ist oder nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, die Führung einer von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Firma zu untersagen.

II. Abs. 1. a) HansGZ. **08** Hptbl. 134. Der im § 13 WarenZG. für das Warenzeichenrecht ausgesprochene Satz, daß durch die Eintragung eines Warenzeichens niemand gehindert wird, Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit von Waren auf diesen, auf deren Verpackung oder Umhüllung anzubringen und derartige Angaben im Geschäftsverkehre zu gebrauchen, findet entsprechende Anwendung auf das Firmenrecht. Durch die Wahl einer Firma kann niemand gehindert werden, auf seinen Waren oder Preislisten oder sonst im Geschäftsverkehr Angaben über die Herkunft der Waren zu machen. Zwar enthält das HGB. keine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts: sie folgt aber daraus, daß im § 73 nur der unbefugte Gebrauch der Firma eines anderen verboten ist. Angaben über die Herkunft der Waren sind aber kein Gebrauch der Firma, geschweige denn ein unbefugter Gebrauch. **b) RG.** JW. **08** 18. Bei dem Erwerb eines Handels-

geschäfts liegt in der Zustimmung des früheren Firmeninhabers zur Fortführung der Firma im Zweifel zwar die Ermächtigung, die Firma auch für Zweigniederlassungen zu gebrauchen, dagegen nicht auch die Ermächtigung, die Zweigniederlassung mit der abgeleiteten Firma als selbständiges Geschäft weiterzuveräußern. c) KGJ. **36** A 127, RJA. **9** 231, FrankfRundsch. **08** 62, DJZ. **08** 1284 (KG.). Die Firma einer GmbH. muß zwar den ausgeschriebenen Zusatz „mit beschränkter Haftung" enthalten, so daß ihre Eintragung nur in dieser Form erfolgen kann und auch Formalakte die Anwendung dieser Form erfordern. Die Abkürzung des Zusatzes mittels der Buchstaben „mbH." stellt aber auch in diesen Fällen nicht den Gebrauch einer der Gesellschaft nicht zustehenden Firma im Sinne des § 37Abs. 1 dar.

III. Abs. 2. a) HansGZ. **08** Hptbl. 265 (Hamburg). Die Klage auf Löschung einer von einer eingetragenen Firma nur unerheblich abweichenden Firma ist gegeben, wenn die letztere einen Gesellschafter nur zu dem Zwecke aufnahm, um sich seines Familiennamens zu bedienen, der mit dem Namen der anderen wohlbekannten Firma übereinstimmt. b) **RG.** LeipzZ. **08** 594. Wer eigene Waren mit einer fremden Firma versieht, verletzt nicht das Firmenrecht. Denn er gebraucht nicht die Firma als eigene, sondern er kündigt eigene Waren als fremde an.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

Vorbemerkung: Die Frage nach der Buchführungspflicht des Einzelkaufmanns über sein Privatvermögen ist noch nicht zur Ruhe gekommen. Entscheidend dürfte sein, daß das RG. diese Frage jetzt in einem der Eigenart des Privatvermögens Rechnung tragenden Umfange bejaht hat.

Literatur: R. Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind. Leipzig 1908.

§ 38. Das Privatvermögen in der Bilanz des Einzelkaufmanns. 1. Adler, BankA. **7** 198 ff., 214 ff. Der Einzelkaufmann ist aus juristischen, wirtschaftlichen und technischen Gründen zur Buchführung über sein Privatvermögen nicht verpflichtet. Nach strengster juristischer Auffassung aber kann man aus dem Gesetze herauslesen, daß er jährlich auch ein Verzeichnis seines Privatvermögens und dazu einen bilanzartigen Abschluß machen muß, der aber aus wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht mit der Geschäftsbilanz vermengt werden darf, sondern unter dieser oder ganz von ihr abgetrennt seine Stelle zu finden hat. Dies involviert aber keineswegs eine allgemeine Pflicht zur regelmäßigen Buchführung über die Veränderungen des Privatvermögens, sondern nur insoweit, als eine Inventarisierung des Privatvermögens ohne sie nicht möglich ist.

2. Isengerdy, LeipzZ. **08** 55 ff. Das Privatvermögen des Kaufmanns ist in den Büchern nicht zu verbuchen.

3. *Fischer, Bilanzwerte 143 ff., 194 ff., 280, 300. Als oberste Norm sämtlicher im HGB. und im GmbHG. enthaltenen Buchführungs- und Bilanzvorschriften hat die durch § 38 HGB. gebotene Befolgung der Sitte ordentlicher Kaufleute zu gelten. In den Handelsbüchern werden nur die infolge der Geschäfte tatsächlich eintretenden Vermögensveränderungen ersichtlich gemacht. Auf Grund des jetzigen § 38, und zwar nicht nur mit Rücksicht auf seine Motivierung, sondern auch auf seine Fassung besitzt die kaufmännische Gepflogenheit Gesetzeskraft. Sie derogiert allen entgegenstehenden Ansichten, und zwar auch solchen, die der Gesetzgeber selbst anderweit aufgestellt hat, die sich jedoch, gemessen an der Anschauung und Sitte der Kaufleute, als falsch erweisen. Insbesondere gilt vermöge des § 38 die kaufmännische Sitte auch für die Bilanz, da diese die spezifische Vermögensaufstellung der Kaufleute auf Grund der Buchführung ist. ➵ Daß die kaufmännische Sitte der lex scripta

derogiere, kann natürlich ernstlich nicht behauptet werden, ist aber eine Kennzeichnung dafür, welche Verwirrung das betreffende Buchführungsproblem angerichtet hat. Red. ←

4. Baumann, SeuffBl. **08** 688 ff. Auch das Privatvermögen und Vermögen, welches in anderen, vielleicht wegen ihrer Art oder ihres Umfanges nicht buchführungspflichtigen Geschäften eines Kaufmanns steckt, darf bei der Buchführung nicht unberücksichtigt bleiben (**RG.** [Straff.] **25** 3). Die Pflicht des Einzelkaufmanns zur kaufmännischen Buchführung im weiteren Sinne erstreckt sich auch auf das nicht zum vollkaufmännischen Gewerbe gehörige Vermögen. Es muß daher in Inventur und Bilanz erscheinen, da diese die Lage des ganzen Vermögens ersichtlich zu machen haben (**RG.** LeipzZ. **08** 223). Es ist für die an sich bestehende Buchführungspflicht nicht von Einfluß, daß das betreffende Geschäft im Verhältnisse zum buchführungsbefreiten Hauptgeschäfte des Kaufmanns als Nebengeschäft sich darstellt (**RG.** [Straff.] **5** 409). Sogar der Privatgebrauch des Kaufmanns muß bei der Buchführung ersichtlich gemacht werden und gehört in die Bilanz (**RG.** [Straff.] **29** 347, Staub § 38 Anm. 5). Die Gesellschafter einer oHG. oder KG., die nicht außerdem ein selbständiges Handelsgewerbe betreiben, brauchen nur in bezug auf die Handelsgesellschaft Bücher zu führen und Bilanzen zu ziehen. Über ihre privaten Einnahmen und Ausgaben müssen sie nicht Buch führen (**RG.** [Straff.] **29** 347). Treibt dagegen ein Gesellschafter für sich noch ein selbständiges Handelsgewerbe (§ 112 HGB.), so trifft ihn hierfür die Pflicht zur Buchführung. Diese muß das in das eigene Geschäft investierte Vermögen, etwa noch vorhandenes freies Privatvermögen und seine Beziehungen zu der oHG. ersichtlich machen. Besitzt ein Kaufmann mehrere voneinander ganz unabhängige Geschäfte, so verlangt die Befolgung der Grundsätze einer ordnungsmäßigen Buchführung, daß er die Bilanz mit Hilfe einer Zentralbuchführung zieht, welche über das in den Geschäften steckende Vermögen und Privatvermögen Aufschluß gibt, und die auf Grund eines Gesamtabschlusses über die Geschäfte das absolute Geschäftseinkommen nachweist.

5. **RG.** LeipzZ. **08** 223, BankA. **7** 202. Inventur und Bilanz eines Einzelkaufmanns haben die Lage seines ganzen Vermögens erkennbar zu machen: er muß infolgedessen daselbst auch sein nicht zum vollkaufmännischen Gewerbe gehöriges Vermögen aufführen, doch braucht das Privatvermögen in Inventur und Bilanz nur als Ganzes, als einheitlicher Vermögensgegenstand unter gewissenhafter Angabe seines Wertes behandelt zu werden; Handelsbücher im engeren Sinne braucht der Einzelkaufmann über sein Privatvermögen nicht zu führen.

§ 39. 1. **RG.** (Straff.) BankA. **7** 367, BayRpflZ. **08** 290, JW. **08** 603. Ein Gewerbetreibender, welcher sein Unternehmen derart vergrößert, daß es aus einem minderkaufmännischen zu einem vollkaufmännischen Geschäftsbetriebe wird, ist verpflichtet, in diesem Zeitpunkt eine Eröffnungsbilanz zu errichten, selbst wenn er den gesetzlichen Vorschriften über Buchführung und Bilanzziehung bisher freiwillig entsprochen hat.

2. BadVerwZ. **40** 132 (BadVGH.). Es entspricht den für die Aufstellung der Bilanz geltenden Grundsätzen, daß der für die „Fasson" eines gekauften Geschäfts, d. h. für den übernommenen Kundenkreis bezahlte Betrag einerseits unter die Aktiven eingestellt, andererseits aber insoweit abgeschrieben wird, als an diesem Kundenkreis und dem Umfange der mit ihm abgeschlossenen Geschäfte tatsächlich Einbußen eingetreten sind.

§ 40. 1. *Fischer aaO. Es ist nach der gemäß § 38 HGB. zu befolgenden kaufmännischen Sitte falsch, wenn im § 40 a) von dem Einsetzen von Forderungen und Schulden in die Bilanz gesprochen wird. Denn Debitoren und Kreditoren im Rechtssinne sind etwas ganz anderes, als Debitoren und Kreditoren im buchführungsmäßigen, im bilanziellen Sinne (193 ff.). Über das angebliche Einstellen bedingter Forderungen

und Verbindlichkeiten s. 189 ff., 196 ff. sowie über echte und unechte Debitoren 159 ff., b) der derzeitige Veräußerungswert als Grundprinzip für die Bewertung aufgestellt wird. Dieses Prinzip trifft nicht zu für: α. Gebrauchs- oder Anlagegegenstände, wie Baulichkeiten, Maschinen, Gerätschaften. Denn sie stellen wirtschaftlich Betriebskosten vor, die zur Zeit noch unverbraucht sind und die deshalb von der Buchführung zunächst als Aktiven behandelt und vorgetragen und sodann in Form der jährlichen Abschreibungen den einzelnen Gebrauchsjahren anteilig zur Last gelegt werden müssen, Bilanzwerte (24 ff., 56 ff., 70, 80 ff., 88 ff., 187), β. die sog. immateriellen Werte, insbesondere die Patente. Für sie gilt das gleiche, wie für die Gebrauchsgegenstände, Bilanzwerte (24 ff., 88 ff.), γ. Veräußerungsgegenstände wie Waren und Fabrikate. Denn wenn diese später ihrem wirtschaftlichen Zwecke, eben der Veräußerung, zugeführt werden, so kann der wirkliche Veräußerungspreis leicht weit niedriger wie gegenwärtig sein. Wollte man dessen ungeachtet den Gegenwartswert der Bilanz und damit den Dispositionen über das Geschäftsvermögen zugrunde legen, so könnten für dessen Bestand schlimme Gefahren erwachsen. Deshalb wird in der Praxis von dem regelmäßig niedrigeren Anschaffungs- oder Herstellungspreis ausgegangen (130 ff.), δ. die noch zu fördernde Substanz in Bergwerken, wie Erze, Kohlen Für sie gilt das gleiche, wie unter γ. (105 ff.), ε. der Wert des Geschäfts im ganzen. Dieser darf niemals in der Bilanz erscheinen. Denn seine Berücksichtigung würde auf die mehrfache Berücksichtigung ein und desselben Gewinns hinauslaufen.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 444, HoldheimsMSchr. **08** 126, BauersZ. **15** 279, R. **08** II 345. Das OLG. hält eine dem § 40 entsprechende Bilanz der oHG. nur dann als gegeben, wenn die sämtlichen Vermögensgegenstände nach dem Werte zur Zeit der Bilanzaufstellung, und zwar dem Verkaufswert, angesetzt sind. Allein § 40 verlangt nicht unterschiedslos die Bewertung nach dem Verkaufswerte. Zwar sind die Sondervorschriften des § 261 nicht ohne weiteres auf die Bilanz der oHG. oder der Einzelkaufleute zu übertragen, allein auch bei diesen ist nur die Aufnahme zu hoher Werte ungesetzlich und verboten.

3. BankA. 7 251, BauersZ. **15** 149 (PrOVG.). Bei der bilanzmäßigen Bewertung einer Kohlenbergbauberechtigung ist der Wert der im Felde vorhandenen Kohlen zugrunde zu legen. Nach § 40 Abs. 2 sind sämtliche Vermögensgegenstände ohne jede Ausnahme, also auch Rechte, nach ihrem wirklichen Werte in dem für die Aufstellung der Bilanz maßgebenden Zeitpunkt in Ansatz zu bringen. Der Wert des Rechtes auf Gewinnung und Aneignung der in dem Bergwerksfelde befindlichen Kohlen deckt sich aber mit dem Werte dieser Kohlenmenge.

4. BauersZ. **15** 222. Gefälligkeitswechsel darf die Buchführung nicht unberücksichtigt lassen, sie müssen im Wechselbuche verzeichnet und mit dem gleichen Betrage sowohl in den Passiven wie den Aktiven der Bilanz aufgeführt werden. Die wechselmäßige Verpflichtung bedeutet eine Schuld und der Regreßanspruch an den Wechselnehmer eine Forderung desselben. Uneinbringliche Forderungen sind abzuschreiben und zwar so, daß sie überhaupt nicht in der Bilanz erscheinen. Es verletzt das Gesetz, verlorene Posten durch mehrere Bilanzen zu schleppen und auf diese Weise den Anschein zu erwecken, als ob das Unternehmen mehr reelle Außenstände habe, als in Wirklichkeit zutrifft. Uneinbringliche Außenstände dürfen auch nicht durch eine Kontokorrentreserve, am wenigsten eine solche, die unter den Kreditoren versteckt ist, „berichtigt“ werden.

5. **RG.** LeipzZ. **08** 452, BauersZ. **15** 223, HoldheimsMSchr. **08** 147. Es liegt keine Bilanzverschleierung vor, wenn in der Bilanz nicht zum Ausdrucke gekommen ist, daß nach dem Vertrage die Tilgung von Kaufpreisraten nicht in bar, sondern durch Aufrechnung stattzufinden hat. Die Modalitäten der Tilgung einer Schuld brauchen der Generalversammlung nicht offenbart zu werden.

§ 43. Vgl. JDR. **2**.

§ 45. RG. JW. **08** 491, BankA. 7 318, R. **08** II 478. Die Vorlegung der Handelsbücher kann das Gericht nicht nur in Rechtsstreitigkeiten über Handelssachen, sondern auch in anderen Prozessen, z. B. in Stempelstreitigkeiten mit dem Fiskus, anordnen.

§ 46. Vgl. JDR. **5**.

§ 47. Vgl. JDR. **3**.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. Vgl. JDR. **2—6**.

§ 49. Vgl. JDR. **2—6**.

§ 50. Vgl. JDR. **2**, **5** u. **6**.

§ 51. ElsLothJZ. **08** 418 (Colmar). Wenn ein Prokurist bei den Verhandlungen mit einem Schuldner und bei der Abgabe einer schriftlichen Erklärung innerhalb seiner Vertretungsmacht für seine Firma gehandelt hat, so bedarf es, um die Erklärung für letztere rechtsverbindlich werden zu lassen, nicht seines der Firma beigefügten Namens mit einem das Prokuraverhältnis andeutenden Zusatze, sondern es genügt die Unterschrift des Prokuristen mit seinem Namen ohne jeden Zusatz.

§ 52. RG. R. **08** II 713. Für die Frage, welche Wirkung die vertragswidrige Entziehung der Prokura auf den unterliegenden kausalen Dienstvertrag ausübt, ist die Nichterzwingbarkeit und Widerruflichkeit der Prokura ohne Bedeutung.

§ 53. Vgl. JDR. **2—4** u. **6**.

§ 54. 1. **RG.** R. **08** II 677. Der Handlungsbevollmächtigte ist in Ermangelung einer dahin gehenden besonderen Vollmacht zur Annahme von Darlehen auch dann nicht ermächtigt, wenn die Aufnahme der Darlehen zur Weiterführung des Geschäfts erforderlich ist. Die Ermächtigung zur Aufnahme von Darlehen kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß dem Handlungsbevollmächtigten die sonst im Betriebe des Geschäfts — es handelte sich um einen Hotelbetrieb in Ostasien — übliche Gewährung von Darlehen ausdrücklich untersagt worden war.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 297, HoldheimsMschr. **08** 103, BauersZ. **15** 185, ElsLothJZ. **08** 393. Eine Handlungsvollmacht kann auch stillschweigend erteilt werden. Die Annahme einer solchen stillschweigenden Erteilung ist namentlich dann gerechtfertigt, wenn sich jemand Dritten gegenüber als Bevollmächtigter eines anderen geriert und dieser es in einer Weise geschehen läßt, die im redlichen Rechtsverkehre nur als Erteilung einer entsprechenden Vollmacht aufgefaßt werden kann. Der Inhalt einer so erteilten Vollmacht richtet sich nach dem hierbei in Betracht kommenden Verhalten des sich als Bevollmächtigten Gerierenden und des Vollmachtgebers Dritten, namentlich dem Vertragsgegner gegenüber. Danach ist insbesondere die wesentlich tatsächliche Frage nach dem Umfange der Vollmacht zu beurteilen.

3. SchlHolstAnz. **08** 230 (Kiel). Wenn ein Prinzipal es wissentlich zuläßt, daß sein Handlungsgehilfe Geschäftsgelder einkassiert, so liegt darin eine Inkassobevollmächtigung, sofern nicht besondere Umstände gegeben sind, welche die Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung auszuschließen geeignet sind.

4. BankA. 8 60, R. **08** II 527 (Hamburg). Ein Kaufmann haftet für eine von seinem Filialleiter in sittenwidriger Weise erteilte unrichtige Auskunft nur dann, wenn die Auskunft mit seinem Wissen und Willen so wie geschehen erteilt wurde, oder wenn

er bei der Auswahl oder bei der Anweisung und Leitung des Filialleiters die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt hat.

§ 55. Korr. d. Ält. **08** 261. Ein in Berlin tätiger Stadtreisender verliert, wenn er einen Vorort wie Wittenau besucht, noch nicht seine Qualität als Stadtreisender in dem Sinne, daß er zum Inkasso (§ 55 HGB.) berechtigt wäre.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Literatur: Droysen, Die §§ 74, 75 HGB. Berlin 1908.

§ 56. **RG.** R. **08** II 677. Ein Laden oder offenes Warenlager im Sinne des § 56 HGB. setzt nicht eine Verkaufsstätte in fester Niederlassung und ebensowenig eine Einrichtung voraus, die das Dauerhafte des Geschäftsbetriebs erkennen läßt. Vielmehr ist hierunter ein jedes dem Publikum zugängliche, wenn auch nur vorübergehend benutzte Verkaufslokal zu verstehen, gleichviel ob der betreffende Geschäftsraum hierzu besonders ausgestattet ist oder nicht. So kann ein Stand, den auf einer Automobilausstellung eine ausstellende Firma zur Aufstellung ihrer Automobile benutzt, als ein Geschäftsraum im Sinne des § 56 angesehen werden, wenn die Firma den Stand tatsächlich als eine offene Verkaufsstätte benutzt hat.

§ 59. 1. Begriff. **a)** Plutus **08** 162 (KfmG. Berlin). Zeitungsabonnentensammler sind keine Handlungsgehilfen, sondern Hausierer oder Kolporteure. **b)** Plutus **08** 464 (KfmG. Berlin). Die ausschließliche Beschäftigung mit gewerblichen Arbeiten nimmt dem zu kaufmännischen Diensten Angestellten nicht die Handlungsgehilfeneigenschaft. **c)** Plutus **08** 547 (KfmG. Berlin). Die von einem Oberreisenden angenommenen Unterreisenden sind nicht Angestellte der Firma. **d)** Plutus **08** 1028 (KfmG. Berlin). Eine Büffettdame in einer Likörstube ist Gewerbegehilfin. **e)** KGBl. **08** 105 (LG. I Berlin). Die Stenotypistin im kaufmännischen Kontor ist Handlungsgehilfin, weil sie sich mit einem integrierenden Bestandteile der Erledigung der kaufmännischen Korrespondenz befaßt. **f)** Plutus **08** 859 (KfmG. Berlin). Ein Registrator in einem kaufmännischen Betrieb ist Handlungsgehilfe. **g)** Plutus **08** 185 (KfmG. Berlin). Ein Expedient im handelsgerichtlich eingetragenen Zeitungsausschnittbureau ist Handlungsgehilfe. **h)** Plutus **08** 79 (KfmG. Berlin). Der Einkassierer eines Rabattsparvereins, welcher von Zeit zu Zeit die Geschäfte, welche Rabattmarken von dem Verein entnehmen und an ihre Kunden ausgeben, zu besuchen und festzustellen hat, wieviel Marken sie verbraucht haben, und hierüber Eintragungen in das Markenbuch der Geschäfte zu machen, ferner die Gelder für die verbrauchten Marken einzukassieren hat, ist nur Gewerbegehilfe, da seine Tätigkeit keinerlei kaufmännische Kenntnisse voraussetzt. **i)** R. **08** II 713 (Colmar). Ein sog. Stundenbuchhalter ist kein Handlungsgehilfe, da er sich in keinem Anstellungsverhältnisse zum Inhaber des Geschäfts befindet, dessen Bücher er von Zeit zu Zeit, neben seiner Beschäftigung für andere Handlungshäuser, in Ordnung hält. **k)** GewArch. **7** 492 (GewG. Berlin). Eine Probiermamsell, die nicht selbst verkauft, ist nicht Handels- sondern Gewerbegehilfin.

2. Leistungen. **a)** GewG. **13** 213 (LG. Elberfeld). Daß gegen den kontraktbrüchigen Handlungsgehilfen Klage auf Unterlassung von Diensten bei einem Dritten erhoben werden kann, wird hier nach **RG.** DJZ. **07** 1321 (JDR. **6** 619) bejaht. **b)** Fuchs, JW. **08** 700 f. Leistet ein Handlungsgehilfe dem Prinzipale die ihm versprochenen Dienste, insbesondere infolge unbefugten Eintritts in den Dienst eines anderen, nicht, so steht dem Prinzipale während der Dauer des Dienstverhältnisses ein klagbarer Erfüllungsanspruch aus dem Dienstvertrag auf Unterlassung der Leistung von Diensten an den anderen Prinzipal nicht zu (gegen **RG. 67** 3 ff.). **c)** Danziger, LeipzZ. **08** 204 ff. Gegen den vertragsbrüchigen Angestellten ist stets eine Klage auf Unterlassung anderweiter Dienste während der ursprünglichen Vertrags-

dauer zulässig. Die entsprechende Klage gegen den neuen Dienstherrn auf Unterlassung der Beschäftigung des vertragsbrüchigen Angestellten darf nur bei eigennütziger Verleitung zum Vertragsbruche durch den neuen Dienstherrn erhoben werden. — Ebenso **RG.** LeipzZ. **08** 60, JW. **07** 672. Daß eine Zwangsvollstreckung nur nach Maßgabe des § 890 ZPO. stattfindet, steht dem Klageanspruch nicht entgegen. **d)** Berechnung eines Monatsteilgehalts. Korr. d. Ält. **08** 260. Es ist im Handelsverkehr üblich, daß bei Berechnung eines Monatsteilgehalts jeder Monat mit 30 Tagen berechnet wird. **e)** Korr. d. Ält. **08** 12. Handlungsgehilfen, welche neben einem festen Gehalte noch eine Provision von den von ihnen vermittelten Geschäften beziehen, haben nach Handelsbrauch Anspruch auch auf die Provision, die erst nach der Entlassung fällig wird. Daß die Entlassung aus einem wichtigen Grunde erfolgt ist, ändert daran nichts. **f)** Provision für die kaufmännische Leitung eines Gewerbebetriebs. Korr. d. Ält. **08** 169. In der Frage, ob ein mit der kaufmännischen Leitung betrauter Angestellter, dem Provision von seinen Verkaufsabschlüssen zugesichert ist, ein Geschäft allein durch seine Tätigkeit zum Abschlusse gebracht haben muß, wenn er die Provision verdienen will, oder ob seine Mitwirkung genügt, besteht kein Handelsbrauch. Jedoch ist nach den im Handelsverkehre herrschenden Auffassungen die dem kaufmännischen Leiter eines Gewerbebetriebs von dem Geschäftsherrn gemachte Zusicherung von Provision an seinen Verkaufsabschlüssen dahin zu verstehen, daß der Angestellte die Provision nicht nur von den durch seine alleinige Tätigkeit zum Abschlusse gebrachten Verkäufen, sondern von allen denjenigen Verkäufen erhalten soll, an deren Zustandekommen er wesentlich mitgewirkt hat. **g)** Korr. d. Ält. **08** 116. Die Tätigkeit der sog. Paketkontrollen ist in den verschiedenen Geschäften nicht gleichartig. Hat die Angestellte weder eine Qualitätskontrolle noch eine Kontrolle über die Richtigkeit der angesetzten Preise, sondern nur eine Stückkontrolle, so ist sie als eine gewerbliche Angestellte zu betrachten, da zur Stückkontrolle eine kaufmännische Ausbildung nicht erforderlich ist. — Wird aber in einem Geschäfte von der Paketkontrolle verlangt, daß sie vor dem Verpacken die Qualitätsbezeichnung und den in der Rechnung angegebenen Preis der Ware auf die Richtigkeit prüft, so geht die Tätigkeit des Angestellten über diejenige eines gewerblichen Angestellten hinaus, und er ist dann als Handlungsgehilfe zu betrachten.

§ 60. Vgl. JDR. **2**—**6**.

§ 61. Vgl. JDR. **2**—**5**.

§ 62. KGBl. **08** 97 (KG.). Die dem Prinzipale durch § 62 auferlegte Pflicht, die Geschäftsräume so einzurichten, daß die Handlungsgehilfen tunlichst gegen eine Gefährdung ihrer Gesundheit geschützt sind, folgt nicht unmittelbar aus dem Dienstvertrage. Es handelt sich vielmehr um eine gesetzliche Vorschrift, die im öffentlichen Sicherheitsinteresse gegeben ist und unabhängig von dem Willen der Vertragsparteien besteht. Es ist deshalb für derartige Schadensersatzansprüche die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte und nicht die der Kaufmannsgerichte gegeben.

§ 63. GewG. **13** 169 (KfmG. Frankfurt a. M.). Der Prinzipal darf nicht, auch wenn er selbst die Krankenkassenbeiträge voll zahlt, das dem Gehilfen zufließende Krankengeld auf den Sechswochengehalt aus Abs. 2 anrechnen.

§ 64. Vgl. JDR. **2** u. **5**.

§ 65. BauersZ. **15** 93 (Dresden). Ein Angestellter (Disponent), dem ein bestimmter Prozentsatz des Reingewinns als Gewinnanteil zugesichert ist, braucht sich die erst später nach endgültiger Aufnahme der Bilanzen festgestellten Ausfälle von Außenständen auf seinen schon früher ihm für zurückliegende Geschäftsjahre gut geschriebenen Gewinnanteil nicht kürzen zu lassen.

§ 66. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 223. Daß Dienstverträge auf die Lebenszeit des Handlungsgehilfen abgeschlossen werden können, kann keinem Zweifel unterliegen.

Solche Verträge können nach Ablauf von fünf Jahren von dem Handlungsgehilfen — nicht auch von dem Prinzipal — unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten gekündigt werden.

2. GewG. **13** 87 (KfmG. Stettin). Es liegt keine gültige Kündigung vor, wenn das Kündigungsschreiben in die Gehaltsdüte gesteckt wird und dem Angestellten nicht nachzuweisen ist, daß er diese Kündigungserklärung gefunden und von ihr Kenntnis genommen hat.

3. R. **08** 139 (Frankfurt). Auch wenn ein Handlungsgehilfe nur auf Probe angestellt ist, kommt § 66 HGB. zur Anwendung.

§ 67. 1. **RG.** JW. **08** 435, LeipzZ. **08** 694, R. **08** 407. Nicht zutreffend ist die Annahme des OLG., daß § 67 auf Fälle einer ungleichen Kündigungsbefugnis, wenn der eine Vertragsteil auf bestimmte Zeit überhaupt nicht, der andere während dieser Zeit mit halbjähriger Frist kündigen kann, keine Anwendung finde, weil es sich dabei nicht um ungleiche Kündigungs f r i s t e n handelt. Die Kündigungsfrist desjenigen, der während bestimmter Zeit nicht kündigen darf, erscheint um diesen Zeitraum verlängert. Es liegt daher die Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen auch hier vor.

2. **RG.** JW. **08** 435, LeipzZ. **08** 694, BankA. **7** 367, SchlHolstAnz. **08** 189, R. **08** II 407. Nur diejenigen von der Regel des § 67 Abs. 4 abweichenden Vereinbarungen sind nichtig, die den Handlungsgehilfen gegenüber dem Prinzipal u n g ü n s t i g e r stellen (S t a u b § 67 Anm. 7, D ü r i n g e r - H a c h e n b u r g § 67 Anm. 3).

3. GewG. **13** 86 (KfmG. Magdeburg). Eine Vereinbarung, daß der Handlungsgehilfe sich das für die Urlaubszeit gewährte Gehalt wieder abziehen lassen muß, wenn er vor einem bestimmten Termine die Stellung verläßt, verstößt gegen die guten Sitten (ebenso JDR. **6** 621).

§ 68. Vgl. JDR. **3**.

§ 69. **RG.** LeipzZ. **08** 223, R. **08** 70. Die hier gegebenen Vorschriften sind, weil sie wesentlich sozialpolitischen Gründen ihre Entstehung verdanken, a u s s c h l i e ß l i c h e n Charakters; sie äußern rückwirkende Kraft auch gegenüber den schon unter der Herrschaft des früheren Rechtes geschlossenen Verträgen. Deshalb sind Dienstverträge, die unter der Herrschaft des alten Rechtes einseitig auf die Lebenszeit des einen Vertragsteils geschlossen worden sind, nicht nichtig, sondern gewähren nur dem Dienstverpflichteten ein Kündigungsrecht.

§ 70. E i n z e l f ä l l e. **a)** Plutus **08** 954 (KfmG. Berlin). Der ungerechtfertigte Vorwurf des Diebstahls berechtigt den Angestellten zum sofortigen Verlassen der Stellung. **b)** LeipzZ. **08** 870 (KfmG. Braunschweig). Es ist zwar nicht erforderlich, daß der Kündigende den wichtigen Grund bei der Kündigung schon gekannt habe, daß aber der Grund zur Zeit der Kündigung objektiv schon vorhanden gewesen sein muß, ergibt sich aus der Natur der Sache und den Worten des Gesetzes, wonach das Dienstverhältnis gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. — Die Tatsache der Umwandlung der Vertrauensspesen in feste Spesen ist — falls die Umwandlung nicht etwa gegen die Vereinbarung verstößt — kein wichtiger Grund für eine Kündigung. **c)** Plutus **08** 801 (KfmG. Berlin). Ein Prinzipal kann zur Begründung der Entlassung des Angestellten auf Gründe zurückgreifen, die ihm erst nach der Entlassung bekannt geworden sind. **d)** **RG.** Holdheims MSchr. **08** 213 Bei der Beurteilung von Entlassungsgründen können beim Hinzutritte neuer Verfehlungen auch ältere Vorkommnisse, selbst wenn ihnen der Dienstherr ein größeres Gewicht nicht beigelegt hatte, herangezogen werden. **e)** Plutus **08** 162 (KfmG. Berlin). Arbeitsunfähigkeit infolge übermäßigen Alkoholgenusses ist kein Entlassungsgrund. ➾ Eine wohl von etwas zu reichlichem Mitleide diktierte Entscheidung. Red. ⇜ **f)** Plutus **08** 138 (KfmG. Berlin). Eigenmächtiges Fortbleiben

des Handlungsgehilfen wegen Krankheit ist kein Entlassungsgrund, wenn der Prinzipal einer Rücksprache über Urlaub sich wiederholt entzieht. g) Plutus **08** 526 (KfmG. Berlin). Geschlechtskrankheit einer Verkäuferin im Konfitürengeschäft ist Grund zur sofortigen Entlassung. **h)** **RG.** LeipzZ. **08** 694, SchlHolst.Anz. **08** 184, BankA. **7** 382, R. **08** II 408. Der Eintritt einer Aktiengesellschaft in Liquidation ist an sich kein Grund im Sinne des § 70, den Angestellten sofort zu entlassen. **i)** GewG. **13** 238 (KfmG. Zittau). Außereheliche Schwangerschaft allein ist noch kein Grund zur sofortigen Entlassung einer Verkäuferin. **k)** SchlHolstAnz. **08** 175 (Kiel). Hat der als Reisender angestellte Handlungsgehilfe während einer mehrmonatlichen Dauer seines Dienstverhältnisses so geringe Erfolge aufzuweisen, daß seine Tätigkeit dem Geschäftsherrn nicht nur nichts einbringt, sondern sogar erhebliche Verluste zufügt, so kann der Prinzipal dem Handlungsgehilfen, auch wenn diesem kein Verschulden trifft, statt ihn weiter reisen zu lassen, mit Kontorarbeiten beschäftigen. Die Weigerung des Handlungsgehilfen, solche Arbeiten zu verrichten, berechtigt den Prinzipal zur sofortigen Kündigung.

§ 71. 1. Ziff. 2. Plutus **08** 570 (KfmG. Berlin). Rückständigkeit eines nur geringen Teiles des Gehalts berechtigt den Handlungsgehilfen nicht zum sofortigen Austritte.

2. Ziff. 4. Plutus **08** 309 u. 330 (KfmG. Berlin). a) Der motivierte Verdacht daß der Reisende die Kundschaft nicht besuche, berechtigt (nach der I. Kammer des KfmG.) den Prinzipal nicht zu dem Vorwurfe des Betrügens. b) Der motivierte Verdacht, daß aus der Kasse Geld fehle, berechtigt (nach der II. Kammer des KfmG.) den Prinzipal zu dem Vorwurfe der Unterschlagung. In dem einen der gleichliegenden Fälle hat das KfmG. also dem Handlungsgehilfen das Recht auf sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses zugestanden, in dem anderen nicht.

§ 72. 1. Ziff. 1. a) **RG.** LeipzZ. **08** 595, R. **08** 575. Das Bestreben des Handlungsgehilfen, bei dem Lieferanten seines Prinzipals Prozente zu erlangen, kennzeichnet sich als Mißbrauch des die Anstellung bedingenden Vertrauens. **b)** Plutus **08** 915 (KfmG. Berlin). Die Weigerung des Filialleiters, die Geschäftsschlüssel herauszugeben, kann die Entlassung rechtfertigen. **c)** GewG. **13** 239 (KfmG. Berlin). Nichtbeachtung der ärztlichen Anordnungen und sonstiges die Gesundheit untergrabendes Verhalten des durch die Krankheit an der Dienstverrichtung behinderten Handlungsgehilfen berechtigt den Prinzipal auch dann, wenn dadurch eine Verschlimmerung der Krankheit nicht entstanden ist, zur sofortigen Entlassung, weil ein solches Verhalten des zur Fortsetzung des Dienstverhältnisses erforderliche Vertrauen des Prinzipals auf die Treue und Zuverlässigkeit des Angestellten erschüttert.

2. Ziff. 2. **a)** DJZ. **08** 1352 (LG. I Berlin). Ein Reisender darf nicht sofort entlassen werden, wenn er an einem Nachmittage nicht im Geschäft erscheint. Denn die dienstliche Eigenschaft des Reisenden erstreckte sich notwendigerweise der Hauptsache nach auf die Außentätigkeit. Ebenso GewG. **13** 110 (KfmG. München). **b)** DJZ. **08** 1352 (LG. I Berlin). Der zur Beteiligung an der Inventuraufnahme verpflichtete Handlungsgehilfe kann dazu an einem Sonntage nicht angehalten werden; seine Weigerung, diese Arbeit zu verrichten, kann wenigstens nicht als beharrliche Weigerung, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen, aufgefaßt werden. **c)** Plutus **08** 916 (KfmG. Berlin). Unvollständige Angaben über den Grund des Fehlens aus dem Geschäfte bilden nicht ohne weiteres einen Entlassungsgrund.

§ 73. Plutus **08** 781 (KfmG. Berlin). Das Vertragsverhältnis bei Aufgabe der Stellung durch den Handlungsgehilfen endet mit dem Tage, an welchem er seine Tätigkeit aufgegeben hat; die Ansprüche, die ihm auch für die spätere Zeit bis zum Ablaufe der Vertragszeit verbleiben, sind Schadensersatzansprüche.

§ 74. 1. De lege ferenda. Weber, Die Konkurrenzklausel im Handelsgewerbe, HirthsAnn. **08** 45. Der Verf. erörtert die Konkurrenzklauselfrage über-

wiegend von sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten und gelangt zu der Forderung einer gesetzlichen Bestimmung des Inhalts, daß jede Vereinbarung, durch welche der Handlungsgehilfe in seiner gewerblichen Tätigkeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses beschränkt wird, nichtig ist. Die berechtigten Interessen der Prinzipale an Geheimhaltung ꝛc. will er durch strafrechtliche Bestimmungen, insbesondere bessere Fassung des § 9 UnlWG., schützen.

2. Auslegung. **a)** BraunschwZ. **08** 106 (Braunschweig). Unter Betreiben des Wettbewerbsgeschäfts seitens des Klägers muß auch der Fall verstanden werden, daß das Geschäft von der Ehefrau des Klägers etabliert und unter ihrem Namen und auf ihre Rechnung geführt wird, der Ehemann aber als Geschäftsführer fungiert. **b)** Droysen, Die §§ 74, 75 HGB. α) Gegenstand der Konkurrenzklausel kann jede Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit sein, also auch Übernahme der Verpflichtung seitens des Gehilfen, die ihm zugänglich gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht zu verwerten. β) Eine Erschwerung des Fortkommens für den Gehilfen durch die Konkurrenzklausel kann keineswegs unbedingt, sondern nur dann angenommen werden, wenn der Gehilfe unter dem Zwange der Konkurrenzklausel handelt, dagegen niemals dann, wenn er ohne Bestehen der Konkurrenzklausel ebenso gehandelt haben würde. **c)** GewG. **13** 211 (LG. Darmstadt). Ob beim Verkauf eines Geschäfts die zu dessen Gunsten erwirkten Konkurrenzverbote auf den Erwerber übergehen, ist Tatfrage. Im Zweifel ist zu unterstellen, daß der Erwerber auf Übergang dieser Rechte Wert legt. Daß der durch die Konkurrenzklausel Gebundene bei Übergang des Geschäfts nicht mehr dessen Angestellter war, ändert an der Rechtslage nichts (vgl. auch JDR. **6** 626). **d)** GewG. **14** 15 (KfmG. Chemnitz). Der Reisende eines Schokolade- und Zuckerwaren-Spezialgeschäfts verstößt nicht gegen die Konkurrenzklausel, wenn er in eine Kolonialwarenhandlung eintritt, die nebenbei auch Zucker- und Schokoladenwaren führt. **e)** BadRpr. **08** 253 (Karlsruhe). Ist dem Angestellten der selbständige Betrieb eines „Herren- und Knabengarderobe- und Maßgeschäfts" verboten, so folgt daraus, da das „Herren- und Knabengarderobe- und Maßgeschäft" nicht die Verbindung zweier Geschäftszweige, sondern eine selbständige Art von Geschäftsbetrieb ist, nicht ohne weiteres, daß er auch das „einfache Schneidergeschäft" nicht betreiben dürfe. **f)** **RG.** MecklZ. **26** 265. Verbietet die vereinbarte Konkurrenzklausel dem Handlungsgehilfen die Annahme einer Stellung in einem Konkurrenzgeschäfte, so fällt unter dieses Verbot auch die Übernahme einer Agentur für ein Konkurrenzgeschäft. **g)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 258. Das Versprechen, sich nicht an fremden Geschäften zu beteiligen, ist dahin auszulegen, daß eine fortgesetzte, wenn auch unentgeltliche Tätigkeit untersagt ist.

3. Zeit. **RG.** LeipzZ. **08** 224, JW. **08** 207, BankA. **7** 319, DJZ. **08** 362, R. **08** 311. Die Konkurrenzklausel, welche der Beurteilung nach § 74 unterliegt, braucht nicht bei der Anstellung des Handlungsgehilfen vereinbart zu sein: es genügt auch die nachträgliche Abrede, sofern das Dienstverhältnis noch besteht; wird es aber gleichzeitig aufgelöst, so ist für die Anwendung des § 74 kein Raum.

4. Maß der Nichtigkeit bzw. Beschränkung. S. auch BGB. § 138 IIB Ziff. 4. **a)** GewG. **13** 133 (LG. Frankfurt a. M.). Das Gericht ist nicht verpflichtet, den Umfang einer unbilligen Konkurrenzklausel auf ein erträgliches Maß zu beschränken und die Strafhöhe herabzusetzen, sondern ist berechtigt, die ganze Abmachung als gegen die guten Sitten verstoßend gemäß § 138 BGB. für nichtig zu erklären. **b)** **RG.** R. **08** 139. Ist ein Wettbewerbsverbot gemäß § 74 Abs. 1 dem Gegenstande nach zu beschränken, so folgt daraus nicht, daß in demselben Maße auch die Vertragsstrafe der Höhe nach zu beschränken sei. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe kann vielmehr nur unter den Voraussetzungen des § 343 BGB. erfolgen. **c)** Droysen aaO. Ob die Nichtigkeit einer Konkurrenzklausel auch den Dienstvertrag ergreift, dem sie beigefügt ist, hängt davon ab, ob die Klausel als Teil desselben anzusehen ist oder nicht. Aber

auch wenn dies der Fall ist, tritt Nichtigkeit des Hauptvertrags nicht ein, wenn anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Nebenvertrag abgeschlossen sein würde; liegt also der Abschluß des Hauptvertrags und der Klausel zeitlich auseinander, so ist der Hauptvertrag sogar tatsächlich ohne den nichtigen Teil abgeschlossen, daher um so weniger infolge der Nichtigkeit der Klausel gleichfalls nichtig. **d)** GewG. **13** 303 (Kfm.G Münster). Eine Konkurrenzklausel, die dem Angestellten auf zwei Jahre nach seinem Austritt ohne örtliche Beschränkung verbietet, Kunden des Geschäftsherrn für ein anderes Manufakturwarengeschäft en gros zu besuchen, ist unverbindlich. **e)** GewG. **13** 313 (LG. Hagen). Ein örtlich unbeschränktes Verbot kann gegenständlich so begrenzt sein, daß es nicht unbillig erscheint.

5. Abs. 3. Droysen aaO. Die Beseitigung der Nichtigkeit einer mit einem Minderjährigen geschlossenen Konkurrenzklausel gemäß § 141 BGB. kann auch stillschweigend erfolgen; sie wird also auch sehr wohl in der bloßen Fortsetzung des Dienstverhältnisses liegen können. (In der vorhandenen Literatur ohne Begründung verneint.)

§ 75. 1. Kontrahenten der §§ 74, 75. **a)** **RG.** LeipzZ. **08** 595. Auf das Verhältnis des Prinzipals zum Gehilfen kann es für Anwendung der Grundsätze des § 75 dahingestellt bleiben, ob der Gehilfe vorwiegend Handlungs- oder Gewerbegehilfe ist, da auch auf letzteren die Grundsätze des § 75 Anwendung finden. insoweit die Kündigung auf das Verhalten des Gehilfen gestützt ist. **b)** **RG.** BauersZ. **08** 178, LeipzZ. **08** 297 bestätigt die Entsch. JDR. **6** 626 § 75 Ziff. 1, weil der Geschäftsführer einer GmbH. nicht Handlungsgehilfe ist, sondern die Stellung eines Prinzipals hat.

2. LeipzZ. **08** 242 (Colmar). Nimmt der Handlungsgehilfe eine an sich wirkungslose Kündigung an, so ist es nicht mehr die Kündigung, die dem Vertragsverhältnis ein Ende gesetzt hat, sondern die Einigung der Parteien. Es ist nicht mehr der Geschäftsherr, der durch seine Kündigung dem Dienstverpflichteten die Arbeitsgelegenheit entzieht und deswegen das Recht verliert, ihn in der Ausnutzung seiner Gewerbsquellen zu beschränken, sondern der Dienstverpflichtete selbst verzichtet freiwillig auf seine bisherige Einnahmequelle. Hier ist dann kein Ausnahmefall des § 75 mehr gegeben; das Wettbewerbsverbot und die darauf gesetzte Vertragsstrafe bestehen vielmehr zu recht.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 374. Nur die Behauptung, daß die beklagte Firma dem Kläger durch vertragswidriges Verhalten Grund gegeben habe, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 zu lösen, also wegen eines wichtigen Grundes fristlos zu kündigen, würde für die Unverbindlichkeit der Konkurrenzklausel nach § 75 Abs. 1 erheblich sein. Dagegen genügt in dieser Beziehung nicht die Behauptung, Beklagte habe dem Kläger zur Aufgabe seiner Stellung, die er unter Einhaltung der vertragsmäßigen Frist gekündigt hat, Grund gegeben.

4. **RG.** LeipzZ. **08** 773. Das Strafversprechen darf nicht losgelöst von dem Konkurrenzverbote beurteilt werden. Daher kann in dem für die Hauptverpflichtung gegebenen Gerichtsstand auch der Anspruch auf die Vertragsstrafe erhoben werden. Die subsidiäre gesetzliche Regel des § 269 Abs. 1 BGB. greift auch bei der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung zu einer Unterlassung ein. S. auch BGB. § 269 Ziff. 3.

5. Droysen aaO. Der Prinzipal kann keine Ansprüche aus der Konkurrenzklausel geltend machen, wenn er dem Gehilfen Grund gegeben hat, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 zu lösen, jedoch braucht die Lösung aus diesem Grunde nicht tatsächlich zu erfolgen (entgegen u. a. Staub, Lehmann-Ring, Goldmann, Makower).

§ 76. **RG.** (Straff.) DJZ. **08** 1283. Nach § 76 Abs. 3 hat der kaufmännische Lehrherr eine erzieherische Tätigkeit zu entfalten, und es müssen im Einzelfalle be-

sondere, dieses Recht und diese Pflicht ausschließende Umstände vorliegen, wenn angenommen werden soll, daß ein Erziehungsverhältnis nicht gegeben sei.

§ 77. Vgl. JDR. 2 u. **6**.

§ 78. Vgl. JDR. 2.

§ 79. Vgl. JDR. 2 u. **6**.

§ 80. Vgl. JDR. 2.

§ 81. Vgl. JDR. 2.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **08** 988, JW. **08** 138, LeipzZ. **08** 308, HansGZ. **08** Hauptbl. 141, DJZ. **08** 361. Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag. Bei stillschweigender Verlängerung tritt die gesetzliche Kündigungsfrist ein, § 625 BGB. ist anwendbar.

2. KGBl. **08** 39 (KG.). Über das Wesen des Agenturvertrags s. bei § 611 BGB.

§ 85. Vgl. JDR. **2—6**.

§ 86. Vgl. JDR. **2—6**.

§ 87. Vgl. JDR. **2—6**.

§ 88. 1. **RG.** Warneyer **08** Ziff. 229. Wird der durch Vermittelung des Agenten für fünf Jahre geschlossene Lieferungsvertrag, durch den der Geschäftsherr bis auf weiteres die Lieferung von je für ein Jahr im voraus zu bestellenden Waren zu bestimmten Preisen übernommen hat, vom Geschäftsherrn auf Grund des beiden Teilen vorbehaltenen Kündigungsrechts gekündigt, so kann der Handlungsagent für diejenigen Lieferungen, die infolge der Kündigung nicht bestellt worden sind, keine Provision beanspruchen, weil das Geschäft bezüglich dieser Lieferungen nicht zum Abschlusse gelangt ist.

2. M u st e r. Korr. d. Ält. **08** 13. Es ist allgemein Handelsbrauch, daß Muster, welche dem Agenten überlassen werden, dem Geschäftsherrn wieder zurückzuliefern sind. Gleichgültig ist es, ob die Muster durch dauernden Gebrauch im Interesse des Geschäftsherrn abgenutzt sind und ob sie einen Verkaufswert haben. Ein Handelsbrauch, daß in solchen Fällen die Muster dem Agenten unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden, besteht nicht. Verlangt der Geschäftsherr die Rücksendung, so hat er auch die Kosten dafür zu tragen. Für Muster, welche ein Agent käuflich übernimmt, pflegt ein Musterrabatt gewährt zu werden. Die Höhe des Rabatts ist nicht feststehend, richtet sich vielmehr nach den besonderen Umständen.

§ 89. **RG.** LeipzZ. **08** 444. Der Bezirksagent erhält keine Provision für die Geschäfte, die während Bestehens des Agenturverhältnisses nur „entriert" sind, wenn der Abschluß erst später erfolgt. Der Provisionsanspruch für Geschäfte, zu deren Abschluß der Agent nichts beigetragen hat, hat seine rechtliche Grundlage allein in dem B e st e h e n des Bezirksagenturverhältnisses. Der A b s ch l u ß des Geschäfts ist nach §§ 88, 89 HGB. Voraussetzung des Provisionsanspruchs. Im Falle des § 88 muß die kausale Vermittlertätigkeit, im Falle des § 89 der gleichzeitige Bestand eines Bezirksagenturverhältnisses hinzutreten. Wo letzteres zur Zeit des Geschäftsabschlusses fehlt, hat es keinen Sinn, dem Agenten für solche Geschäfte, an denen er ganz unbeteiligt ist, eine Provision zu gewähren.

§ 90. Vgl. JDR. **2** u. **6**.

§ 91. 1. Vgl. JDR. **2—4** u. **6**.

2. Korr. d. Ält. **08** 91. A g e n t u r u n d P r o v i s i o n. Im Handelsverkehr ist es nicht üblich, dem Agenten Abschriften der Rechnungen über die einzelnen von ihm vermittelten Geschäfte zukommen zu lassen; vielmehr werden lediglich Provisionsabrechnungen erteilt.

§ 92. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 308. Wenn auch der Agenturvertrag kein „Dienstverhältnis" begründet, auf welches unterschiedlos alle Regeln des Dienstvertrags

Anwendung finden, so ist doch nicht zu entnehmen, daß der Agenturvertrag überhaupt nicht in die Vertragsart des „Dienstvertrags", von dem die §§ 611 ff. BGB. handeln, eingereiht werden könne. Im Gegenteil, er ist eine Unterart des Dienstvertrags, auf die unter Umständen z. B. § 625 BGB. Anwendung finden kann.

2. Abs. 2. a) LeipzZ. **08** 470 (KG.). Es kann dem Geschäftsherrn nicht zugemutet werden, weiter einen Agenten für sich tätig sein zu lassen, der sich einer groben Achtungsverletzung ihm gegenüber schuldig gemacht hat. Eine solche kann auch darin erblickt werden, daß der Agent Handlungsgehilfen des Geschäftsherrn in dessen Beisein beleidigt oder mißhandelt. b) **RG.** WarneyersErgBd. **08** 244. Beleidigung des Geschäftsherrn durch den Handlungsagenten ist ein Grund zur sofortigen Kündigung. c) **RG.** LeipzZ. **08** 534, HoldheimsMschr. **08** 208. Die Parteien schlossen einen Vertrag miteinander, wonach die Beklagte sich verpflichtete, der Klägerin für ein in Wladiwostok zu gründendes Handelsunternehmen Waren nach Bedarf bis zum Werte von 200 000 M. auf Kredit zu liefern. Ein derartiges, für längere Zeit eingegangenes Verhältnis, das im besonderen Maße auf gegenseitigem Vertrauen und auf einem verständnisvollen Hand in Hand-Arbeiten beruht, darf schon vorzeitig ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn das gegenseitige Vertrauen geschwunden ist.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93. Vgl. JDR. **2**, **4** u. **5**.
§ 94. Vgl. JDR. **5** u. **6**.
§ 95. Vgl. JDR. **2**—**4**.
§ 98. Vgl. JDR. **2**—**4** u. **6**.
§ 99. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Literatur: Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation (Fischers Abhandlungen). München 1908.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

Literatur: Giese, Das katholische Ordenswesen nach dem geltenden preußischen Staatskirchenrechte, HirthAnn. **08** 161 ff., 303 ff.

1. Handelsgesellschaften von Religiosen. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) PosMSchr. **08** 138 (KG. [FS.]) (s. § 1 GmbHG.). Maßgebend für das Offiziallöschungsverfahren des § 144 FGG. ist der urkundliche Inhalt des Statuts, nicht die sonstige religiöse Propaganda. Ein „Brüderverein" mit dem Zwecke der Evangelisation, der auf dem Boden der Landeskirche steht, ist keine religiöse Gesellschaft im Sinne des Art. 13 PrVf., §§ 10 ff. II. 11 ALR.

2. Ausländische Handelsgesellschaften. a) Vgl. JDR. **6** Note 2. b) S. vor § 161 (Inhulsen). c) KGBl. **08** 72 (LG. III Berlin). Die Rechts-(Partei-)fähigkeit einer ausländischen Handelsgesellschaft richtet sich nach ausländischem Rechte; Art. 10 EGBGB. ist nicht anwendbar. Für England gilt Abkommen vom 20. Dezember 1905 (RGBl. 773 ff.) in Verb. mit Handelsvertrag vom 10. Februar 1894 (RGBl. 156) und 28. Juli 1894 (RGBl. **95** 35). Das gleiche gilt nach §§ 85, 86 Ziff. 2 PrivVUntG. vom 12. Mai 1901. Maßgebendes englisches Recht ist to amend Acte Company Act vom 8. August 1900 (GoldschmidtsZ. **01** 531).

3. Wechsel der Unternehmungsform (s. JDR. **5** Note 2). A. Einzelgeschäft und oHG. s. § 105 Note 3. B. Einzelgeschäft und KG. s. § 120.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: Literatur fehlt mit Ausnahme der bereits genannten Wimpfheimerschen Schrift völlig. Die mitzuteilende Rechtsprechung setzt sich überwiegend

aus Urteilen der OLG. zusammen. Von erheblicher Bedeutung ist nur die theoretisch wie praktisch gleich interessante Kontroverse zwischen RG. und PrOVG., das zu seiner anfänglichen Judikatur zurückgekehrt ist, einerseits, KG. andererseits zu § 142 HGB.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. 1. Die Begriffsmerkmale der oHG. Der Gesellschaftsvertrag. a) **RG.**, LeipzZ. **08** 157 Ziff. 2. Nichtigkeit des mit einem Geisteskranken geschlossenen Gesellschaftsvertrags und Rückforderungsrecht wegen seiner Einlage. b) **RG.** R. **08** II Ziff. 2282. Auch bei Nichtbefolgung der Firmenvorschriften (§ 19) Anwendung der Grundsätze über die oHG. bei gemeinschaftlichem Geschäftsbetrieb im Einzelfall; anders wenn von vornherein gar nicht die Absicht bestand, unter gemeinschaftlicher Firma die Geschäfte zu betreiben und der Betrieb unter einer Firma erfolgt, die jeglicher Andeutung eines Gesellschaftsverhältnisses entbehrt. (Inhaber des Geschäfts ist ein Ehepaar, nach außen tritt die Frau als Alleininhaberin auf, da der Mann Beamter ist. (Vgl. JDR. **6** Note 3 Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.)

2. Abgrenzung von der bürgerlichen Gesellschaft vgl. oben § 705 Note 3 BGB.

3. Die Formen bei Entstehung der oHG. aus einem Einzelgeschäfte. ThürBl. **55** 65. (KG.) Wenn zwei Personen, von denen die eine bereits ein Handelsgewerbe betreibt, in Zukunft gemeinschaftlich eine oHG. bilden wollen, so unterliegt es ihrer freien Entschließung, ob sie ihre Absicht entweder in der Weise zur Ausführung bringen, daß der bisherige Nichtkaufmann gemäß § 28 HGB. als persönlich haftender Gesellschafter in das bereits bestehende Geschäft des Einzelkaufmanns eintritt, oder ob der letztere sein bisheriges Geschäft auflöst und beide nunmehr eine oHG. bilden, welche mit dem aufgelösten Geschäfte rechtlich nichts zu tun hat. Der Registerrichter ist nicht befugt, die Beteiligten auf den einen oder den anderen Weg zu beschränken. Aufklärungspflicht des Richters bei Bedenken gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen (§ 12 FGG.); er wird die Eintragung einer oHG. auf Grund eines festgestelltermaßen simulierten Gesellschaftsvertrags abzuleh nen haben; anders bei bloß anfechtbaren Geschäften, z. B. bei Gesellschaftsgründung zwecks Erschwerung der Geltendmachung älterer Ansprüche für die Gläubiger eines nunmehrigen Gesellschafters (§ 135 HGB.). Hierliegt ein Gesellschaftsvertrag vor, möglicherweise ist er von einem Gläubiger nach dem RAnfG. anfechtbar. Diese Möglichkeit ist kein Grund zur Ablehnung der Eintragung.

§ 106. Ziff. 2. Firma. RheinARB. **26** 61 (LG. Crefeld). Die Übertragung einer nicht ins Register eingetragenen Firma eines Einzelkaufmanns an eine oHG. ist zulässig; § 19 Abs. 1 ist unanwendbar.

§ 107. Anmeldung von Änderungen. LeipzZ. **08** 710 Ziff. 2, RJA. **9** 180 (Hamburg). Änderungen der Personalien von Gesellschaftern (des Wohnorts z. B.) sind zum Register nicht anzumelden.

§ 108. Form der Namenszeichnung, Bedeutung des § 108 für die Eintragung. RJA. **9** 244 (KG.). Die Eintragung einer oHG. kann nicht von Erfüllung der Vorschrift des § 108 Abs. 2 abhängig gemacht werden (§ 106). § 108 verlangt nicht, daß die Firmen- und die Namenszeichnung in einem bestimmten räumlichen Verhältnisse zueiander stehen müssen; auch der Wille der Gesellschafter, ihren Namen künftig in der gezeichneten Weise zu schreiben, muß nicht irgendwie erkenntlich gemacht werden. Wird mit dem Willen der Gesellschafter ihre beglaubigte Unterschrift zu dem gedachten Zwecke dem Gericht eingereicht, so ist dem Gesetze genügt. Sind daher die Unterschriften unter der die Firmenzeichnung der Teilhaber enthaltenden Anmeldung ihres Eintritts in das bisherige Einzelgeschäft beglaubigt, so genügt dies

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. Besondere Treupflicht. **RG.** ElsLothJZ. **08** 492, Leipz. Z. **08** 448 Ziff. 21, BayRpflZ. **08** 246, BankA. **7** 332. Bei einem Gesellschaftsverhältnisse, das auf der Grundlage gleichen Gewinns und Verlustes beruht, verbietet es die Vertragstreue, daß ein Gesellschafter unter Verheimlichung vor dem anderen vorspiegelt, er habe Gelegenheit, gewisse Aktien zu 100 pCt. zu kaufen, und verschweigt, daß er bereits zu 75 pCt. gekauft hat. Übernimmt er den Auftrag des Einkaufs solcher Aktien für die Gesellschaft, so gelten §§ 713, 666, 667 BGB. und die nicht unmittelbar anwendbaren Vorschriften der §§ 384, 387, 400, 401 HGB. bilden einen naheliegenden gesetzlichen Maßstab: er darf die Aktien nicht zu einem höheren Preise berechnen, als er selbst dafür zu zahlen hat.

§ 111. 1. Begriff der Einlage s. Rehm bei § 120 und Wimpfheimer zu § 114.

2. Sacheinlagestempel. **RG. 68** 168, LeipzZ. **08** 543 Ziff. 41. Versteuerung von Sacheinlagen eines Gesellschafters als Kauf (TarifNr. 25 statt 32), wenn die Eigentumsübertragung ein vom Gesellschaftsvertrage verschiedenes Rechtsgeschäft ist; dies ist der Fall, wenn für den überlassenen Gegenstand außer den aus der Beteiligung sich ergebenden Rechten noch eine anderweite Vergütung zu gewähren ist.

§ 112. Zeitlicher Umfang des Konkurrenzverbots. OLG. **16** 90 (Hamburg). Umfang des Rechtes zur Büchereinsicht (zwei Vormittagsstunden, eine Abendstunde in concreto ungenügend). Das Konkurrenzverbot des § 112 umfaßt auch solche Geschäfte, die erst nach Auflösung der Gesellschaft wirksam werden sollen, wenn es sich nicht bloß um Vorbereitung des neuen eigenen Geschäftsbetriebs, sondern um eine bereits ins Leben tretende Konkurrenz mit Angehen des Publikums handelt. Die Gesellschaft und bei der Auseinandersetzung auch der Kommanditist kann verlangen, daß die Geschäfte auf Rechnung der Gesellschaft gehen, und bezüglich dieser Abschlüsse Vorlegung und Bereitstellung der Bücher und Papiere beanspruchen.

§ 114. 1. Geschäftsführung durch Dritte. **RG.** HoldheimsM. Schr. **08** 45. Der bei Gründung der oHG. obwaltende Irrtum des einen Gesellschafters über die geschäftliche Vertrauenswürdigkeit des Ehemanns der anderen Gesellschafterin, der vertragsmäßig die seiner Frau zustehende Geschäftsführung besorgen soll, begründet die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wegen Irrtums. § 119 Abs. 2 BGB. bezieht sich nicht nur auf den Vertragsgegner.

2. Durch Gesellschafter. Wimpfheimer aaO. 39. Die Führung der Geschäfte kann als Beitragsleistung aufgefaßt werden. Dasselbe gilt von der Liquidationsführung.

§ 118. Das Recht zur Büchereinsicht. **a)** Vgl. JDR. **6**. **b)** Zeitliche und sachliche Grenzen. OLG. **16** 91 (Kiel). (S. auch BGB. § 810 Ziff. 5.) Nach dem Aufhören der Gesellschaftereigenschaft bestimmt sich das Recht auf Einsicht in die während der Gesellschaftszeit entstandenen Bucheinträge und Papiere nach § 810 BGB. Gleiches gilt für die Erben. Das Maß der Ausübung bestimmt sich nach § 242 BGB., das Recht ist also so lange nicht erschöpft, als eine weitere Klarstellung durch die Fortsetzung der Einsichtnahme nicht erschöpft ist, die Einsichtnahme kann nur im Geschäftslokale während der Geschäftszeit erfolgen (Aufnahme in die Urteilsformel). Die Bezeichnung eines bestimmten Bücherrevisors als Vertreters des Einsichtberechtigten durch Urteil erfolgt erst, wenn die Auswahl dem anderen Teile Anlaß zu Widerspruch gibt. **c)** Unmöglichkeit? **RG.**, LeipzZ. **08** 446 Ziff. 13. Unmöglichkeit zur Rechnungslegung durch Vorlage der Lager- und Verkaufsbücher, wenn diese beim Gericht in Johannisburg liegen (§ 265 BGB.)? Verneint. **d)** Versagung des Rechtes gegenüber einem par-

tiarischen Gläubiger. DJZ. 08 370 (Dresden). Der Veräußerer einer Fabrik gegen Barzahlung, sowie eine jährlich zu zahlende Summe und 5 pCt. des Reingewinns, dem vertragsmäßig das Recht zur jährlichen Bücherprüfung durch einen vereidigten Bücherrevisor bei dem Erwerber eingeräumt ist, hat kein Recht auf persönliche Einsicht in diese Bücher, Papiere, Inventuren; er ist nur partiarischer Gläubiger, die Kontrollbefugnisse der Gesellschafter, die im Zusammenarbeiten zum gemeinschaftlichen Zwecke ihre Rechtfertigung finden, stehen ihm nicht zu (§§ 118, 166, 338 HGB., § 716 BGB.).

§ 119. Stillschweigende Einführung von Majoritätsentscheidungen. BayRpflZ. 08 187, DJZ. 09 91, R. 08 II Ziff. 1273 (Bay. ObLG.). Die Bestimmung, daß Mehrheitsbeschlüsse der Mitgliederversammlungen genügen, kann auch durch stillschweigendes Einverständnis der Gesellschafter getroffen werden; ein solches Einverständnis läßt sich aus einer ständigen, von allen Gesellschaftern als selbstverständlich betrachteten Übung entnehmen. Beschluß der Mehrheit, die Gesellschaft aufzulösen, und über Bestellung von Liquidatoren. Anmeldung der Auflösung und der Liquidatoren durch sämtliche Gesellschafter zum Register; Beweis der Übung durch das Protokollbuch. Der Übung steht ein § 32 Abs. 2 BGB. analoger Ausnahmefall nicht entgegen.

§ 120. Literatur: Rehm, Reserveeinlagen und statthafte Zuwenigabschreibungen, LeipzZ. 08 289. — Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind, und was sie nicht sind.

Die Bilanz der oHG. 1. Abschreibungen ohne Wertverlust. Rehm aaO. Rechtsnatur der bei der Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine KG. (oHG.) vereinbarten Abschreibungen an den Aktiven, denen nicht ein Wertverlust zugrunde liegt: sie sind nicht Einlage im Sinne § 111 HGB., nicht Kapitalanteil des einbringenden Geschäftsinhabers. Keine Zuschreibung von Gewinn, keine Abschreibung von Verlust zu diesen Abschreibungen; Reservekonto.

2. Wertansatz. a) Vgl. JDR. 2 Note 1, 6 zu § 120 und § 40 Note 2. b) Rehm. Vereinbarungen von Unter- und Überbewertungen. Öffentlich-rechtliches Verbot der letzteren. Die vertragliche Abrede von Zuwenig- oder Zuviel-Abschreibungen ist steuerrechtlich ohne Bedeutung — zugunsten bzw. zu Lasten des Steuerverpflichteten. c) **RG.**, LeipzZ. 08 444 Ziff. 1, 544 Ziff. 1, HoldheimsMSchr. 08 126. Die Bewertung unterschiedslos nach dem Verkaufswert ist nicht vorgeschrieben (§ 40). Nur die Aufnahme zu hoher Werte ist verboten (vgl. den allerdings nicht ohne weiteres übertragbaren § 261). Ansatz der zur Weiterveräußerung bestimmten Gegenstände in der Gewinnverteilungsbilanz nicht nach dem beim Verkaufe möglicherweise zu erzielenden höchsten Werte, sondern nach dem völlig zweifellosen; Ansatz der Gebrauchsgegenstände nach dem Gebrauchswerte. Auslegung einer Verweisung des Gesellschaftsvertrags auf die gesetzlichen Bilanzvorschriften dahin, daß dadurch die bisherige gegen ein zwingendes Gesetz nicht verstoßende Übung der Bilanzansätze nicht beseitigt sei.

3. Privatvermögen und Bilanz. Isengeny, LeipzZ. 08 55. Bei der oHG. und der KG. figuriert nur das eigentliche Gesellschaftsvermögen in den Handelsbüchern trotz persönlicher Haftung (vgl. JDR. 6 zu § 38 Note 1).

4. *Fischer, Bilanzwerte 286 ff., insbesondere 291 ff. Der Kapital- oder Geschäftsanteil ist nach der zufolge § 38 HGB. maßgeblichen Anschauung der Kaufleute aufzufassen als Quote des wirtschaftlichen Eigenbesitzes, der den mehreren Geschäftsinhabern zusammen am Gesellschaftsvermögen zusteht. Wirtschaftlich zu eigen gehört das Geschäftsvermögen dem Kaufmanne nur insoweit, als es nicht auf Kreditoren beruht, d. h. als es nicht aus Fremdvermögen herrührt. Deshalb bedeutet der wirtschaftliche Eigenbesitz bereits des Einzelkaufmanns, wie er

durch das Kapitalkonto ausgedrückt wird, nur eine Quote der Aktivengesamtheit. Steht also der Eigenbesitz mehreren zu, wie dies bei Gesellschaften der Fall ist, so muß mithin die ihn darstellende Quote nochmals quotifiziert werden, um zu dem Geschäfts- oder Kapitalanteile der einzelnen zu gelangen.

5. **RG.** LeipzZ. **08** 446 Ziff. 12. Der geschäftsführende Gesellschafter hat nachzuweisen, wo das für die Gesellschaft in seine Hände gelangte Geld verblieben ist. Dies gilt jedoch nicht, wenn der andere Gesellschafter erklärt, die Richtigkeit der Bilanz könne dahingestellt bleiben, sie wollten unter die ganze Sache einen Strich machen und von neuem anfangen. Auch die Berufung auf die Unrichtigkeit der Buchführung ist dadurch ausgeschlossen (§ 157 BGB.).

§§ 121, 122. Vertragsbestimmung über Gewinn- und Verlustberechnung. OLG. **16** 91 (Braunschweig). Gewinn- und Verlustberechnung bei vertraglicher Bestimmung, daß zum Gesellschaftsverluste jeder Teilnehmer zu gleichen Teilen beitragen soll: die Vorschrift gilt auch für die Jahresberechnung der Kapitalanteile (§ 120), nicht bloß für die endgültige bei der Liquidation; der Gesellschafter mit höherer Einlage kann nur verlangen, daß der Posten bei Feststellung des Kapitalanteils in Anrechnung kommt — keine Bereicherung des anderen Teiles; er hat auch keinen Anspruch auf einen entsprechenden Teil der Entnahmen des anderen, die nur dessen Kapitalanteil mindert. Unbefugte Entnahmen (§ 122) erzeugen für die Gesellschaftskasse ein Rückforderungsrecht. Nach beendigter Liquidation besteht dieser Anspruch nicht mehr.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Wirksamkeit der oHG. gegenüber Schuldnern. OLG. **16** 83 (Bamberg). Vereinigt sich jemand zur Fortführung seines Geschäfts mit einem anderen unter Bildung einer oHG., so ist er von der Eintragung der Gesellschaft ab nicht mehr aktiv legitimiert, solche im früheren Betrieb entstandenen Forderungen geltend zu machen, deren Übergang unter den Gesellschaftern, jedoch nicht unter Wahrung des Abs. 2 § 28 ausgeschlossen ist.

§ 124. 1. Haftung für unerlaubte Handlungen. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** **RG.** BauersZ. **15** 164. Die oHG. haftet für eine auch nicht rechtsgeschäftliche unerlaubte Handlung des vertretungsberechtigten Gesellschafters dann, wenn die Handlung in Ausführung einer ihm als solchem zustehenden Verrichtung vorgenommen ist. Dahin gehört an sich eine Geschäftstour mit Pferd und Kutscher der Gesellschaft; tritt aber der Schaden nur infolge nicht genügender Überwachung des Kutschers ein, so fällt dies außerhalb der dem Gesellschafter als solchem obliegenden Tätigkeit. **c)** R. **08** 678 Ziff. 3693 (Celle). Die von einem Gesellschafter vor seinem Eintritt in die Gesellschaft einem Dritten gegenüber vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, sich gewisser Konkurrenzhandlungen zu enthalten, gibt dem Dritten einen Anspruch auf Unterlassung gegen die Gesellschaft, wenn in ihrem Namen, sei es von dem verpflichteten oder einem anderen vertragsberechtigten Gesellschafter, gegen das Konkurrenzverbot verstoßende Handlungen vorgenommen werden.

2. Die Stellung im öffentlichen Rechte. **a)** Vgl. JDR. **6** zu § 105 Note 2, § 124 Note 3, **5** § 124 Note 4, **4** § 124 Note 2. **b)** Einzelne Materien. I. Polizeirecht. R. **08** 96 (OVG.). Der Grundsatz des Abs. 1 gilt in der Regel auch für das öffentliche Recht. Baurechtliche Auflagen sind an die im Grundbuch als Eigentümerin des Grundstücks eingetragene Firma, nicht an die Inhaber persönlich zu richten. II. Strafrecht. α. SeuffBl. **08** 292 (Bay. ObLG. [Strafs.]). a) Das Recht, die Verfolgung wegen Beleidigung zu beantragen, steht auch dann, wenn sie die Beleidigten wegen ihrer Teilnahme an

einer HG. betroffen hat, nur den Beleidigten persönlich zu und kann nicht statt ihrer von der Firma der HG. ausgeübt werden, weil jenes Recht kein Vermögensrecht ist und auf individueller Befugnis beruht. b) Auch der nicht vertretungsberechtigte Teilhaber einer oHG. ist zur Stellung des Strafantrags nach §§ 61, 288 StGB. befugt. Mit der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen hat die öffentlich-rechtliche Frage der Strafantragsberechtigung nichts zu tun. β. **RG.** (Straff.), BauersZ. **16** 21. γ. **RG.** (Straff.) NaumburgAK. **08** 71 für den Mitliquidator (Gesellschafter) bei Warenzeichenverletzungen, vor wie nach Eintritt der Liquidation begangen. Er kann auch Buße (§ 18 WarenZG.) verlangen. Dies gilt selbst dann, wenn bei Urteilsfällung das Zeichenrecht mit dem Betrieb an eine andere Firma übergegangen ist.

3. Die Stellung im Prozesse. a) Vgl. JDR. **6** Note 4. b) Einzelheiten. I. Verhältnis der Klage gegen die oHG. zu der gegen die Gesellschafter; Übergang von der einen zur anderen als Klagänderung (vgl. JDR. **5** Note 5 c, **4** Note 3 a, **3** Note 2 a, **2** Note 6 b). α. LeipzZ. **08** 959, R. **08** II Ziff. 2881 (Braunschweig). Durch die Klage gegen die Gesellschaft sind nicht zugleich die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen verklagt, auch wenn ihre Namen im Klagerubrum in Klammer erwähnt sind. Der Eventualantrag auf Verurteilung des einzelnen Gesellschafters ist eine unzulässige Klagänderung. β. **RG.**, HoldheimsMSchr. **08** 47. Wird neben der oHG. unter ihrer Firma noch ein Gesellschafter mitverklagt, so ist er mit seiner ganzen unteilbaren Persönlichkeit Partei; durch Streichung des Zusatzes im Klagerubrum, wodurch er als Mitinhaber der mitbeklagten Gesellschaft bezeichnet wird, wird nicht eine vorhandene Beschränkung seiner Beklagtenrolle (Haftung für Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft) beseitigt. Bei der Frage, ob ihm gegenüber in diesem Prozesse statt der Schuld derjenigen Gesellschaft, als deren Mitinhaber er bezeichnet ist, die Schuld einer anderen Gesellschaft, wofür er ebenfalls persönlich haftet, geltend gemacht werden könne (durch diese Streichung), handelt es sich um die Zulässigkeit einer gewöhnlichen materiellen Klagänderung. Das Vorliegen einer Klagänderung wird verneint, weil die tatsächliche Klagegrundlage der vom Erblasser des die Einlage herausverlangenden Klägers geschlossene Gesellschaftsvertrag ist, und es sich lediglich um eine tatsächliche Berichtigung (§ 268 Ziff. 1 ZPO.) handelt, wenn der Anspruch gegen den Beklagten auf die Einlage in eine andere unter Beteiligung des Beklagten bestehende Gesellschaft, als die mitverklagte, gestützt wird; außerdem ist die Zulässigkeit dieser vermeintlichen Klagänderung bereits von der I. Instanz anerkannt durch Verurteilung des Beklagten trotz Feststehens, daß die Einlage nicht in die mitbeklagte Gesellschaft, sondern eine andere erfolgt ist. Betreibt ein Einzelkaufmann zwei selbständige Geschäfte unter besonderer Firma, so liegt darin die nach außen in Erscheinung tretende Erklärung, daß es sich um abgegrenzte Geschäfte handelt, Geschäftsverbindlichkeiten aus dem Betriebe der einen sind nicht solche der anderen Firma trotz persönlicher Haftung des Inhabers beider; § 28 HGB. begründet daher keine Haftung der aus einem Einzelgeschäfte hervorgegangenen oHG., weil der bisherige Firmeninhaber persönlich für Verbindlichkeiten eines zweiten von ihm betriebenen Geschäfts haftet.

II. Einfluß der Auflösung auf den Prozeß. Aussetzung und Unterbrechung. α. HessRspr. **8** 170, R. **08** II Ziff. 1226 (Darmstadt). Unbegründeter Aussetzungsantrag des Gegners, wenn ein Teilhaber der klagenden oHG. während des Prozesses stirbt (§ 246 ZPO.). β. **RG.** R. **08** II Ziff. 1593. Auflösung der Gesellschaft bewirkt keine Unterbrechung des Prozesses (§ 241 ZPO.); Eintritt der bisherigen Inhaber als Partei; Wirksamkeit eines vom Prozeßbevollmächtigten der Gesellschaft geschlossenen Vergleichs auch für die Inhaber. γ. Ebenso LeipzZ. **08** 871 Ziff. 2 (Hamburg).

III. Prozessuale Stellung der früheren Gesellschafter (s. §§ 129, 131). α. Streitgenossenschaft. **RG.** LeipzZ. **08** 61, HoldheimsMSchr. **08** 101. Notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO. Fall 1) der früheren Gesellschafter, wenn sie ihre Verteidigung ausschließlich dem zwischen der Klägerin und der oHG. bestandenen Verhältnis entnehmen. β. **RG.**, LeipzZ. **08** 60 Ziff. 11, HoldheimsMSchr. **08** 101, R. **08** II Ziff. 120. Durch die im Wechselprozesse gegen die Gesellschaft unter Vorbehalt ihrer Rechte ergangenen Urteile werden die später nach Auflösung der Gesellschaft auf Grund dieser Urteile im ordentlichen Prozesse belangten Gesellschafter nicht gehindert, die vorbehaltenen Rechte geltend zu machen. γ. **RG.** LeipzZ. **08** 931 Ziff. 3. Keine Vollstreckung gegen die Gesellschafter aus einem Urteile gegen die Gesellschaft auch nach deren Auflösung. Anders bei Eintritt der Auflösung während des Prozesses gegen die Gesellschaft.

§ 125. Vertretung der oHG. 1. Vertretung der oHG. oder Handeln im eigenen Namen? **a)** LeipzZ. **08** 553 Ziff. 1 (KG.). Wenn der Betrieb eines Handelsgewerbes in einer nach außen hin erkennbaren Weise besteht, so ist anzunehmen, daß jeder Geschäfte mit dem Inhaber des ihm bekannten Handelsgewerbes abschließen will, nicht mit der die Verhandlungen führenden Person. **b)** LeipzZ. **08** 318 (KG.). Aus dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann entnommen werden, daß der Abschließende eine oHG. vertreten wollte, auch wenn er die Vertragsurkunde nur mit seinem Namen unterschrieben hat. **c) RG.** LeipzZ. **08** 165 Ziff. 39. § 469, nicht § 464 Abs. 2 ZPO. ist maßgebend, wenn der Eidespflichtige statt zu schwören: „der Beklagte W. (vertretungsberechtigter Teilhaber der oHG.) habe erklärt: wenn K. nicht zahlt, zahlt die Firma L. u. W.", nur die Äußerung beschwören will: „wenn K. nicht zahlt, zahle ich", weil die Erklärung in einer Angelegenheit betreffend Deckung einer Schuld der oHG. L. u. W. abgegeben ist und W. damit die Gesellschaft und die Gesellschafter verpflichtete.

2. Kollektivvertretung. **a)** SchlHolstAnz. **08** 252 (Kiel). Gegenüber den ins Handelsregister eingetragenen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ist eine Befugnis eines einzelnen der Kollektivvertreter zum selbständigen Abschlusse von Geschäften geringeren Umfanges nur für den Fall anzuerkennen, daß eine stillschweigende Ermächtigung zur Geschäftsführung von seiten der anderen Vertreter erteilt ist. Diese Ermächtigung kann aus der fortgesetzten Duldung der Geschäftsführung hergeleitet werden, wobei weiter vorausgesetzt ist, daß aus der Geschäftsführung die Grenzen der erteilten Vollmacht ersichtlich sind. **b)** R. **08** 674 Ziff. 3675 (Frankfurt). Gegenüber einer oHG., von der nur einer der Teilhaber zu dem anderen Vertragsteil in dem fraglichen Verwandtschaftsverhältnisse steht, ist die Vermutung der Fraudulosität (**RG. 43** 105) jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Gesellschafter gemeinschaftlich gehandelt haben und die Gesellschaft schon aufgelöst ist.

3. Anmeldung des Ausschlusses von der Vertretung. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3. **b)** RJA. **9** 247 (KG.). Übertragung des alleinigen Vertretungsrechts an einen Gesellschafter durch einstweilige Verfügung: zur Anmeldung der Eintragung genügt nach § 16 die des alleinigen Mitgesellschafters des abgesetzten Gesellschafters, da § 16 anwendbar ist, obwohl die einstweilige Verfügung keine Feststellung (§ 256 ZPO.) enthält, sondern rechtserzeugend eingreift. Zur Wahrung der Frist des Abs. 2 § 929 ZPO. genügt die Zustellung der Verfügung als ein Akt der Vollstreckung, auch wenn die Eintragung erst nach Fristablauf erfolgt. Die Eintragung der Entziehung hat nur rechtsbeurkundende Wirkung. Die Möglichkeit der künftigen Aufhebung der Verfügung ist in der auf sie Bezug nehmenden Eintragung nicht zum Ausdrucke zu bringen.

4. Nachweis der Vertretungsbefugnis. KGJ. **33** A 153, DNotV. **08** 272 (KG.). Trotz § 33 GBO. reicht das Zeugnis über die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters einer oHG. nicht aus, wenn sich daraus ergibt, daß am Tage der Auflassung eines Gesellschaftsgrundstücks durch den Teilhaber die ausweislich der vom Grundbuchrichter daraufhin eingesehenen Registerakten bereits längst vereinbarte Auflösung der Gesellschaft ins Register eingetragen ist. Nach der Auflösung fiel die Vertretungsbefugnis fort (§§ 149, 146 HGB.).

§ 128. 1. Haftung wie die eines Gesellschafters. **a)** Vgl, JDR. **6** zu §§ 128, 129 Note 1. **b)** LeipzZ. **08** 798 Ziff. 1 (LG. Braunschweig). Eine nach außen als oHG. auftretende Vereinigung, ist als solche zu behandeln. auch wenn sie es nicht ist: gesamtschuldnerische Haftung der Beteiligten. **c)** R. **08** II Ziff. 1872 (Hamburg). Persönliche Haftung eines nach außen hin als Gesellschafter auftretenden Kaufmanns gegenüber einem gutgläubigen Dritten, auch bei Nichteintragung der Gesellschaft und seiner Teilhaberschaft, für mit dem wahren Geschäftsinhaber im Vertrauen auf die Teilhaberschaft abgeschlossene Geschäfte. **d)** KGBl. **08** 38 (KG.). Diejenigen Personen, die unter einer nicht eingetragenen oder gelöschten Firma klagen, sind für die Prozeßkosten als Gesamtschuldner ersatzpflichtig. Zur Vollstreckung gegen diese Personen selbst aus dem Urteil und dem Kostenfestsetzungsbeschlusse bedarf es eines gegen sie selbst gerichteten Schuldtitels, also eines neuen Urteils. Ihre persönliche Haftbarkeit kann nicht aus den §§ 823, 826 BGB. hergeleitet werden, wohl aber daraus, daß sie nach außen als Firma aufgetreten sind und daher für alle in dieser Weise eingegangenen Geschäfte haften, wobei das Bestehen der Gesellschaft gleichgültig ist.

2. Bauhandwerkerhypothek. SeuffA. **63** 465, SächsRpflA. **08** 509 (Dresden). § 648 BGB. setzt voraus, daß der dem zu sichernden Anspruch zugrunde iegende Vertrag mit dem Eigentümer des Grundstücks geschlossen ist; dies ist der Fall, wenn der Eigentümer des Baugrundstücks Teilhaber der oHG. ist, die den Vertrag geschlossen hat. S. auch BGB. § 648 Ziff. 1a.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

Vorbemerkung: Besonders hervorzuheben ist die Rechtsprechung zu § 142.

Literatur: Wimpfheimer s. vor Allgemeinen Bemerkungen zum zweiten Buche.

§ 131. 1. Ziff. 1 und 2. *Wimpfheimer aaO. 102 ff. Der Auflösungsbeschluß kann auch dahin gehen, daß erst von einem künftigen Zeitpunkt an, die Gesellschaft aufgelöst werde. Ein solcher Beschluß ist nicht nur begrifflich, sondern auch tatsächlich, von einer nachträglichen statutarischen Festsetzung des Endpunkts der Gesellschaft (§ 131 Ziff. 1) verschieden, da beide Beschlüsse unter Umständen verschiedene Majoritäten erfordern. Für die Festsetzung des Endzeitpunkts genügt event. Majorität, für den Auflösungsbeschluß dagegen nicht.

2. Ziff. 2. *Wimpfheimer aaO. 132 a, 51, 128 a. a) Es ist fraglich, ob die Möglichkeit eines solchen Beschlusses durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden kann. b) Der Auflösungsbeschluß kann auch als eine Art von Simultankündigung aufgefaßt werden.

3. Ziff. 3. Labes, GoldschmidtsZ. **62** 115. Konkurs einer oHG. ist ein Sonderkonkurs im anerkannten Sinne des Wortes, d h. ein Verfahren, in welchem nur eine Sondermasse des schuldnerischen Vermögens einer Sonderklasse persönlicher Gläubiger zur gemeinschaftlichen Befriedigung dient.

4. Ziff. 5. Labes, GoldschmidtsZ. **62** 125 (vgl. 122, 112) Konkurs über das Vermögen eines Gesellschafters ist ein Sonderkonkurs, bei dem eine Sonderung nur auf Seite der Aktivmasse stattfindet. Das Verfahren ergreift das Gesellschaftsvermögen nicht, aber die Gesellschaftsgläubiger nehmen am Privatkonkurse teil.

5. Einfluß der Gesellschaftsauflösung auf Verträge. **RG.** LeipzZ. **08** 60 Ziff. 12, HoldheimsMSchr. **08** 101, R. **08** II Ziff. 148. Kein Entschädigungsanspruch gegen Gesellschafter wegen Nichterfüllung ihrer Bezugsverpflichtung hinsichtlich einer bestimmten Ware, wenn die Auflösung der Gesellschaft wegen Unrentabilität vor Ablauf der vertragsmäßigen Bezugszeit erfolgt ist (§ 325 BGB.).

§ 138. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Ausscheidens. BreslauAK. **08** 7 (LG. Breslau). Die Eintragung des Ausscheidens eines verstorbenen Gesellschafters gemäß § 138 darf nicht von der nachlaßgerichtlichen Genehmigung der Anmeldung des Ausscheidens oder der Beibringung eines genehmigten Auseinandersetzungsvertrags durch den Nachlaßverwalter (§ 1822 Ziff. 3 BGB.) — s. § 1822 Ziff. 1 b — abhängig gemacht werden. Nur der obligatorische Vertrag über ein freiwilliges Ausscheiden ist genehmigungsbedürftig, nicht seine Ausführung nach § 738 BGB. — Anders AG. Breslau daselbst. Der Begriff „Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts" im Sinne § 1822 Ziff. 3 ist ein materiell wirtschaftlicher.

§ 142. Literatur. Miersch, Zur Frage der Umsatzsteuerpflicht im Falle der Auflösung einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft durch Ausscheiden des einen Gesellschafters. PrVerwBl. **30** 91 und 493.

1. Ausdehnbarkeit des im § 738 BGB. ausgesprochenen Anwachsungsprinzips auf den Fall vereinbarten Ausscheidens. **a)** Bejaht, also keine Auflassung auf den Aktiven und Passiven übernehmenden Teilhaber notwendig: α. Vgl. JDR. **6** Note 1; β. **RG.** V. 23. 5. 08, **68** 410, RJA. **9** 193; γ. RJA. **9** 71 (KG. 15. 8. 07 [FS.]); δ. PrVerwBl. **30** 443 (PrOVG. VII.) unter Aufgabe der neueren Rechtsprechung PrOVG. **48** 166 und PrVerwBl. **30** 8 und Rückkehr zu PrOVG. **41** 79 (Umsatzsteuerpflicht verneint). **b)** Verneint. Vgl. § 738 BGB. Note b. α. RJA. **9** 122 (KG.3. 10. 07); β. RJA. **9** 220 (KG. 27. 4. 08). **c)** Besonderer Fall. R. **08** II Ziff. 1651 (KG.). Auflassung des für die in Liquidation getretene Gesellschaft eingetragenen Grundstücks an den übernehmenden Sozius erforderlich, wenn dieser für die Übernahme des Grundstücks den anderen Teilnehmer und die Liquidationsmasse von den Hypotheken befreien soll.

2. Stempel. Anwendbarkeit von Tarif 25 d PrStempStG. auch nach Auflösung auf Übernahmen von Gesellschaftsgrundstücken PrVerwBl. **30** 8 (PrOVG.).

§ 143. Literatur: Marcus, Wann hat der ausscheidende Gesellschafter bei der Anmeldung seines Ausscheidens zum Handelsregister mitzuwirken? Stellung des Registergerichts zum Streite hierüber unter den Gesellschaftern, HoldheimsMSchr. **08** 111.

1. Anmeldung der Auflösung. RJA. **9** 252 (Colmar). Die Liquidation einer durch Veräußerung des Geschäfts und der Firma aufgelösten oHG. ist einzutragen, wenn die im Grundbuche für die bisherige Gesellschaft eingetragenen Immobiliarrechte von der Veräußerung ausgenommen sind, da insoweit eine Liquidation stattfinden muß.

2. Anmeldung des Ausscheidens. **a)** Marcus. Das Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) hinsichtlich der Mitwirkung gemäß § 143 Abs. 2 bis zur Befriedigung der Abfindungssprüche (§ 142 Abs. 3 HGB., § 738 BGB.) wird bejaht, auf § 127 FGG. verwiesen und ein zwangsweises Einschreiten des Registerrichters abgelehnt. **b)** KGBl. **07** 113, DNotV. **08** 752 (LG. I Berlin). Auf Grund einer vorzeitigen Anmeldung des Ausscheidens eines Gesellschafters zu einem künftigen Termine kann die Eintragung des Ausscheidens nach Eintritt des Termins erfolgen, wenn kein Widerruf erfolgt, vielmehr nach dem Termine von den Anmeldenden nochmals angefragt wird, ob nunmehr die Registrierung erfolgt sei.

3. Eintragung der Auflösung. *Wimpfheimer aaO. 119. Es ist ungenau, die „Auflösung" einer Gesellschaft (im weiteren Sinne) in das Handelsregister einzutragen mit den Worten: „ die Gesellschaft ist aufgelöst" oder „durch Beschluß der Gesellschafter wurde die Gesellschaft aufgelöst". Richtigerweise muß es vielmehr heißen: „Die Gesellschafter haben beschlossen die Gesellschaft aufzulösen" (§§ 161, 293, 320).

§ 144. Einfluß der Geschäftsaufgabe bei Konkurs auf Verträge. **RG.** LeipzZ. **08** 938. Erlöschen eines zweiseitigen Vertrags einer Fabrik mit einer KG. über Vertrieb der Fabrikate infolge tatsächlicher Unmöglichkeit zur Erfüllung, wenn die Gläubigerversammlung im Konkurse der Gesellschaft die Aufgabe des Geschäfts beschließt. Kein Wiederaufleben dieses Vertrags, wenn zwei Jahre später nach längst erfolgtem Zwangsvergleiche die Fortsetzung der Gesellschaft unter Eintritt eines neuen Gesellschafters beschlossen wird und inzwischen einer der früheren Gesellschafter als Provisionsreisender der Fabrik tätig gewesen ist. S. auch § 131 Note 5.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. 1. Konstruktion der Liquidation. Vgl. § 730 BGB.

2. Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung als durch Liquidation. **a)** Übernahme der Aktiven und Passiven durch einen Sozius und Geschäftsveräußerung. α. Vgl. JDR. **6** zu § 142 Note 1. β. Vgl. §§ 142, 143 Note 1 und BGB. § 738 Note b. **b)** *Wimpfheimer aaO. 126—135. Die aufgelöste oHG. kann prinzipiell nicht wieder in eine werbende zurückverwandelt werden. Da aber dieses Ziel durch Verkauf des durch die oHG. in Liquidation betriebenen Geschäfts in Pausch und Bogen an eine neue von den gleichen Gesellschaftern gebildete und genau wie die frühere eingerichtete oHG. erreicht wird, kann man praktisch die tatsächliche Wiederaufhebung der Auflösung anerkennen. **c)** Liegt Fortführung eines fallierten Geschäfts vor? LeipzZ. **08** 82 (KG.). Der Begriff des Geschäfts umfaßt nicht bloß Aktiva und Passiva, den Inbegriff der Waren, sondern auch Kundschaft, Ruf usw. (vgl. ROHG. **11** 51). Nicht die Veräußerung der körperlichen Sachen, sondern der Wille der Geschäftsinhaber und die Betätigung nach außen, das Geschäft fortzuführen entscheidet; Tatumstände in concreto: Tätigkeit in den alten Räumlichkeiten, Warenbezug, Verhandlungen trotz des Verkaufs des Geschäfts an den Dritten, Erklärung vor dem Registerrichter (§§ 25, 15); daher Haftung der Geschäftserwerberin trotz interner Nichtübernahme der Verbindlichkeiten. Durch Konkurs wird die Gesellschaft, nicht das Geschäft aufgelöst (vgl. § 144). Es kommt lediglich auf die tatsächliche Fortführung für die Begründung der Schuldenhaftung an. **d)** Verhältnis von Auflösung und Auseinandersetzung bei einem im ganzen veräußerten Geschäfte. **RG.** JW. **08** 686, R. **08** II Ziff. 3440, Ziff. 3465. Die Zulässigkeit des Vollstreckungsurteils aus einem österreichischen Erkenntnisse gegen eine oHG. ist abhängig vom Vorhandensein ungeteilten Gesellschaftsvermögens zur Zeit der Erhebung der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils. Dieses kann nicht ohne weitere Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit der Gesellschaft erlassen werden, da gegen eine nicht mehr bestehende Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen keine Klage erhoben werden kann. Eine Veräußerung des Geschäfts einer oHG. mit Aktiven und Passiven enthält die Auflösung, aber nicht ohne weiteres die Auseinandersetzung; letztere nur dann, falls der Übernehmer den jedem Teilhaber gebührenden, feststehenden Teil der Gegenleistung (z. B. Aktien oder Barbeträge) unmittelbar zu Sondereigentum übertragen soll. Andernfalls wird der Erwerbspreis zunächst Gesellschaftsvermögen der sonach fortbestehenden

Gesellschaft: so im Falle, daß die „übernehmende AG. den Inhabern der veräußernden Firma" gewisse Leistungen gewährt, ohne Erwähnung der Anteilsrechte der Inhaber und deren Namen (vgl. **RG.** JW. **08** 197). Das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil ist gegen die einzelnen Inhaber nicht vollstreckbar (§ 129 Abs. 4), selbst wenn zur Zeit seines Erlasses die Gesellschaft nicht mehr bestanden haben sollte. **e)** OLG. **16** 129, HansGZ. **08** Hptbl. 259 (Hamburg). Kein Übergang des für eine oHG. eingetragenen Warenzeichens auf den bei der Auflösung Aktiven und Passiven, aber nicht die Firma übernehmenden Gesellschafter. **f) RG.** HoldheimsMSchr. **08** 183. Anwendung Abs. 2 TarifSt. 25 d PrStempStG. (nicht Abs. 1) bei Barabfindung des die gesamten Aktiven und Passiven der aufzulösenden oHG. dem anderen überlassenden Gesellschafters; Abs. 1 ist nur anwendbar, soweit die Abfindung nicht die Gegenleistung der Überlassung ist (z. B. Geldabfindung aller Gesellschafter nach Umsetzung des ganzen Gesellschaftsvermögens in Geld). Gleiches Ergebnis, auch wenn eine Hypothek von der Übernahme ausgeschlossen ist. Bei Berechnung der Stempelabgabe sind die Passiven zum halben Betrag anzusetzen als Wert der Schuldübernahme und der Befreiung des abgefundenen Teilnehmers von seiner persönlichen Haftung. Die Überlassung der Hypothek ist kein Entgelt für die des Gesellschaftsvermögens, vielmehr ein nach Abs. 2 und 3 TarifNr. 25 d besonders zu versteuerndes Geschäft.

3. *Wimpfheimer aaO. 35 ff. Auch während der Liquidation sind die vereinbarten Beiträge zu leisten und zwar sowohl die rückständigen als die laufenden.

§ 146. 1. Vergütungsanspruch des Liquidators. Sächs. RpflA. **08** 220, BauersZ. **15** 212 (Dresden). Ob der die Liquidation besorgende Gesellschafter einen Anspruch auf Vergütung hat, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab; an sich ist weder aus der Abänderung des § 110 gegenüber Art. 93 alt. HGB., noch aus § 354 HGB. ein solcher Anspruch herzuleiten.

2. Haftung der Liquidatoren. *Wimpfheimer aaO. 51 ff. Sind alle Gesellschafter Liquidatoren, so haften sie sämtlich wie in eigenen Angelegenheiten. Sind es alle Nichtmitglieder, so haften sie für die Sorgfalt eines „ordentlichen Liquidators". Ist dagegen die Liquidatorenschaft gemischt aus Gesellschaftern und Fremden, so richtet sich tatsächlich die Haftungsverpflichtung nach der Sorgfalt, welche die Gesellschafter-Liquidatoren in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Die Anstellung eines Liquidators ist Werk- nicht Dienstvertrag.

3. *Wimpfheimer aaO. 39 ff. Die Führung der Liquidationsgeschäfte ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht der Gesellschafter der oGH. Die Gesellschafter können die Liquidationsführung nicht niederlegen.

4. Marcus, HoldheimsMSchr. **08** 185, bejaht die Frage, ob sich das gegen eine gerichtliche Bestellung eines Liquidators angerufene Beschwerdegericht auf die Prüfung zu beschränken habe, ob die Anordnung des Registergerichts gerechtfertigt war, wenn in der Beschwerdeinstanz Tatsachen ermittelt sind, die die Abberufung des Ernannten rechtfertigen.

§ 147. Abberufung eines Liquidators. *Wimpfheimer aaO. 43 a. Auch der Liquidator selbst kann diesen Beschluß der Gesellschafter provozieren.

§§ 148, 149. R. 08 II Ziff. 3690 (Colmar). Der eingetragene und publizierte Liquidator braucht sich nicht entgegenhalten zu lassen, daß er einer schriftlichen Ermächtigung der Gesellschaft oder einer gerichtlichen Anordnung für seine Berechtigung zur Einforderung der Gesellschaft geschuldeter Leistungen bedürfe.

§ 149. 1. Aufgaben der Liquidatoren. *Wimpfheimer aaO. Satz 1 gilt auch für § 731 Abs 2 Satz 1 BGB., § 88 GenG., und § 70 GmbHG. Der Begriff „neue werbende Geschäfte" ist möglichst aus-

dehnend zu interpretieren. Genau abzugrenzen ist er in der Praxis überhaupt nicht (Beispiele von Grenzfällen 159—162). Was man als Abwickelungsgeschäft ansehen kann, gilt gegenüber der liquidierenden Gesellschaft zugunsten des Gegenkontrahenten als solches (208). Es kommt bei der Frage, ob ein liquidationsmäßiges Geschäft vorliegt oder nicht, mehr auf den sachlich objektiven Charakter des Geschäfts an, als auf die Absicht, in der es vom Liquidator geschlossen wurde. Darin, daß der Liquidator ein Geschäft eingeht, liegt schon eine gewisse sachliche Vermutung, daß es in den Bereich der Liquidation fällt (210 ff.). Die Unzulässigkeit rein werbender Geschäfte im Liquidationszustande beruht nicht auf beschränkter Rechts- oder Geschäftsfähigkeit (137—144), sie stellt auch kein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. dar (144—147). Nach dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes handelt es sich hier vielmehr um eine Anweisung an die Liquidatoren, um eine gesetzliche Fixierung ihrer Vertretungsmacht, vergleichbar etwa der gesetzlichen Begrenzung der beschränkten Vollmacht des Prokuristen und des Testamentsvollstreckers, nicht um einen das Wesen der liquidierenden Gesellschaft selbst berührenden Rechtssatz. Die Maßgaben für die Liquidatoren wirken daher nur m i t t e l b a r auf die Gesellschaft selbst ein, insofern sie nämlich die Bahnen vorzeichnen, in denen die Liquidatoren die Gesellschaftsgeschäfte künftig zu führen haben (147—150). Die Gesellschaft selbst bleibt nach wie vor an sich fähig, auch neue werbende Geschäfte abzuschließen. Nur können dies die Liquidatoren infolge ihrer beschränkten Vollmacht nicht tun. Dagegen ist es möglich, daß die Gesellschaft, da sie sich noch im Vollbesitz ihrer Geschäftsfähigkeit befindet, die Vollmacht der Liquidatoren erweitert, sie anweist, ein bestimmtes neues werbendes Geschäft einzugehen. Die Gesellschaft betätigt damit lediglich ihre Existenz nach einer Richtung, für die sie in erster Linie nicht mehr bestimmt ist. Deshalb kann auch den Liquidatoren nicht im a l l g e m e i n e n rechtsgeschäftliche Vollmacht zum Abschlusse neuer werbender Geschäfte erteilt werden (163—164). Im übrigen aber betätigt sich die Gesellschaft, wenn sie den Abschluß e i n z e l n e r Rechtsgeschäfte beschließt, nicht in gesetzlich verbotener, wenn auch nicht in gesetzlich gebotener Weise. Zuständig für einen solchen Beschluß einer solchen Anweisung an die Liquidatoren ist nur die Gesellschafterversammlung (153—166) und zwar steht der Anweisung an die Liquidatoren, der diese folgen müssen (196—198), die nachträgliche Genehmigung gleich (195—196). Hierzu ist bei den Gesellschaften im engeren Sinne Einstimmigkeit erforderlich (166). Ebenso bei den Personiden (AG., AKG., Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, GmbH., Gewerkschaft) (172—178). Bei den juristischen Personen dagegen (Verein des BGB., Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) bedarf es nur der Majorität zur Gültigkeit eines derartigen Beschlusses (179—182). Indes ist bei den Personiden ein nur mit (einfacher oder qualifizierter) Majorität zustande gekommener Beschluß auf Eingehung neuer werbender Geschäfte keineswegs nichtig, sondern nur anfechtbar (182 bis 188), und auch dies nur dann, wenn dadurch das Recht des Einzelnen auf die Liquidationsquote verletzt wird. Nichtgesellschafter haben auf solche Beschlüsse überhaupt keinen Einfluß (194). Hinsichtlich der Verbindlichkeit neuer werbender Geschäfte im Liquidationsstadium ist zu scheiden. Hat die Gesellschaft in den Abschluß eines solchen Geschäfts eingewilligt und wußte der Gegenkontrahent, daß es sich um ein liquidationswidriges Geschäft handelte, so ist es gültig (198—199). Ist vom Liquidator ein solches Geschäft abgeschlossen, steht aber die Genehmigung der Gesellschaft noch aus, so ist der Gegenkontrahent gebunden, wenn er wußte, daß die Gesellschaft noch nicht Beschluß gefaßt hatte. Wußte er das nicht, so kann er das Geschäft widerrufen (199—200). Hat dagegen der Liquidator mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung ein neues Geschäft abgeschlossen, das der Gegenkontrahent nicht als solches erkannte, so kann dieser es wegen Irrtums anfechten (200—203). Die Gesellschaft in Liquidation ist sogar an ein liquidationswidriges

Geschäft gebunden, das ihr Liquidator ohne ihre Zustimmung abschloß, sofern nur der Gegenkontrahent dem objektiven Charakter des Geschäfts nach annehmen durfte, daß es ein liquidationsmäßiges war. Will die Gesellschaft daraus ihre Verhaftung ablehnen, so muß sie nachweisen, a) daß es ein liquidationswidriges war, und b) daß der Gegenkontrahent dies wußte (203—213).

2. Honorar des zum Mitliquidator ernannten Prokuristen. OLG. **16** 92 (Hamburg). Unerheblichkeit des Einwandes, daß er für den Fortbezug seines bisherigen Angestelltengehalts während der Liquidationszeit seine gesamte Tätigkeit habe widmen müssen: der Mitliquidator kann nicht Angestellte sein (die Prokura erlischt mit der Auflösung — vgl. Staub Anm. 29 § 149 —, nicht das Angestelltenverhältnis an sich, § 156).

§ 150. Gesamtvertretung. OLG. **16** 89 (Colmar). Kein Anspruch des einen Liquidators einer oHG. gegen den anderen auf Einwilligung in die öffentliche Versteigerung in die Gesellschaft eingebrachter Patente: keine Einbringung der Patente seitens des widersprechenden Liquidators (Gesellschafters), nur quoad usum trotz Mangels einer Schätzung (§ 706 BGB.), weil sie beim Patentamte nicht auf seinen Namen angemeldet sind und auch nach Auflösung der Gesellschaft jede Partei Patent- und Lizenzverkäufe nur mit Zustimmung der anderen abschließen sollte. Andererseits ist die Vereinbarung, daß die Patente Gesellschaftsvermögen werden sollten, auch dann bindend, wenn sie bei der Anmeldung und Eintragung der Patente keinen Ausdruck gefunden hat, vielmehr auf die einzelnen Gesellschafter die Eintragung erfolgt ist. Zur Verwertung der Patente ist die Zustimmung beider Liquidatoren erforderlich; der Richter kann nicht in den Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte eingreifen. Abhilfe ist nur nach § 147 HGB. durch Abberufung des Liquidators möglich.

§ 152. *Wimpfheimer aaO. 44 f. Auch die gerichtlich bestellten Liquidatoren können durch Beschluß der Gesellschafter abberufen werden. Sie können gegen den Willen der Gesellschafter ihr Amt nicht antreten. Dagegen brauchen sie zum Antritt ihres Amtes nicht eine Berufung durch die Gesellschafter abzuwarten.

§ 153. RJA. **9** 252 (Colmar). Liquidationsfirma einer durch Veräußerung des Geschäfts und der Firma bis auf die Immobiliarrechte aufgelösten oHG.: § 30 HGB. ist für die neu zu wählende Liquidationsfirma zu beachten, der Zusatz „in Liquidation" zur alten (veräußerten) Firma genügt nicht. § 31 ist zu beachten.

§ 154. *Wimpfheimer aaO. 30. Die Aufstellung der Bilanz ist nicht unbedingt der letzte Akt der Liquidation.

§ 155. I. Die Schlußverteilung. 1. Behandlung von rechtswidrigen Entnahmen aus der Gesellschaftskasse. RheinA. **105** I 153 (Cöln). Der Liquidator ist befugt, von Mitgesellschaftern Zurückzahlung eines aus dem Gesellschaftsvermögen rechtswidrig entnommenen Betrags zu verlangen oder den Betrag sich bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens als bereits empfangen anrechnen zu lassen. Unzulässige Einwände: die Zurückzahlung sei nur soweit berechtigt, als zur Befriedigung der Gläubiger notwendig; unbefugte Entnahme auch anderer Gesellschafter; die Rückzahlungspflicht bestehe nur insoweit, als mit Rücksichtnahme auf die Entnahme der anderen das schließliche Passivsaldo des Beklagten reiche (Streitigkeiten der Gesellschafter untereinander sind nach § 155 letzt. Abs. untereinander auszufechten).

2. Ansatz ungetilgter Gesellschaftsschulden. **RG.** Leipz. Z. **08** 444. Es ist unrichtig, dem einen Gesellschafter die Hälfte einer ungetilgten Gesellschaftsschuld zugunsten des anderen zur Last zu setzen; die Schuld bildet einen Passivposten beider Gesellschafter, da der andere zu dem ungetilgten Betrage nichts aufgewendet hat, was er von dem ersten erstattet verlangen könnte.

3. Ersatz von Mehraufwand. **RG.** LeipzZ. **08** 534 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 1870, 1871. An sich kann nach völliger Beendigung der Gesellschaft und insbesondere dann, wenn ein Gesellschaftsvermögen nicht mehr vorhanden ist, der Gesellschafter, der für die Gesellschaft mehr aufgewendet hat, als der andere, von dem letzteren, sofern der Vertrag nichts anderes besagt, Ausgleich wegen des zu seinen Gunsten sich ergebenden Saldos verlangen (**RG. 40** 32).

II. Rückforderungsrech der Gesellschaftskasse wegen unbefugter Entnahmen von Geld (s. oben §§ 121, 122 BGB.).

III. Zulässigkeit von Streitigkeiten während der Liquidation. SchlHolstAnz. **08** 218 (Kiel). Zulässigkeit von Forderungen (Klagen) der Mitliquidatoren (Gesellschafter) gegeneinander während schwebenden Liquidationsverfahrens: bejaht für eine Klage des einen Liquidators auf Zahlung des Betrags einer nach Auflösung von dem anderen eingezogenen Gesellschaftsforderung an das Bankguthaben der Liquidationsfirma. Einzelne, besonders bevorzugte Forderungen, zu deren Berichtigung der Gesellschafter jederzeit verpflichtet ist, mag ein Liquidationsverfahren anhängig sein oder nicht, bilden Ausnahmen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit derartiger Klagen.

§ 156. I. *Wimpfheimer aaO. 33 ff. § 156 stimmt mit § 294 Abs. 2 HGB. inhaltlich durchaus überein. Insbesondere werden auch hier wie im § 156 tatsächlich alle vorausgehenden Titel, soweit sie überhaupt in Betracht kommen, für entsprechend anwendbar erklärt.

II. Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter untereinander. Konkurrenzverbot s. § 112.

III. Rechtsverhältnis der Liquidationsgesellschaft zu Dritten. a) Im Prozesse s. § 124 Note 3 II und III; § 128 Note 1 d. **b**) Anfechtbare Handlungen, Vermutung der Fraudulosität s. § 125 Note 2 b. **c**) Zeugnis über die Vertretungsbefugnis, Einfluß der Auflösung auf sie s. § 125 Note 4. **d**) *Wimpfheimer aaO. 59 ff. §§ 717, 719 und 720 BGB. gelten auch für den Liquidationszustand der oHG. Die oHG. kann während der Liquidation ihre Firma ändern und ihren Sitz verlegen, auch können Gesellschafter aus- und eintreten.

§ 158. Auseinandersetzung ohne Liquidation. 1. RJA. **9** 122, R. **08** II Ziff. 2442 (KG.). Verpfändung eines Grundstücks, als dessen Eigentümerin eine — bereits aufgelöste — oHG. eingetragen ist, wenn einer der Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, durch die Gesellschafter: Fortbestand des Eigentums der Gesellschaft, solange nicht das Eigentum auf den Übernehmenden nach vorgängiger Auflassung umgeschrieben ist; allgemein ist der entgegengesetzte Rechtssatz im **RG.** JW. **07** 305 nicht aufgestellt. Hinsichtlich des Fortbestandes der Gesellschaft und der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter im vorliegenden Falle des Ausschlusses der Liquidation gilt § 158. Die Belastung der Gesellschaftsgrundstücke zur Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers wegen seiner Baugeldforderungen sind neue Geschäfte zur Beendigung schwebender im Sinne § 149.

2. *Wimpfheimer aaO. 133. Die Veräußerung des Geschäfts in Pausch und Bogen bedarf, selbst wenn sich Grundstücke in der Masse befinden, keiner Form.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. Verjährung vor 1900 entstandener Ansprüche. Fristbeginn. 1. Abs. 2. Bei Konkurs vor 1900. NaumburgAK. **08** 59 (LG. Halle). Verjährung eines vor 1900 entstandenen Anspruchs gegen die oHG. gegenüber dem Gesellschafter: grundsätzliche Anwendbarkeit Art. 146 alt. HGB.; da die Konkurseröffnung nach altem Handelsrechte nicht eingetragen wurde (vgl. nur PrAGKO. § 13), so fehlt es an der Voraussetzung für die kurze

Verjährung des Art. 146, der Eintragung der Auflösung, es galt also § 546 I. 9 ALR. Da sonach die Forderung am 1. Januar 1900 noch nicht verjährt war, so gilt § 159 n. HGB. (Art. 169 EGBGB. mit Art. 2 EGHGB.), der aber die gleiche Voraussetzung aufstellt, die vorliegend wegen der nur landesrechtlichen Eintragung des Konkurses vor 1900 nicht erfüllt ist.

2. Abs. 3. Bei Fälligkeit nach Eintragung. **RG.** JW. **08** 19, LeipzZ. **08** 157 Ziff. 4. Beginn der Verjährung gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter bezüglich einer vor 1900 entstandenen, erst nach der noch vor 1900 erfolgten Eintragung des Ausscheidens ins Register durch Kündigung fällig gewordenen Forderung.

Anhang zum ersten Abschnitt.

1. WürttJ. **08** 354 (WürttVerwGH.) Das Einkommen einer württ. oHG. aus dem Besitze von Geschäftsanteilen einer außerhalb dieses Bundesstaats domilizierten GmbH. ist als Einkommen aus Gewerbebetrieb zu versteuern. Bezüge aus Forderungen und Wertpapieren, die zum gewerblichen Betriebskapital eines württ. Gewerbebetriebs gehören, gelten als Einkommen aus diesem Gewerbebetriebe.

2. WürttJ. **08** 349 (WürttVerwGH.) Versteuerung des Einkommens einer in Württemberg domizilierten oHG. durch ihre Teilnehmer aus nicht in Württemberg gelegenen und auch aus außerdeutschen Filialen: nur soweit ein Einfluß der am Hauptsitze bestehenden Geschäftsführung auf die Erzielung des auswärtigen Geschäftsertrags vorhanden ist. Beweislast der Steuerbehörde.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Literatur: Inhulsen, Das englische Gesetz vom 28. August 1907 betr. die KG., HoldheimsMSchr. **08** 7. — Tomalla, Ist der Kommanditist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs? GoldschmidtsZ. **63** 43 ff.

§ 161. Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** Tomalla. Grundlage für die Entscheidung der Frage ist § 1 Abs. 1 HGB. (47 f.). I. Widerlegung einzelner Argumente: a) Die Kaufmannseigenschaft gebührt nicht unbedingt demjenigen, der die gewerblichen Funktionen tatsächlich ausübt, sondern stets demjenigen, in dessen Namen sie ausgeübt werden, der aus den im Betriebe des Handelsgewerbes abgeschlossenen Geschäften berechtigt und verpflichtet wird (vgl. Prokurist, Vormund, Konkursverwalter, Liquidator). b) Betriebsoffenkundigkeit ist kein Erfordernis der Kaufmannseigenschaft (gegen Düringer-Hachenburg u. a.), weder im Sinne: „Bekanntheit im Umkreise der Handelswelt" (§ 161 Abs. 1 HGB.); noch im Sinne: „Hervortreten als Kaufmann dem Publikum gegenüber" (49), was weder selbst beim Einzelkaufmann erforderlich ist, noch aus dem Grundsatze der Firmenwahrheit folgt. c) Die Beschränkung der Haftung ist mit der Kaufmannseigenschaft nicht unvereinbar (51). Die Haftungsart ist keine Voraussetzung einer Tätigkeit, sondern eine Wirkung. Vgl. auch bei der Reederei §§ 486, 726, 753. II. Die Lösung ist abhängig von der Entscheidung, ob der Kommanditist ein Handelsgewerbe betreibt, Subjekt der im Betriebe des Gewerbes der Gesellschaft entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten ist, welchen rechtlichen Charakter die KG. hat (54 f.). Sie ist eine vom Prinzipe der gesamten Hand beherrschte, personenrechtliche Zweckverbindung; keine bloße Kapitalbeteiligung (§§ 177, 139); alle Sozien sind Inhaber des Gewerbes, Prozeßpartei, zeugnisunfähig, auf Verträge mit Verwandten des Kommanditisten ist § 31 KO. anwendbar. Unerheblich für die Frage der Inhaberschaft ist die regelmäßig beschränkte (vgl. aber § 176) und die nur ausnahmsweise (§ 171) direkte Haftung des Kommanditisten; ebenso seine Anonymität nach § 19 Abs. 4 HGB. (60), seine

Nichtnennung im § 236 Abs. 1 HGB., die Möglichkeit, ihn zum Prokuristen zu bestellen (**RG. 31** 39), die nach herrschender Meinung bestehende Unanwendbarkeit des § 1367 BGB. auf den Kommanditisten. III. Der Kommanditist ist aber nur in seinem Handelsgewerbe Kaufmann (§ 344 HGB.), auch § 8 AbzG. vom 16. Mai 1894 beweist nichts dagegen (63); die für den Kaufmann maßgebenden Vorschriften finden wie bei allen Gemeinschaftskaufleuten nur in seinem Verhältnisse zur Gesellschaft Anwendung. Ergebnisse dieser Grundsätze für die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften: a) Vorschriften, denen der Kaufmannsbegriff des HGB. zugrunde liegt: § 101 Abs. 1 GVG. anwendbar, Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen für gegen den Kommanditisten gerichtete Klagen gemäß § 171 Abs. 1 HGB.; Zulässigkeit der Streitverkündung an die Gesellschaft, die gesamte Hand ist Intervenient. Das gleiche gilt für § 5 Abs. 2 KfmGG., doch ist im § 12 Abs. 1 dieses Gesetzes unter „Beschäftigung" nicht nur ein Rechtsverhältnis, sondern eine persönliche Beziehung zu dem Angestellten zu verstehen; ferner für § 113 GVG. (Fähigkeit als Handelsrichter) und Art. 4 EGHGB. b) Vorschriften im Interesse der Verkehrssicherheit (68 f.): im allgemeinen nur anwendbar auf den Kommanditisten, falls zur Geschäftsführung vertraglich berechtigt oder verpflichtet: §§ 38, 39 HGB., 238, 240 KO., 355 ff., 362 Abs. 1 Satz 2, 346, 347, 348, 354, 366, 352—354 HGB. c) Den Kaufmann im Hinblick auf seine besonderen Fähigkeiten begünstigende Vorschriften (69): solche Fähigkeiten sind beim Kommanditisten mangels regelmäßiger Betätigung nicht vorauszusetzen, daher unanwendbar: §§ 363 ff., 369 ff., § 8 AbzG.

§ 164. Interne Beschränkung der Geschäftsführung. **RG.** ElsLothJZ. **08** 495, LeipzZ. **08** 535, ZBlFG. **9** 38, R. **08** II Ziff. 2237. Mit dem Begriff einer KG. ist es nicht unverträglich, daß der persönlich haftende Gesellschafter gegenüber dem Kommanditisten in allen Stücken an dessen Zustimmung gebunden ist.

§ 165. Konkurrenzverbot. S. § 112 bezüglich des Komplementars zugunsten des Kommanditisten nach Auflösung der Gesellschaft.

§ 167. 1. Vgl. § 120 Note 1 (Abschreibungen ohne Wertverlust bei Umwandlung eines Einzelgeschäfts in eine KG.).

2. Privatvermögen des Komplementars in der Bilanz s. § 120.

§§ 168, 169. Dürfen die von Gewinn und Verlust unabhängigen und im Einzelfall durch Gewinn nicht gedeckten Ansprüche des Kommanditisten auf bestimmte Entnahmen aus der Gesellschaftskasse abgetreten werden? **RG. 67** 13, JW. **08** 30, R. **08** II Ziff. 58 (teilweise), LeipzZ. **08** 157 Ziff. 3. Abtretung von Ansprüchen aus einer kommanditarischen Beteiligung, insbesondere auf jährliche Zahlung von 4000 M., die in Anrechnung auf den Gesellschaftsanteil und die sonstigen Gebührnisse eines Kommanditisten zustehen (Abtretung nach 1900; Gründung der Gesellschaft 1893, neuer Vertrag ab Oktober 1902): Grundsätzlich (vgl. **RG.** I. 25. 1. 05) würde sich die Abtretbarkeit der vor dem Vertrage vom Oktober 1902 fälligen Beträge nach altem Rechte richten, da sie auf dem Gesellschaftsvertrage von 1893 beruhen. Weder das alte HGB. noch das französische Recht enthalten in Frage kommende Abtretungsverbote. Die Artt. 169, 119 alt. HGB. enthalten nur ein Vollstreckungsverbot, das nach französischem Rechte ein Abtretungsverbot nicht in sich schließt. Das Vollstreckungsverbot der Artt. 169, 119 alt. HGB. erhält Bedeutung indessen durch § 400 BGB., der zur Anwendung des neuen Rechtes führt, soweit dieses aus sozialen Erwägungen die Abtretung nicht zuläßt. Dies ist nach § 717 BGB. der Fall: dessen Wortlaut ist nicht ausdehnbar, den abtretbaren Ansprüchen auf Gewinnanteil sind also nicht gleichzustellen die von Gewinn und Verlust unabhängigen, im Einzelfalle durch Gewinn nicht gedeckten

Ansprüche eines Kommanditisten auf bestimmte Entnahmen aus der Gesellschaftskasse, die vertragsmäßig als sog. feste Zinsen oder in anderer Form zugelassen sind; um so weniger, als derartige Bezüge bezwecken, den laufenden Lebensunterhalt des Gesellschafters zu decken. Nach altem Rechte sind demnach Einlagezinsen im Zweifel abtretbar, nach neuem Rechte, nur soweit sie durch Gewinn gedeckt sind, letzteres gilt auch für alle übrigen Entnahmen nach beiden Rechten. S. auch BGB. § 717 Ziff. 1 und § 400.

§ 172. Abs. 4. Rückzahlung der Einlage. Mitter, DJZ. **08** 703, berichtet von zwei entgegengesetzten Urteilen zweier Senate desselben OLG. in folgender Frage: Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der KG. i. L., wenn er eine Rückzahlung seiner Einlage von einer oHG. erhalten hat, die der bisherige Komplementar der KG. mit einem Dritten unter Ausschluß des Überganges von Forderungen und Schulden der bisherigen Gesellschaft geschlossen hat (vgl. Art. 165 alt. HGB.). Verf. neigt zur Verneinung der Haftung, falls die KG. dem Dritten, der die Einlage zurückgewährt, zum Ersatze nicht verpflichtet ist.

§ 177. (Exkurs zu § 177.) Vertragsmäßiges Ausscheiden. LeipzZ. **08** 445. Anfechtung des Auseinandersetzungsvertrags mit einem ausgeschiedenen persönlich haftenden Gesellschafter wegen Irrtums über die Höhe seines zu $^1/_3$ übernommenen Passivsaldos: es ist nicht dargetan, daß bei Kenntnis und verständiger Würdigung der ganzen Lage weder der Anfechtende noch die Kommanditisten sich entschlossen hätten, das Abkommen mit dem Beklagten zu treffen.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre sind eine Reihe größerer theoretischer Arbeiten und zahlreiche Entscheidungen aller Instanzen von weittragender Bedeutung zu verzeichnen. Aus der Literatur sind an erster Stelle zu nennen der Aufsatz von Veit Simon über Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats (s. § 243) und die Abhandlung von Wimpfheimer. Veit Simon erörtert in eindringender Weise unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Entwickelung und Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften die Frage, ob die Wahl der Firmen statt ihrer Vertreter in den Aufsichtsrat erst einer Gesetzesänderung bedürfe. Er gelangt zur Verneinung dieser Frage, indem er das Schlagwort von der „Handlungsunfähigkeit" der juristischen Personen einer scharfen Kritik unterzieht. Wimpfheimer gibt eine Theorie der Liquidation aller Gesellschaftsarten; durch Vergleich der Vorschriften ergeben sich die gemeinsamen Grundgedanken des Liquidationsrechts und die Sonderheiten. Hervorzuheben ist ferner das Buch von Fischer über die Bilanzwerte (vgl. JDR. **4** zu § 261), von dessen speziell das Aktienrecht betreffenden Ausführungen namentlich die zu § 314 zu betonen sind, und die Exegese zu den §§ 237, 245 von Scheller, sowie die Monographie zu § 227 von Hirschland. — Aus der Rechtsprechung des RG. ist an erster Stelle das Urteil im Hiberniaprozesse zu nennen (§§ 185, 252, 271, 282); insbesondere für die Stellung der Generalversammlung und der Minorität in ihr gegenüber vorherigen Abmachungen der Mehrheitsparteien ist diese Entscheidung grundlegend. Eine erhebliche Rolle spielt in der höchstrichterlichen Spruchpraxis auch noch immer die Frage, inwieweit die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder Dritten, insbesondere gegenüber dem Aktionäre, haften, und das Verhältnis der §§ 241, 249, 314 HGB. zu den Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlungen. Wichtige Entscheidungen sind die bei den §§ 256 und 274 mitgeteilten über die Ankündigungen der Tagesordnung. Gegen die Übertreibung des Dogmas von der Bilanzwahrheit und -offenheit nimmt auch das RG. in seinem Urteile vom 25. März 1908 (s. § 261) Stellung. — Vom KG. liegen diesmal Beschlüsse über das materielle Aktienrecht kaum vor, die bei den §§ 234, 248, 271, 288, 299, 306 angeführten Entscheidungen betreffen im wesentlichen formelle Fragen.

Literatur: Arnold, Die Aufschlußpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Generalversammlung. München 1908. — Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind. — Hirschland, Die Einziehung von Aktien. München 1908. — Scheller, Die Berechnung der Tantieme für Vorstand und Aufsichtsrat der AG. Leipzig 1908. — Veit Simon, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von AGen. LeipzZ. **08** 1 ff. — Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation. München 1908.

Allgemeine Bemerkungen.

Literatur: Altschul, Zwingendes Aktienrecht und Statuten von AGen, SächsRpflA. **08** 49.

1. Altschul erörtert im Anschluß an **RG. 49** 77 und **65** 91, die sich über die grundsätzlich absolute Natur der aktienrechtlichen Vorschriften (im Gegensatze zu der gegenüber dem Gesellschaftsvertrage subsidiären Natur der gesetzlichen Vorschriften über oHGen, GmbH. und Genossenschaften) verhalten, eine Reihe von Bestimmungen aus AGstatuten, die gegen zwingende, gesetzliche Vorschriften verstoßen, insbesondere gegen die §§ 259, 252 Abs. 2, 260 Abs. 1, 262 Ziff. 1, 274 Abs. 1 HGB.

2. Ausländisches Recht: s. §§ 259, 261 Note 2 c.
England: s. §§ 201 und 302.
Amerika: s. Anhang (Stempelrecht).

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 178. 1. Über gesellschaftliche Elemente in der AG. vgl. Wimpfheimer, Liquidation 172—173.

2. Über die Bedeutung der Worte Grundkapital und Aktie und ferner über die Beziehungen der Aktie zum Grundkapitale vgl. Fischer zu § 261 Ziff. 5 HGB.

§ 179. 1. Inhaberaktien. **RG.** LeipzZ. **08** 449 Ziff. 25. Der Besitz der Inhaberaktie legitimiert zur Geltendmachung der Rechte aus dem Papiere (Vermutung des § 1006 Satz 1 BGB.). Es kann dem Inhaber aber entgegengehalten werden, daß er trotzdem nicht legitimiert sei, weil er nur auf Grund eines Scheingeschäfts das Papier habe.

2. Begriff des Interimsscheins s. § 314 Ziff. 3.

3. Genußschein. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 4. **b)** BauersZ. **16** 32 (SächsOVG.) Rechtlicher Charakter der „Genußscheine": eine allgemein gültige Bestimmung ist unmöglich, sie sind nicht bloß als Verbriefung von Aktionär- oder Gläubigerrechten denkbar; maßgebend für den rechtlichen Charakter sind der Gesellschaftsvertrag, der Inhalt des Genußscheins und die Art seiner Entstehung. (Für das sächsische Steuerrecht wird unterschieden Ausgabe von Genußscheinen zwecks größerer Beweglichkeit der Aktien und Änderung der Gewinnverteilungsart, oder an Stelle amortisierter Aktien als Abfindung untergegangener Mitgliedschaftsrechte). **c)** Beispiel der letzteren Art LG. Straßburg s. § 300. **d)** Vgl. u. § 213 Ziff. 2.

§§ 182 ff. Literatur: BauersZ. **15** 197, Wie die Gründungsvorschriften des deutschen Aktienrechts die Gläubigerinteressen bei AG. wahrnehmen.

Erörtert wird die Natur des Aktienkapitals als „reeller Kapitalfaktor" — keine fiktive Ziffer. Drei Gruppen von Vorschriften zwecks vollwertiger Erlangung des Grundkapitals: a) betreffend die Gewährleistung des vollen Wertes der Sacheinlagen und die Haftung der für die Gesellschaft im Gründungsstadium handelnden Personen (§ 200 HGB. bei Handlungen im Namen der AG. als schon entstandener; § 54 bzw. §§ 705, 427, 431 BGB. bei für die entstehende Gesellschaft unwirksamem Handeln; bedingte Geschäfte, falls für die zu gründende Gesellschaft gehandelt wird), §§ 186—191, 207 HGB.; b) betreffend die Beschaffung des Aktienkapitals: §§ 193, 195, 220 ff., 179; c) betreffend die Verantwortlichkeit der bei der

Gründung beteiligten Personen: der Gründer und Gründergenossen (gehilfen) § 202, der Ankündiger (Emissionshäuser) § 203, der Organe (§ 204) nebst der Erschwerung von Vergleichen und Verzichten (§ 205), strafrechtliche Verantwortlichkeit § 312.

§ 182. 1. Ziff. 1. Firma. **RG.** LeipzZ. **08** 56 Ziff. 4. Fortführung eines Handelsgeschäfts unter der alten Firma im Sinne § 25 trotz des Zusatzes „AG." (§§ 20, 22).

2. Ziff. 2. Gegenstand des Unternehmens. **RG.** I. 26. 6. 07, EisenbE. **24** 171, R. **07** 1061 II Ziff. 2504. Auslegung eines Gesellschaftsvertrags gemäß § 133, nicht auf Grund des Prospekts, soweit der Vertragswortlaut keinen Anhalt dafür bietet: ist im Vertrag als Gegenstand des Gesellschaftsunternehmens der Bau und Betrieb von elektrischen und anderen Bahnanlagen angegeben, insbesondere bestimmter Linien, so kann nicht auf Grund eines vorherigen Prospekts der Gesellschaftszweck auf den Bau einer kurzen Bahnstrecke mit Pferdebetrieb eingeschränkt werden.

3. Ziff. 3. Höhe des Grundkapitals. RJA. **9** 185, ZBlFG. **9** 272, R. **08** II Ziff. 3514 (KG. 30. 5. 08). Das Registergericht ist befugt, die Eintragung eines Beschlusses der Generalversammlung über Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals abzulehnen, wenn die sich aus ihm ergebende Fassung des Statuts die Höhe des Grundkapitals nicht mehr ziffernmäßig angibt, sondern nur Zahl und Nennbetrag der Aktien. Natur des § 182 als Ordnungsvorschrift.

4. Ziff. 4. Bestellung des Vorstandes. BauersZ. **15** 121 f., Qualifizierter Aufsichtsratsbeschluß zur Anstellung und Entlassung der Vorstandsmitglieder. Der Wortlaut des Statuts wird vorgeschlagen, um die Anstellung und Abberufung von Zufallsmajoritäten unabhängig zu machen.

§ 185. Vorbemerkung. Das hier mitgeteilte Urteil des RG. beendigt den Hiberniastreit. Vgl. noch unteu §§ 252, 271, 282. Die reichhaltigen Erörterungen zu diesem aktienrechtlich so bedeutsamen Kampfe s. JDR. **3** § 254 und vor § 274; **4** § 243 Ziff. 4; **5** § 252 Ziff. 2, § 256 Ziff. 2, § 282 Ziff. 3, § 303 Ziff. 1; **6** Literatur vor § 179.

Vorzugsaktien. Hiberniastreit: **RG. 68** 235, JW. **08** 462, ZBlFG. **9** 38, LeipzZ. **08** 444 Ziff. 4, BauersZ. **15** 245, HoldheimsMSchr. **08** 173, DJZ. **08** 705, R. **08** II Ziff. 2404 ff. Ein Beschluß der Generalversammlung, Vorzugsaktien mit dem Vorrechte zu schaffen, daß — falls der verteilbare Reingewinn eines einzelnen Jahres zur Gewährung einer 4 ½ prozentigen Dividende nicht ausreichen sollte — aus dem Reingewinne der folgenden Jahre die jeweiligen Dividendenrückstände vorweg berichtigt und ergänzt werden sollen, ist nach § 185 gültig (ROHG. **22** 361). Auch für die Gestaltung der Vorzugsberechtigungen bei der Verteilung der Liquidationsmasse unter die Aktionäre herrscht nach § 300 Vertragsfreiheit, gegen die obiger Beschluß nicht verstößt. § 215 soll nur die Verteilung von Vermögen, das nicht Reingewinn ist, während des Bestehens der AG. verhüten; dieser Zweck ist nach Eintritt der Liquidation weggefallen, der Paragraph bietet daher kein Hindernis für den Beschluß. Form des Beschlusses § 274 (s. § 252).

§ 186. 1. Besonderer Vorteil. **a)** Vgl. JDR. **6**. **b)** BauersZ. **16** 10 (Colmar). Die Übernahme der persönlichen Verpflichtung des Mitbegründers einer AG., einem Dritten gegen Zeichnung von Aktien die Kundschaft der AG. zuzuwenden, ist rechtswirksam (Vertrag zu Lasten Dritter) und fällt nicht unter § 186 HGB. **c) RG.** BauersZ. **15** 92. Abs. 1 hat nur die Einräumung irgendwelcher gesellschaftlicher, mitgliedschaftlicher Vorteile, die mit den aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Rechten und Pflichten zusammenhängen, im Sinne; nicht gehört hierher ein einem Dritten auferlegtes territoriales Konkurrenzverbot zugunsten eines Aktionärs.

2. Abs. 2. **RG.** BauersZ. **15** 92. Einlage- (nicht Übernahme-) Vertrag, wenn zugunsten eines Aktionärs einem Dritten ein territoriales Konkurrenzverbot auferlegt wird; die Monopolgewährung ist keine besondere Vergütung für den Aktionär, wenn er sein gleichfalls im Interesse des Dritten territorial begrenztes Geschäft als Einlage macht.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 297 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 1873. Heilung eines nach Abs. 4 ungültigen Beschlusses (Abs. 1 oder 2) nur durch einen als Statutenänderung sich darstellenden Generalversammlungsbeschluß.

§ 189. 1. Das Wesen der Aktienzeichnung. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) **RG.** JW. **08** 464, BayRpflZ. **08** 269, HoldheimsMSchr. **08** 251, R. **08** II Ziff. 2238, LeipzZ. **08** 535 Ziff. 5. Aktienzeichnung — auch bei Kapitalserhöhung — nicht nur eine der Gesellschaft gegenüber verpflichtende Erklärung, sondern ein rechtspolizeilicher Akt, der auch gegenüber der Registerbehörde und dem Publikum gegenüber abgegeben wird, bedingungslos nach Maßgabe des Inhalts des Zeichnungsscheins verpflichtet; Nichtigkeit von Beschränkungen, Vorbehalten, privaten Abreden zwischen Zeichner und Gesellschaftsorganen gegenüber der AG. Unerheblichkeit des Einwandes, daß die Zeichnung nur „provisorisch", ohne Wille, das Aktieneigentum zu erwerben, erfolgt sei, um die Emission ohne Vermittelung eines Bankhauses zustande zu bringen (ROHG. **5** 415, **20** 270, **RG.** **2** 132, **9** 37, **19** 126, **45** 108, **54** 129).

2. **RG.** LeipzZ. **08** 773 Ziff. 3, R. **08** II. Ziff. 2554. Bank als Zeichenstelle: nicht Mäklertätigkeit, sondern Geschäftsbesorgung für die emittierende Gesellschaft (§ 675 BGB.); keine die Willenseinigung vermittelnde Tätigkeit, in der Regel kein Vertragsverhältnis zu den Zeichnern.

§ 192. Dove, Die Revision des Gründungsherganges bei AG., ZAktWes. **08** 1 ff. und BankA. **7** 97, 117. Erörtert wird, in welcher Weise seitens der zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organe die Revisionstätigkeit entsprechend ausgestaltet werden kann.

§ 200. Die AG. vor der Eintragung. WürttJ. **19** 264, R. **08** II Ziff. 55 (Stuttgart). Wer für eine noch zu gründende AG. mit noch festzustellendem Namen und Zwecke ein Anwesen kauft, handelt in eigenem Namen, aber zugleich als auftragloser Geschäftsführer der künftigen Gesellschaft (§ 677 BGB.).

§§ 201. Zweigniederlassungen ausländischer AG. 1. Vgl. JDR. **6** Note 2.

2. OLG. **16** 102, RJA. **9** 39, KGJ. **35** A 354, WürttZ. **08** 277, SeuffBl. **07** 897, ZBlFG. 8 433, DJZ. **08** 1040, DNotV. **08** 769, R. **08** II Ziff. 922, **07** II Ziff. 2815, 2821, BauersZ. **15** 133 (BayObLG. 10. 7. 07). Die inländische Niederlassung einer ausländischen (englischen) AG. ist selbst dann eine Zweigniederlassung, wenn der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft (Wasserwerk) ausschließlich in dieser Niederlassung vor sich geht. Auch bei ausländischen AG. ist die Anmeldung zum inländischen Handelsregister persönliche Angelegenheit der Vorstandsmitglieder. Der inländische Bevollmächtigte ist zur Vornahme der ihm an sich übertragbaren Anmeldung nicht verpflichtet; das Verfahren gemäß § 14 HGB. kann nicht gegen ihn gerichtet werden.

3. Vgl. auch Marcus u. zu § 259 Ziff. 2c.

§ 202. Haftung der Gründer für nicht ins Statut aufgenommene Zusagen. BayRpflZ. **08** 359, R. **08** II Ziff. 847 (BayObLG.). Die Gründer haften der Gesellschaft nicht für die Erfüllung von Zusagen, die sie vor oder bei der Gründung gegenüber den Mitbegründern abgegeben haben, die aber in das Statut nicht aufgenommen sind. Aus einer besonderen Vereinbarung unter den Gründern können nur die anderen Mitgründer Ansprüche

herleiten; ist die „Zusage“ in Täuschungsabsicht erfolgt, so wären nur die einzelnen getäuschten Mitgründer ersatzberechtigt.

§ 203. Literatur: Heck, Aktionärpflicht und Prospekthaftung, LeipzZ. **08** 917. — Werner, Prospekt für eigene Aktien und Anleihen, LeipzZ. **08** 592.

1. Werner. Ausgangspunkt ist die im § 45 BörsG. normierte Haftpflicht der Einführungsfirma für die Angaben des Prospekts und andererseits die Judikatur des **RG. 54** 128, daß der einzelne Aktionär den ihm aus seiner Beteiligung erwachsenen Schaden von der Gesellschaft nicht ersetzt verlangen kann. Anträge der AG. auf Zulassung ihrer eigenen Aktien sind daher wegen Unvereinbarkeit beider Grundsätze unzulässig, nicht Anträge bezüglich eigener Anleihen.

2. Heck (gegen Werner). Der Grundsatz des RG., daß der Aktionär niemals berechtigt sei, den durch seine Beteiligung entstandenen Schaden auf die Gesellschaft abzuwälzen, muß zurücktreten hinter die im § 45 BörsG. geregelte Haftung des Prospektierenden; § 45 ist die jüngere lex specialis. Bei Ablehnung der Haftung der AG. würde auch das von ihr informierte Emissionshaus mit Rücksicht auf seinen Regreß an die Gesellschaft nicht haftbar gemacht werden können. § 45 ist zwingenden Rechtes (§ 48).

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Allgemeine Bemerkungen.

Sonderrechte s. unten §§ 250, 251 Ziff. 4.

§ 210. Rechtspersönlichkeit der AG. 1. PosMSchr. **08** 140 (Posen). Eine für den Betrieb einer AG. errichtete Betriebskrankenkasse ist ein selbständiges, von der AG. verschiedenes Rechtssubjekt (§§ 59, 65, 24, 35 KrankVG.); Ansprüche eines Kassenarztes gegen die Kasse können daher nicht auf Geschäfte mit Vertretern der AG. gestützt werden.

2. Wahlrecht gemäß § 8 ÖstlStädteO. a) PrVerwBl. **29** 730 (Pr. OVG.). Maßgebend sind für den Vergleich mit den drei Höchstbesteuerten die veranlagten, wenn auch nicht entrichteten Steuern (Mitansatz der Gewerbesteuer). **b**) Gemäß § 35 Abs. 3 RheinKreisO. s. PrVerwBl. **29** 1017. **c**) Vgl. JDR. **3** Note 2.

3. BauersZ. **15** 122 (Urteil auf weitere Beschwerde, ohne Datum und Angabe des Gerichts). Die Bestellung von Pflegern für juristische Personen — insbesondere zwecks Durchführung der von ihrem einzigen gesetzlichen Vertreter betriebenen Zwangsvollstreckung gegen sie selbst — ist unzulässig; § 1909 BGB. ist nicht anwendbar. Abhilfe nach dem auch auf AG. anwendbaren § 29 BGB.

§§ 211, 219, 221. Geschenk eigener nicht voll eingezahlter Aktien an die AG. DJZ. **08** 86 (BayObLG.) s. JDR. **6**.

§ 212. Rübenleistungspflicht. **RG.** BauersZ. **15** 79. Eine Auslegung des den Aktionären eine Rübenleistungspflicht auferlegenden Nebenleistungsvertrags dahin, daß nach ihm nur Rüben für den Fabrikbetrieb der AG. selbst zu liefern seien und mit dessen Aufhebung auch die Rübenlieferungspflicht wegfalle, ist zulässig (Art. 219 alt. HGB.), aber Tatfrage. Die Preisfestsetzung durch den Aufsichtsrat als Organ der AG. ist als solche durch eine Vertragspartei zu beurteilen; sie hat nach billigem Ermessen zu erfolgen, bei Unbilligkeit durch Urteil.

§ 213. Literatur: BauersZ. **15** 130, Die Ausgabe von Gewinnanteilscheinen (Genußscheinen) gegen Zahlung eines bestimmten Betrags auf jede Aktie, die dann in eine Vorzugsaktie umgewandelt wird. — Das. S. 212, Genußscheine als Entschädigung für Einbußen infolge früherer Aktienzusammenlegung.

1. Verbot der Einlagerückforderung. (i. Verb. m. §§ 215, 261 Ziff. 5 HGB.). *Fischer, Bilanzwerte 325 ff., 394 ff. Das Verbot in den §§ 213, 215, das jeweilige Gesellschaftsvermögen zugunsten der Aktionäre

herunter unter einen den Einlagen gleichkommenden Betrag abzumindern, ist keineswegs identisch mit der Vorschrift im § 261 Ziff. 5, die Ziffer des Grundkapitalkontos unverändert und somit stets erkennbar zu halten. Vielmehr ist diese Buchführungsvorschrift nur eine Zweckmäßigkeitsregel, namentlich, um die Befolgung der materiell-rechtlichen Vorschrift in den §§ 213, 215 besser kontrollieren zu können. Auch sind die Schutzbedürftigen im Sinne der §§ 213, 215 in erster Linie nicht, wie es gewöhnlich heißt, die Gesellschaftsgläubiger, sondern die künftigen von der Agiotage bedrohten Erwerber der Aktien. Daß die Wirksamkeit der Kontrolle oft genug allein in der Publizität beruht, s. zu § 265 HGB.

2. Genußscheine. a) Vgl. o. § 179 Ziff. 3. b) BauersZ. **15** 130. Die Natur dieser Genußscheine als Schuldverschreibungen bedingter Natur wird erörtert. c) BauersZ. **15** 212 gibt ein Muster für den in der Überschrift bezeichneten Fall.

§ 215. Literatur: Just, Die Bedeutung des Wortes „Aktienzinsen" in den Vorschriften über die Besteuerung der AG., HoldheimsMSchr. **08** 113.

1. Just. Im § 4 SächsEinkStG. vom 22. Dezember 1874, BadEinkStG. vom 20. Juni 1884, PrEinkStG. vom 24. Juni 1891/19. Juni 1906 § 15 bedeutet das Wort nicht bloß „Bauzinsen" (so Fuisting, Simon, PrOVG. in SteuerS. **7** 315), dargelegt an dem Sprachgebrauche der SächsVO., die Verzinsung der Aktien bei Aktienvereinen für gewerbliche Unternehmungen betr., vom 31. Juli 1839; hiernach hießen damals die Gewinnanteile bis zu gewissem Prozentsatze Zinsen, darüber hinaus Dividende.

2. Dividendengarantie. a) Vgl. JDR. **5**. b) **RG.** 15. 5. 07, LeipzZ. **07** 592, EisenbE. **24** 154, BauersZ. **15** 151. Derjenige, der für ein Eisenbahnunternehmen eine Mindestdividende gegen Zusage des Anschlusses seines Etablissements an die Bahn garantiert hat, kann nicht deshalb eine Minderung seiner Verpflichtung aus der Dividendengarantie beanspruchen, weil sich nicht alle von ihm gewünschten und erwarteten Anschlußgeleise ausführen ließen.

3. Bauzinsen. *Fischer, Bilanzwerte 401 f. Aus Zusammenhalt der §§ 215, 261 Ziff. 5 ergibt sich, daß die Möglichkeit, sog. Bauzinsen zu gewähren, zu einer Verringerung des tatsächlichen Einlagevermögens und entsprechend zu einer Aktivierung von Unkosten führt (8 ff.). Die Gestattung der äußerst bedenklichen Bauzinsen durch den § 215 ist zu verstehen als Konzession an den Grundzug im Aktienwesen, der oft genug zum Grundübel wird, nämlich an das Streben, die Aktien verkäuflich zu machen.

§ 221. Unübertragbarkeit des Anspruchs der AG. auf die rückständige Einlage. OLG. Düsseldorf (JDR. **6**) auch BauersZ. **15** 132.

§ 222. Aktienübertragung. LeipzZ. **08** 245, R. **08** II. Ziff. 2799 (Hamburg). Beim Verkaufe von Aktien ist die Garantie, daß sie demnächst zum Handel an der Börse zugelassen würden, keine Zusicherung einer Eigenschaft.

§ 226. Erwerb eigener Aktien. *Fischer, Bilanzwerte 421. Ankäufe eigener Aktien für eigene Rechnung der Gesellschaft werden meist zum Zwecke der Kursregulierungen vorgenommen und werden nicht allein zu einer Kursfälschung, sondern auch, sofern sie in größerem Umfang erfolgen, zu einer Schwächung des dann gewöhnlich zu wenig liquiden Gesellschaftsvermögens und am Ende durch fortgesetzte Schwächung der Liquidität zum Zusammenbruche führen. Daher das Verbot des § 226, im regelmäßigen Geschäftsbetrieb eigene Aktien zu erwerben.

§ 227. Literatur: Hirschland, Die Einziehung von Aktien. München 1908.

Wesen der Einziehung. 1. OLG. Braunschweig, JDR. **6** Note 1, auch KGJ. **35** A 356, R. **08** II 238.

2. *Hirschland. Die Einziehung ist eine Vernichtung des Aktienrechts, durch die eine Verminderung der Anzahl der Aktien bewirkt wird. Begriffsmäßig ist sie weder Erwerb von Aktienrechten, noch führt sie eine Verminderung des Grundkapitals herbei, auch nicht, wenn sie aus dem nach der jährlichen Bilanz verfügbaren Gewinn erfolgt, da zwischen Grundkapital und Grundvermögen zu unterscheiden ist (aM. vor allem Staub 770, Goldmann 958, Rehm, Bilanzen 423 ff., Simon 220, **RG. 49** 77 ff.). Die Einziehung ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. Sie kann erfolgen, wenn a) die AG. Aktien wie ein Privatmann erwirbt. Der Erwerb kann durch Kauf, aber auch auf jede andere Weise erfolgen, z. B. durch Tausch, Erbschaft, Vergleich u. a., er kann entgeltlich und unentgeltlich sein. Die Einziehung kann ferner erfolgen, wenn b) die AG. das Verfügungsrecht über die Aktienrechte auf Grund des bei der Entstehung des Aktienrechts geschlossenen Gesellschaftsvertrags erwirbt — dann hat entweder die AG. ein bedingtes oder unbedingtes Recht auf den Erwerb der Aktie oder auch eine Pflicht hierzu — oder wenn das Aktienrecht bedingt ist. Bedingungen können sein Auslosung, Eintritt eines Termins, Willensäußerung der AG. Doch kann die Bedingung auch ganz allgemein gehalten sein (aM. Behrend § 952, Staub 769, Goldmann 957, Pinner 124). Auch hier kann die Einziehung ohne Zahlung einer Entschädigungssumme angeordnet oder gestattet sein. Zur Durchführung der Einziehung ist im Falle des Erwerbes Entwertung des Aktienpapiers notwendig. War dagegen das Aktienrecht resolutiv bedingt, so fällt das Aktienrecht bei Eintritt der Bedingung in sich zusammen (aM. Gierke, Genossenschaftstheorie 242, **RG.** HoldheimsMSchr. 8 142). Bei der Einziehung, die nicht aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Gewinn erfolgt, sind die §§ 288 ff. HGB. im einzelnen zu beobachten, sonst dagegen nicht. Deshalb braucht die erfolgte Einziehung im letzteren Falle auch nicht in das Handelsregister eingetragen zu werden. Doch steht die Festsetzung der Höhe des zu verwendenden Betrags der Generalversammlung zu.

3. *Fischer, Bilanzwerte. I. Es werden die Verhältnisse anläßlich der Aufgabe des Mitgliedschaftsrechts geregelt, und zwar im ersten Absatze, soweit die Beziehungen der Gesellschafter untereinander und im zweiten Absatz i. Verb. m. § 289, soweit die Beziehungen der Aktionäre zu den Gesellschaftsgläubigern in Betracht kommen. II. Eigene Aktien, zu Amortisationszwecken erworben, bedeuten in der Hand der Gesellschaft non-valeurs. a) Der sog. freihändige Kauf eigener Aktien zu Amortisationszwecken wird irrigerweise als Kauf bezeichnet. In Wahrheit handelt es sich um die entgeltliche Abfindung von Aktionärrechten. Denn die kaufende Gesellschaft will, daß das Mitgliedschaftsrecht in der Person des entäußernden Aktionärs aufhört zu existieren und sie verlangt nur aus Sicherheitszwecken die Herausgabe des seines Rechtes und damit seines Wertes entkleideten Papiers (335 ff.). b) In gleicher Weise hat die sog. Schenkung von eigenen Aktien zu Amortisationszwecken nicht die geringste Vermehrung des Gesellschaftsvermögens zur Folge. Sie stellt vielmehr das unentgeltliche Aufgeben des Mitgliedschaftsrechts zugunsten der übrigen Aktionäre vor, deren Mitgliedschaftsrechte durch den Untergang des betr. Mitgliedschaftsrechts eine Wertsteigerung erfahren (351).

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Literatur: BauersZ. **15** 266, Die mündliche Erklärung eines Vorstandsmitglieds für eine Forderung der AG., Delkredere stehen zu wollen, ist nichtig. — Ebenda, Die Ausübung des Jagdrechts ist den Direktoren der preuß. AG. und GmbH. auf den Eigenjagdbezirken ihrer Gesellschaften nicht gestattet. — Das. **15** 242, Die Selbstwahl des Direktors einer AG. zum Gemeindeverordneten einer preußischen Gemeinde. — Das. **16** 26, Das Gemeindewahlrecht für eine AG. gebührt in Preußen nur den Vorstandsmitgliedern oder einem bestellten Generalbevollmächtigten. — Das. **15** 268, Die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats sind

verpflichtet, die AG. von in Erfahrung gebrachten Vorgängen und Mitteilungen zu unterrichten, die sich auf einen Kunden der Gesellschaft beziehen, auch wenn sie bei dessen Geschäft beteiligt sind. — Das. **15** 169, Der Direktor, welcher sein Amt niedergelegt hat, kann diese Erklärung einseitig nicht zurücknehmen. — Das. **15** 241, Ein Vorstandsmitglied, welches seine Dienste noch der AG. schuldet, kann auf Unterlassung der Dienstleistung für ein anderes Unternehmen belangt werden. — Freund, Über die Stellung des Vorstandes der AG., insbesondere mit Rücksicht auf seine Entschädigungsansprüche bei Widerruf der Bestellung vor Ablauf der statutengemäßen Funktionsdauer nach österreichischem Rechte, Holdheims MSchr. **08** 119.

1. Wahl des Vorstandes. *Wimpfheimer, Liquidation 169. Es kann bestimmten Aktien oder einer Aktienanzahl das Recht auf Präsentation eines Vorstandsmitglieds eingeräumt werden, nicht aber auch ein solches auf Präsentation eines Aufsichtsratsmitglieds.

2. Vertretungsbefugnis. a) Zivilrecht. α. **RG.** I. 24. 11. 06, BauersZ. **15** 74. Ein von dem Direktor einer AG. persönlich auf sie gezogener und von ihm als Vorstand für sie akzeptierter Wechsel ist in dritter, gutgläubiger Hand gültig. § 181 BGB. steht nur ihm selbst beim Erwerb einer Forderung aus dem Wechsel entgegen; kein Hindernis bildet der Umstand, daß der Direktor vor dem Erlöschen seiner Vertretungsbefugnis nur als Blankoakzept der AG. den Wechsel hergestellt und erst nach dem Erlöschen die Wechselsumme eingesetzt hat. β. BauersZ. **15** 266. Rechtsnatur und Form einer Delkredereübernahme durch ein Vorstandsmitglied einer AG. dieser gegenüber für einen Abnehmer; die Aufnahme ins Protokoll der Aufsichtsratssitzung ohne Unterschrift des Erklärenden genügt nicht zur Erfüllung der nach §§ 766 oder 780, 781 BGB. erforderlichen Form. § 350 HGB. schlägt nicht ein, weil auf seiten des Vorstandsmitglieds kein Handelsgeschäft vorliegt. b) Prozeß. BauersZ. **15** 272, ElsLothJZ. **08** 289 (Colmar 17. 4. 07). Ein von einem französischen Gerichte gegen eine elsaß-lothringische AG. erlassenes Urteil kann, wenn sie dort nicht durch ihren Vorstand vertreten war, in Elsaß-Lothringen nicht für vollstreckbar erklärt werden. Als Direktor der AG. war vor den französischen Gerichten „Mayer" bezeichnet, während die Gesellschaft nur ein Aufsichtsratsmitglied Namens „Meyer" hatte. Eine Klage gegen die Gesellschaft war also vor den französischen Gerichten gar nicht anhängig. c) Spezialrechte und öffentliches Recht. α. Jagdrecht. BauersZ. **15** 266. Die Ausübung des Jagdrechts ist den Direktoren der preußischen AG. (GmbH.) auf den Eigenjagdbezirken ihrer Gesellschaft nach § 6 JagdO. nicht gestattet. Der Direktor kann aber die Jagd pachten; Vertragsschluß gemäß § 247 HGB. Außerdem kann die AG. ihr Eigenrevier an den Gemeindejagdbezirk anschließen. Für Hannover nicht gültig (PrJagdO. vom 15. Juli 1907). β. Kommunales Wahlrecht. αα) BauersZ. **15** 242. Aktives Wahlrecht der AG., durch ihren Vorstand ausübbar (§ 45 Abs. 2 PrLandgemO.); passives Wahlrecht des gesetzlichen Vertreters für die Dauer seiner Vertretungsmacht (§ 50 Abs. 7 das.) ohne Rücksicht auf Wohnsitz in der Gemeinde. Bei mehreren Vorstandsmitgliedern gilt dies für den zur Ausübung des Wahlrechts Ermächtigten. Selbstwahl zulässig (PrOVG. **40** 169, § 50 LandgemO.). — Ebenso Saran, PrVerwBl. **29** 776. ββ. BauersZ. **16** 26, PrVerwBl. **29** 978. Ein Verwaltungssekretär ist kein verfassungsmäßiges Organ, Repräsentant oder Generalbevollmächtigter im Sinne § 46 Abs. 4 LandgemO. f. d. 7 östl. Provinzen, daher als Vertreter der AG. zur Stimmabgabe bei der Gemeindeverordnetenwahl nicht zuzulassen.

3. Eintragung. Titel. a) Vgl. JDR. **2.** b) LeipzZ. **08** 871 Ziff. 2 (Colmar 14. 2. 08). Der Registerrichter hat bei der Eintragung und Veröffentlichung die Bezeichnung „Vorstand" für den Vertreter der AG. zu gebrauchen. Im übrigen kann die Vertretungsbefugnis des Vorstandes nicht deswegen beanstandet werden, weil der Beschluß des Aufsichtsrats von Ernennung zum „Direktor" spricht, falls an sich nach der Sachlage Zweifel an der Bestellung zum Vorstande nicht bestehen.

§ 232. Literatur: BauersZ. 15 74, Das Wesen der Kollektivvertretung zweier Vorstandsmitglieder zwingt zum gemeinsamen Handeln nach außen; nach innen, also mit Bezug auf die Geschäftsführung darf in der Regel jeder Kollektivvertreter einzeln handeln. — Das. 15 218, Die Haftung des kollektivzeichnenden Direktors, der seine Vollmacht überschritten hat, Dritten gegenüber. — Das. 15 170, Die Ausführung der von der Generalversammlung gefaßten Beschlüsse ist Sache des Vorstandes, sofern es sich um Vertretungsakte handelt.

1. Kollektivvertretung. a) BauersZ. 15 74. Es wird dargelegt, daß hinsichtlich aller Angelegenheiten des inneren Betriebs, z. B. Einsicht der Bücher und Briefschaften, Kontrolle der vorhandenen Waren und Werte, Befragung, Anweisung des Personals in geschäftlichen Angelegenheiten, Kontrolle des Betriebs jeder Kollektivdirektor von dem anderen unabhängig ist. b) BauersZ. 15 218. Die Haftung aus § 179 BGB. wird mit Rücksicht auf § 15 Abs. 2 HGB. verneint.

2. Abs. 2. Vertretung durch Vorstandsmitglied und Prokuristen. DJZ. 08 1038 (PrOVG. IV. 13. 2. 08). Der Einspruch gegen Heranziehung der Gesellschaft zu Anliegerbeiträgen kann rechtswirksam auch von einem Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen, die zusammen vertretungsberechtigt sind, eingelegt werden; es kann dabei dahingestellt bleiben, ob § 232 sich auf alle Angelegenheiten der AG. erstreckt, oder ob es sich um ein Geschäft im Sinne § 49 handelt.

3. Vollzugstätigkeit des Vorstandes. BauersZ. 15 170. Der Beschluß der Generalversammlung, der Rechtsgeschäfte mit Dritten betrifft, ist nur eine innere Verwaltungsangelegenheit, der seine Wirksamkeit nach außen erst durch seine dem Vorstand obliegende Vollziehung erlangt. Anders solche Versammlungsbeschlüsse, die sich auf innere Angelegenheiten erstrecken. Die Ausführung von Beschlüssen, die sich nicht auf Vertretungsangelegenheiten beziehen, kann auch anderen Organen (Aufsichtsrat) übertragen werden.

§ 234. Literatur: BauersZ. 15 218, Die Gültigkeit von Rechtshandlungen solcher Vorstandsmitglieder, deren Bestellung nicht ins Handelsregister eingetragen wurde.

1. Wer muß anmelden? RJA. 9 240 (Jena 5. 8. 08). Anzumelden hat der „Vorstand", also mindestens soviel Vorstandsmitglieder, als zur Vertretung der Gesellschaft Vorstandsmitglieder — für sich allein, ohne Prokuristen — mitzuwirken haben. Ist daher der Vorstand, sei es von vornherein oder infolge eingetretener Veränderung, nicht so zusammengesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft legitimiert ist, so muß vor der Anmeldung die Ergänzung erfolgen. Eine Anmeldung durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen ist trotz einer statutarischen Bestimmung im Sinne § 232 Abs. 2 unzulässig, auch wenn zur Zeit nur ein Vorstandsmitglied vorhanden ist.

2. Anlagen der Anmeldung. KGJ. 35 A 157, RJA. 9 96, BauersZ. 15 195, NaumburgAK. 08 5, R. 08 II Ziff. 2115 (KG. 3. 10. 07). Die Urschriften der Urkunden über die Änderung des Vorstandes, deren öffentlich beglaubigte Abschriften einzureichen sind, brauchen ihrerseits nicht beglaubigt zu sein. Gefolgert aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 234, aus §§ 12, 195 Abs. 2 Nr. 4 HGB., dem Mangel gesetzlicher Formvorschriften für die Protokolle des Aufsichtsrats.

3. BauersZ. 15 218. Die Frage der Überschrift (s. o. unter „Literatur") wird bejaht; nur die Bestellung wirkt konstitutiv, die Registerverlautbarung deklaratorisch. Das gleiche von einem Zirkular über die Ernennung an die Kunden.

4. Kosten. BauersZ. 15 100 (KG. 20. 6. 07). Für die Kosten der Registereintragung haften die anmeldenden Vorstandsmitglieder nicht persönlich, als Antragstellerin im Sinne § 1 PrGKG. gilt die AG.

§ 236. Literatur: BauersZ. 16 25, Über die Tragweite einer Bestimmung im Dienstvertrage, daß alle, also auch die privaten Aufzeichnungen des Direktors bei seinem Austritte der Gesellschaft auszuliefern sind. — Das. 15 97, Die Entlassung eines Vorstands-

mitglieds, welches eigenmächtig den Bankier der Gesellschaft spielte und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen hieraus.

1. BauersZ. **16** 25. Die Bestimmung im Anstellungsvertrag eines kaufmännischen Direktors „alle Aufzeichnungen, Notizen u. dgl., die der Direktor außerhalb oder innerhalb der Geschäftszeit sich hinsichtlich des Geschäftsbetriebs der AG., insbesondere der Fabrikation, Preiskalkulation, Kunden usw. machen sollte, verbleiben bei seinem Austritt im Eigentume der Gesellschaft und sind ihr vollständig auszuliefern ....“ gibt der AG. kein Recht, kostenlose Überlassung eines von dem Direktor in seinen Mußestunden und unter der Einwirkung des Gedankenaustauschs mit einem im Betrieb angestellten Chemiker ausgearbeiteten neuen Rezepts zu verlangen. Die wegen der Weigerung durch den Aufsichtsrat verfügte Entlassung ist unbegründet. Der kaufmännische Leiter hat keine Pflicht, sich in dieser Weise dem technischen Teile des Unternehmens zu widmen. Derartige Aufzeichnungen haben mit dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft nichts zu tun. An sich verstößt obige Klausel aber nicht gegen die guten Sitten.

2. BauersZ. **15** 97. Der Direktor gewährt der Gesellschaft, vertreten durch den Prokuristen, aus seinen eigenen Mitteln Darlehen statt Benutzung des bisherigen Bankkredits und steckt den durch auf diese Weise ermöglichte Bareinkäufe erzielten Kassenskonto in die eigene Tasche, ebenso die Zinsen und Provision der von ihm selbst diskontierten Wechsel: Entlassungsgrund mit Rücksicht auf kurze Zeit der Verfehlung verneint; gewerbsmäßige Bankiergeschäfte im Sinne § 236 liegen vor; die Diskontierung an sich hat keinen Schaden verursacht; Ersatzpflicht nur hinsichtlich des neben Zinsen und Provision eingezogenen Kassenskontos.

§§ 237. (245.) Literatur: BauersZ. **15** 194, Wann darf der Vorstand die ihm vertragsmäßig zustehende Tantieme der Gesellschaftskasse entnehmen? — Scheller, Die Berechnung der Tantieme für Vorstand und Aufsichtsrat von AG. Leipzig 1908.

1. Scheller. I. Für die Anwendbarkeit der in den §§ 237, 245 gegebenen Berechnungsvorschriften ist Bedingung, daß als Vergütung ein „Anteil am Jahresgewinne“ gewährt wird (9). II. Jahresgewinn bedeutet in §§ 237, 245 nicht dasselbe wie in §§ 121, 214 Abs. 2. In §§ 237, 245 bedeutet es jede Art von Gewinn, die am Schlusse des Geschäftsjahrs berechnet werden kann (Betriebs-, Roh-, Brutto-, Rein-, Netto-, Jahresgewinn — letzteres ohne Rücksicht auf Gewinn oder Verlust des Vorjahrs — dagegen nicht Bruttoertrag, Umsatz) (22). III. Reingewinn und bilanzmäßiger Reingewinn sind keine unveränderlich feststehende Begriffe, auch im HGB. nicht (§§ 213, 214, 215); der Reingewinn ist von den Abschreibungen abhängig, nicht diese von ihm. Rücklagen und Abschreibung sind begrifflich nicht identisch (38). Abschreibungen sind vor Feststellung (Genehmigung) der Bilanz vorzunehmen, Rücklagen werden aus dem festgestellten Bilanzgewinn entnommen (47); Begriff des Reingewinns im Sinne § 262 Ziff. 1 gleich bilanzmäßiger Reingewinn einschließlich Gewinn- und Verlustvortrag (48/9). Die Tantiemen von Vorstand und Aufsichtsrat sind nicht vor Dotierung des Reservefonds zu kürzen (51). Einzelne Rücklagen: Dividendenergänzungsfonds, Amortisationsfonds, Pensions- und Unterstützungsfonds, soweit sie aus dem Gesellschafsvermögen ausscheiden, auch nach Auflösung der Gesellschaft, der Gewinnvortrag. IV. Rechtlicher Inhalt, Tragweite dieser Vorschriften: Berechnungsregeln, um die Tantiemen in ein gewisses Verhältnis zur Dividende zu bringen. Keine Einschränkung: Höhe des als Tantieme gewährten Gewinnprozentsatzes; Grenzen der Einschränkung bei Zusammensetzung des verbleibenden Reingewinns (vorjährige Rücklagen, Zurechnung nicht flüssiger Mittel zum Bilanzgewinne, Tantiemengarantie, Gewinn aus außergewöhnlichen Transaktionen — Liquidationsbilanz). Verteilung der Tantiemen unter mehrere (63—71). V. Zwingende Natur der Vorschriften: für Vorstand und Aufsichtsrat ungünstigere Vorschriften bleiben unberührt. Günstigere Zusagen sind nur

insoweit — nicht absolut — nichtig, als sie über die gesetzliche Berechnung hinausgehen. Der Bilanzgewinn ergibt sich mit Berücksichtigung des Gewinn- bzw. Verlustvortrags aus dem Vorjahre, dies ist für die Gesellschaft nicht ungünstiger als das Gesetz. Die Vorschriften haben keine rückwirkende Kraft. Übergangsrecht für die Vorstandstantiemen (71—82).

2. BauersZ. **15** 194. Mangels anderweitiger vertragsmäßiger Regelung tritt die Fälligkeit der Tantieme erst ein nach Genehmigung der Bilanz durch die Generalversammlung und nach deren Verfügung über die Gewinnverwendung. Die Tantieme ist ein Teil des Reingewinns und ist nur insoweit ein Teil der Geschäftsunkosten und auf Unkostenkonto zu verbuchen, als der Jahresgewinn für die garantierte Tantieme nicht reicht.

§ 239. Literatur: BauersZ. **16** 28, Zur Frage, für welchen Zeitpunkt die Eröffnungsbilanz der AG. und GmbH. aufzustellen ist.

Gegen den Beschluß des IV. (Dresdener) Verbandstags des deutschen Bücherrevisorenverbandes, der sich gegen die Rechtsprechung des RG. wendet, wonach die Eröffnungsbilanzen von AG. und GmbH. in allen Fällen — also auch bei Umwandlung bestehender Unternehmungen — für den Tag der Eintragung ins Handelsregister aufzustellen ist, selbst dann wenn vereinbart ist, das Unternehmen solle von einem früheren Zeitpunkt ab, als für Rechnung der Gesellschaft geführt gelten: Vor Eintragung besteht die Gesellschaft nicht. Häufig ist in Fabrikbetrieben eine Eröffnungsbilanz zu einem früheren Zeitpunkt unmöglich. Ein Bedürfnis zu einer früheren Bilanz ist nicht vorhanden: bei Übergang der Betriebsergebnisse einer früheren Zeit genügt der Hinweis auf die Einbringungs- oder Gründungsbilanz. Die öffentlich-rechtlichen Folgen einer ungesetzmäßigen Buchung könne nicht früher beginnen. Das wirtschaftliche Interesse (Ermittelung der früheren, der Gesellschaft überwiesenen Betriebsergebnisse) nötigt nicht dazu; es genügen die vorhandenen Bücher des Vorbesitzers und sonstigen Unterlagen ohne „Anfangsbilanz".

§ 241. Literatur: BauersZ. **15** 242, Ein Fall, in welchem der Direktor den Wert eines von einem Lieferanten erhaltenen Geschenkes teilweise herausgeben mußte.

1. BauersZ. aaO. Benachteiligung der AG. mangels gehöriger Sorgfalt des Direktors, wenn dieser bei einer Bestellung es unterläßt, für die AG. einen Preisnachlaß zu erreichen, weil ihm selbst von dem Lieferanten für die Befürwortung der Bestellung beim Aufsichtsrat ein Automobil geschenkt wird.

2. Haftung gegenüber Dritten **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3. **b)** **RG.** 16. 9. 08, LeipzZ. **08** 853 Ziff. 4. § 314 Ziff. 1 ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. **c)** **RG.** I. 3. 11. 06, GruchotsBeitr. **52** 447, BauersZ. **15** 170. Der Schadensersatzanspruch eines Aktionärs auf Erstattung des Kaufpreises gegen den Vorstand wegen sittenwidriger Schädigung durch Veranlassung zum Ankaufe der Aktien infolge gefälschter Bilanz ist nach gemeinem und dem jetzigen Rechte begründet, wenn der Vorstand die einen Gewinn von 15 pCt. ergebende Bilanz in der Absicht gefälscht hat, die beschlossene Emission neuer Aktien mit hohem Agiogewinn und den Absatz der neuen Aktien zu möglichst hohem Kurse zu ermöglichen. Bedeutung des Strafurteils gegen den Vorstand für den Ersatzprozeß. Ob § 265 ein Schutzgesetz im Sinne § 823 Abs. 2 BGB. ist, ist dahingestellt gelassen. **d)** BauersZ. **16** 26, KGBl. **08** 77 (KG. 9. /24. 1. 08). Dem einzelnen Aktionär stehen Entschädigungsansprüche aus Handlungen des Vorstandes und Aufsichtsrats, für welche diese Organe von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnten, nicht zu. Der Aktionär ist nicht Gläubiger. Auch eine unerlaubte Handlung liegt nicht vor: § 823 Abs. 1 BGB.: der einzelne Aktionär hat kein Recht auf die Erfüllung der Pflicht durch die Organe, es käme auch nur ein obligatorisches, also nicht geschütztes Recht in Frage; — § 823 Abs. 2: nur das Gesellschaftsvermögen als solches soll durch die

§§ 241, 246, 249, 314 geschützt werden; — § 826: Verschleierung der Unvermeidlichkeit des Konkurses, um die Aktionäre zur Zuzahlung zwecks Abstoßung eines teuren Bankkredits und Sanierung zu bewegen, schließen das Bewußtsein eines voraussichtlich schädigenden Erfolges dieser Handlung bei den Gesellschaftsorganen aus, wenn beim Konkurs ein größerer Verlust für die Aktionäre zu erwarten steht; dies selbst dann, wenn das eine Mitglied eines Organs zugleich Mitinhaber der kreditgewährenden Bankfirma, deren Forderung durch die Zuzahlung getilgt werden soll, ist (s. §§ 249, 260, 314). **e)** **RG.** II. 3. 4. 08, LeipzZ. **08** 448 Ziff. 23/4. Regreßklage des Aktionärs gegen den Vorstand gemäß § 826 BGB. wegen Bestimmung zum Aktienankaufe durch Veröffentlichung gefälschter Bilanzen: es ist unerheblich, daß der Aktionär die Aktien (mit Verlust) bereits weiterverkauft hat und sie nicht zurückgeben kann; kein Zurückbehaltungsrecht des Vorstandes; daß der Aktionär zu Spekulationszwecken gekauft hat; daß er die Bilanzen und Berichte nicht selbst gelesen hat, wenn der Ankauf mittelbar auf sie zurückzuführen ist (vgl. **RG. 63** 325). **f)** **RG.** I. 8. 4. 08, BauersZ. **16** 2, LeipzZ. **08** 448 Ziff. 22, HoldheimsMSchr. **08** 251. Ein ausgeschiedenes und auf Schadensersatz belangtes Vorstandsmitglied hat das Recht, Einsicht der Bücher des AG. zu fordern (§ 810 BGB.): sein Rechtsverhältnis zu den Aktionären und zu der AG. ist das gesamte, sich aus der Organisation und den gesetzlichen Pflichten des Vorstandes ergebende; dieses Rechtsverhältnis ist in den Büchern der Gesellschaft beurkundet, insofern sie die urkundlichen Unterlagen für die Darlegung der ganzen Geschäftsführung des Vorstandes, für die Erfüllung seiner aktienrechtlichen Verpflichtungen und seine Verantwortung hierüber bilden; Interesse an der Einsicht bejaht. S. BGB. § 810 Ziff. 1.

§§ 243 ff. Literatur: BauersZ. **16** 4, Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats muß mit dem Gesellschaftsvertrage der AG. übereinstimmen; sie kann stillschweigend außer Übung gesetzt werden. — Fürst, Zur Wahl von juristischen Personen in den Aufsichtsrat, LeipzZ. **08** 365. — Düringer, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von AG., LeipzZ. **08** 367. — Veit Simon, Firmen als Mitglieder des Aufsichtsrats von AG., LeipzZ. **08** 2ff.

1. Wahl und Zusammensetzung des Aufsichtsrats. **a)** Veit Simon. a) Der Zusammenhang der Kumulierung von Aufsichtsratsstellen mit der Konzentration im Bankgewerbe und der Großindustrie. Ziel dieser Entwickelung ist die Wahl der Firma der Handelsgesellschaft in den Aufsichtsrat; die wirtschaftlichen Vorteile dieser Wahl. b) Ist eine Gesetzesänderung, um dies zu ermöglichen, notwendig? α. Die Literatur verneint überwiegend die Zulässigkeit. β. Das Gesetz und seine Materialien enthalten keine Lösung. γ. Die Konstruktion der Stellung des Aufsichtsrats bis zum neuen HGB., insbesondere im Anschluß an die geschichtliche Entwickelung und ROHG. **17** 111 als ein „gesellschaftliches Vorrecht" wie des Geschäftsführungsrechts bei der Gesellschaft des BGB. (§ 709), das auch juristischen Personen als Teilnehmer nicht entzogen sein kann. δ. Der Aufsichtsrat nach dem neuen HGB.: Auftrag (§ 662) oder Geschäftsbesorgung (§ 675); beide Vertragstypen können auch von juristischen Personen eingegangen werden; sie können Vertretungsmacht ausüben und sind parteifähig. Aufsichtstätigkeit juristischer Personen: Treuhandgesellschafter; § 1189 BGB.; § 1 Abs. 2 SchuldverschrG. vom 4. Dezember 1899; § 2210 Satz 3 BGB.; als Mitglied des Gläubigerausschusses im Konkurse. ε. Die Strafbestimmungen für Mitglieder des Aufsichtsrats stehen nicht entgegen: die strafrechtliche Verantwortung für Körperschaftshandlungen trifft das handelnde Organ als Individuum. ξ. Die angebliche Handlungsunfähigkeit der juristischen Person steht nicht entgegen. η. OHG. und KG. sind passiv nicht wahlfähig. — Dagegen LeipzZ. **08** 245 (Cöln). Juristische Personen können nicht Konkursverwalter sein. **b)** Fürst erörtert einige praktische Bedenken gegen die von Simon bejahte Zulässigkeit; ferner die Bedeutung der Firmenwahl für das Stimmrecht bei Entlastungsbeschlüssen, die die Person der für die Firma in den Aufsichtsrat Ge=

wählten betreffen. c) Düringer hält es für fraglich, ob die Vorschläge Simons ohne Eingreifen der Gesetzgebung durchführbar sind. d) *Wimpfheimer, Liquidation 169 a 4. Es kann keinem Aktionär das Recht auf Präsentation eines Aufsichtsratsmitglieds eingeräumt werden. Anders beim Vorstande. e) KGJ. **34** A 177, BauersZ. **15** 101. Die Statutbestimmung, daß der Aufsichtsrat „aus mindestens 6 Mitgliedern besteht", ist zulässig. Die Festsetzung einer einzelnen bestimmten Zahl ist nicht erforderlich. f) Vgl. JDR. **5** Note 2, **2** Note 2.

2. Widerruf der Bestellung zum Aufsichtsratsmitgliede. a) **RG. 68** 223, JW. **08** 344, BauersZ. **15** 220, LeipzZ. **08** 444 Ziff. 5, DJZ. **08** 646, R. **08** II Ziff. 2076. Widerruf vor Ablauf der Wahlzeit nimmt auch den Anspruch auf die Vergütung der Aufsichtsratstätigkeit für die Restzeit der Bestellung, sofern nicht besondere vertragliche Zusicherungen vorliegen; es kommt nicht darauf an, ob ein wichtiger Grund zum Widerruf im Sinne des § 626 BGB. vorliegt. Argumentum e contrario §§ 231 Abs. 3 und 52 Abs. 1; Verschiedenheit der gesamten Stellung und der Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsrats gegenüber denen des Vorstandes (vgl. § 245 Abs. 2; Entstehungsgeschichte). b) Ebenso, OLG. **16** 93, BauersZ. **15** 146 (Celle), das vom Herausgeber als Bruch mit der bisherigen Praxis bezeichnete wird.

§ 245. Literatur: BauersZ. **15** 222, Die Zahlung und Verbuchung der dem Aufsichtsrate statutenmäßig zustehenden festen Vergütung und der Einfluß auf die Vorstandstantieme. — Das. **15** 75, Die den Aufsichtsrat bildenden Personen können wegen Verkümmerung ihrer Tantieme durch zweckwidrigen Anschluß an eine Preiskonvention den Vorstand nicht ersatzpflichtig machen. — Das. **15** 219, Aufsichtsratsmitglieder, die sich für die Vermittelung von Abschlüssen (Einkäufen und Verkäufen) eine von der AG. zu zahlende Provision ausbedingen.

1. Berechnung der Tantieme. a) Vgl. JDR. **5** Note 1, **2** Note 3. b) Scheller (s. o. § 237 Ziff. 1) 63. Die Vorschrift über den 4proz. Vorabzug ist nicht bloß anwendbar, wenn alle Aktien gleichberechtigt sind; es wird nur geregelt, was bei der Tantiemenberechnung abgezogen werden soll, nicht wie dieser Vorabzug unter die verschieden berechtigten Aktionäre verteilt werden soll. c) BauersZ. **15** 222. Garantierte Tantieme des Aufsichtsrats belastet die Überschüsse des abgelaufenen Jahres und geht nur soweit auf Unkostenkonto des laufenden, als der Gewinn des letzten nicht ausreicht. Feste Tantieme dagegen wird wie Gehalt bei Entnahme auf Unkostenkonto verbucht. Werden auch die festen Bezüge erst am Schlusse des Geschäftsjahrs aus dem Reingewinne bezahlt, so dürfen bei Berechnung der Tantieme des Vorstandes die Bezüge vom Reingewinne nicht abgerechnet werden.

2. Aktivlegitimation für den Tantiemeanspruch. BauersZ. **15** 75. Nicht die einzelnen den Aufsichtsrat bildenden Personen sind tantiemeberechtigt, sondern der Aufsichtsrat als solcher. Die Gesellschaft könnte den Direktor wegen des durch den Beitritt zur Konvention entstandenen Schadens ersatzpflichtig machen; von der erstrittenen Summe könnte der Aufsichtsrat Tantieme verlangen.

3. BauersZ. **15** 219. Zulässigkeit von Verkaufsprovisionen; grundsätzliche Unzulässigkeit von Einkaufsprovisionen (§ 157 BGB.) von Aufsichtsratsmitgliedern.

4. Stempelrecht. a) Vgl. JDR. **5** Literatur, **6** § 237 Note 2. b) **RG.** 19. 11. 07, BauersZ. **15** 125 (vgl. KG. 3. 5. 07, aaO. 3), HoldheimsMSchr. **08** 10. Die vor dem 1. Juli 1906 verdiente Aufsichtsratstantieme ist steuerfrei, auch wenn sie erst nach dieser Zeit von der Generalversammlung festgestellt ist. Die die Grundlage der Besteuerung bildende „Aufstellung" der Vergütungen bewirkt nicht, daß es sich hier um eine Urkundensteuer handelt; §§ 66, 73 Satz 2 StempStG. stehen nicht entgegen; Analogie TarifNr. 4 StempStG. und TarifNr. 48 PrStempG. (Schlußnoten und Mietverzeichnisse); die „Aufstellung" beruht lediglich auf dem Steuer-

interesse des Staates. Gegenstand der Besteuerung ist nicht die Aufstellung, sondern die Vergütung, mithin würde die Besteuerung der vor dem 1. Juli 1906 verdienten Tantieme rückwirkende Kraft bedeuten, was unzutreffend ist. **c)** HessRspr. **9** 153 (Darmstadt 10. 1. 08). Das StempG. vom 3. Juni 1906 ist nicht anwendbar auf Aufsichtsratstantiemen aus einem vor dem 1. Juli 1906 abgelaufenen Geschäftsjahre, wenn auch die Genehmigung der Jahresbilanz erst unter der Herrschaft des genannten Gesetzes durch die Generalversammlung stattgefunden hat (KG. 24. 5. 07 und **RG. 67** 109 ebenso).

§ 246. Literatur: BauersZ. **15** 121, Anfechtung rechtswidriger Aufsichtsratsbeschlüsse durch den davon betroffenen Vorstand. — Das. **15** 265, Kann der Aufsichtsrat auf ein ihm statutarisch zustehendes Recht, wie z. B. die Bestellung eines zweiten Vorstandsmitglieds, Verzicht leisten? — Das. **16** 28, Die Ermächtigung des Aufsichtsratsvorsitzenden, die statutarische Genehmigung des Aufsichtsrats von Fall zu Fall zu erteilen oder zu versagen, ist unwirksam.

1. Art der Beschlußfassung des Aufsichtsrats. **RG.** BauersZ. **15** 77, HansGZ. **08** Hptbl. 13. Kündigung gegenüber einem Vorstandsmitgliede durch den Aufsichtsrat: Trotz der Statutbestimmung, daß der Aufsichtsrat auch bei Anwesenheit von nur 3 Mitgliedern beschlußfähig sei, liegt ein gültiger Aufsichtsratsbeschluß nicht vor, falls nicht allen Mitgliedern die Möglichkeit der Mitwirkung (durch Ladung zur Sitzung) gegeben war. Unerheblich ist, daß auch bei Ladung kein anderes Ergebnis zustande gekommen wäre; die erwähnte Bestimmung des Statuts enthält nichts dafür, daß derartige Mängel der Einberufung bedeutungslos seien; auf solche Mängel kann sich auch ein Dritter berufen; die nachträgliche briefliche Zustimmung eines Aufsichtsratsmitglieds zu dem Beschlusse ist nicht wirkungslos, hat aber erst vom Augenblicke der Erklärung Bedeutung, keine Rückziehung, § 184 BGB. ist unanwendbar; eine — auch stillschweigende — Delegation der Rechte des Aufsichtsrats an einzelne Mitglieder ist möglich bei unwichtigeren Angelegenheiten; solche liegen aber nie vor bei Beschlüssen, die zum Inhalt eine zur Wirkung nach außen bestimmte Willenserklärung des Aufsichtsrats haben; der Aufsichtsratsvorsitzende ist zur Mitteilung der Beschlüsse des Aufsichtsrats an Dritte befugt; damit ist er aber nicht zur Vertretung des Aufsichtsrats im Willen befugt.

2. Ausführung der Aufsichtsratsbeschlüsse. BauersZ. **15** 121. Der Vorstand darf die Ausführung solcher Beschlüsse ablehnen, event. Feststellungsklage wegen ihrer Unverbindlichkeit erheben, insbesondere bei Eingriffen in das Vertretungsrecht des Vorstandes.

3. Verzicht auf statutarische Rechte. BauersZ. **15** 265. Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch eines zum alleinigen Vorstande vom Aufsichtsrate bestellten Direktors bei Bestellung eines gleichberechtigten Mitdirektors: die Zusicherung alleiniger Vorstandschaft ist nicht ungültig mit Rücksicht auf das statutarische Recht des Aufsichtsrats zur Bestellung sowohl eines wie auch mehrerer Vorstandsmitglieder; wenn der Aufsichtsrat sich trotz der Befugnis zur Wahl mehrerer Vorstandsmitglieder zur Wahl nur eines entschieden hat, so ist dies für die AG. bindend. Der Vorstand hat zwar kein Recht auf alleinige Geschäftsführung und Vertretung, aber im Falle ihrer grundlosen Entziehung ein Recht zum Ausscheiden und auf Schadensersatz.

4. Delegation der Rechte des Kollegiums an den Vorsitzenden. BauersZ. **16** 28. Wenn das Statut den Vorstand verpflichtet, gewisse Rechtsgeschäfte erst dann vorzunehmen, wenn sie vom Aufsichtsrate gutgeheißen sind, so ist es nicht angängig, daß der Aufsichtsrat seinem Vorsitzenden die Befugnis erteilt, im Namen des Aufsichtsrats das ihm geeignet Erscheinende zu verfügen.

§ 248. Inkompatibilität. 1. Vgl. JDR. **2** Note 1 und 2.

2. RJA. **9** 106, BauersZ. **15** 243, R. **08** II Ziff. 1664, 2439 (KG.). Vorüber=

gehende Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum einstweiligen Vertreter eines durch den Aufsichtsrat abberufenen Vorstandsmitglieds ist zulässig.

§ 249. Literatur: BauersZ. 15 123, Zur Auslegung einer Statutbestimmung, wonach ein Aufsichtsratsmitglied seine Stellung verliert, wenn es der AG. Konkurrenz bereitet.

1. Konkurrenz zwischen AG. und Aufsichtsratsmitglied. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** BauersZ. **15** 123. Wird der Beitritt des Aufsichtsratsmitglieds zu dem Geschäfte seines Sohnes, das nebenbei einige von der AG. im großen und nach einem anderen Verfahren hergestellte Artikel produziert, von Aufsichtsrat und Vorstand nach erlangter Kenntnis nicht beanstandet, so kann später nicht die Stellung im Aufsichtsrate für nicht zu Recht bekleidet erachtet und die Tantieme zurückverlangt werden.

2. Haftung Dritten gegenüber. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3. **b)** **RG.** II. 12. 7. 07, GruchotsBeitr. **52** 705, ElsLothJZ. **08** 96. Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern einer AG. gegenüber Aktienkäufern, die zu dem Erwerbe durch falsche Geschäftsberichte und Bilanzen bestimmt sind, nach badischem Landrechte: es wird in den Landrechtssätzen 1382 und 1383 keine Rechtsverletzung als Voraussetzung der Haftung verlangt, es genügt schuldhafte Pflichtverletzung gegenüber dem Beschädigten, wenn die Pflicht gegenüber dem Publikum bestand und die Pflichtverletzung sich zugleich als solche dem beschädigten Interessenten gegenüber darstellt. Die Artt. 225, 226, 239 b, 185 c Abs. 1 alt. HGB. begründen eine derartige Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit. Eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtungen kann eine zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats aus Landrechtssatz 1383 auch solchen Personen gegenüber begründen, die hierdurch im Vertrauen auf die gehörige Erfüllung der den Aufsichtsratsmitgliedern im öffentlichen Interesse durch das Gesetz auferlegten Verpflichtungen einen Schaden, z. B. infolge eines ihnen nachteiligen Ankaufs von Aktien der Gesellschaft, erleiden (ElsLothJZ. **19** 390, **RG.** **35** 332, DJZ. **96** 57, JW. **00** 668, **RG.** **10** 73 ff., **22** 138, **39** 249, JW. **96** 36). Gegensatz gegen das BGB. konstatiert. Diese Haftung ist nach badischem Landrechte nur dann ausgeschlossen, wenn ein Schaden von dem dafür verantwortlich Gemachten ohne Verschulden nicht vorausgesehen werden konnte. **c)** Ebenso für PrALR. I. 6 §§ 8 ff. Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung: **RG.** I. 23. 5. 08, BauersZ. **16** 2, LeipzZ. **08** 694 Ziff. 6, HoldheimsMSchr. **08** 234, R. **08** 720. **d)** SächsOLG. **29** 92, SächsRpflA. **08** 41, ZAktWes. **08** 7, BauersZ. **15** 124 (Dresden 17. 10. 07) (bestätigt durch **RG.** I. 16. 9. 08, R. **08** II Ziff. 3325). Der Aufsichtsrat haftet wegen eines der Generalversammlung vorgelegten, unwahren Geschäftsberichts auch dem einzelnen Aktionär, der die Aktien zu einem ihren wahren Wert übersteigenden Kurse gekauft hat, auf Ersatz des beim Weiterverkaufe der Aktien erlittenen Schadens, wenn bei wahrheitsgemäßer Erstattung des Berichts — insbesondere Klarlegung der Veruntreuung des Vorstandes — zur Zeit des Einkaufs ein geringerer, dem wahren Werte entsprechender Kurs gewesen wäre. Ein Verstoß gegen § 314 Ziff. 1 HGB. liegt im Verschweigen der Veruntreuungen auch dann, wenn das Geschäftsergebnis durch diese Untreue nicht verändert worden ist; unterläßt der Aufsichtsrat in seinen Bemerkungen zum Berichte des Vorstandes (§ 260 Abs. 2) eine Richtigstellung, so handelt er pflichtwidrig (§ 246) und kann sich nicht darauf berufen, daß der Bericht vom Vorstande verfaßt sei (JW. **05** 550); die Veruntreuungen des Vorstandes müssen erwähnt werden, selbst wenn Deckung für die Ersatzansprüche vorhanden und die Belassung des Vorstandes im Amte im Interesse der Gesellschaft ist; der Geschäftsbericht dient nicht bloß dem Interesse der Aktionäre, sondern auch dem öffentlichen, insbesondere dem künftiger Aktienkäufer (vgl. daher auch § 265); Irrtum des Aufsichtsrats über seine Offenbarungspflicht ist Irrtum über das Strafgesetz. Die Haftung ist aus § 823 Abs. 2 begründet. **e)** SeuffA. **63**

236 f. (Hamburg). Ein Aktionär kann weder nach BGB. noch nach gemeinem Rechte ein Aufsichtsratsmitglied wegen fahrlässiger Pflichtverletzung auf Schadensersatz belangen. Weder Abs. 1 noch Abs. 2 § 823 BGB. sind anwendbar. §§ 249, 265 sind keine Schutzgesetze zugunsten des einzelnen Aktionärs.

§§ 250, 251. Literatur: Fuld, Proportionalvertretung in AGen, HoldheimsMSchr. **08** 137.

1. Proportionalvertretung. a) Fuld erörtert die verstärkte Notwendigkeit eines Minoritätenschutzes mit Rücksicht auf die Bankenkonzentration, die Bedeutung des Proportionalsystems für Wahlen und Beschlüsse in dieser Beziehung, die Möglichkeit seiner Einführung durch Statut gemäß § 251 und die Zweckmäßigkeit seiner obligatorischen Einführung durch Gesetz. b) Vgl. JDR. **4** § 251.

2. BauersZ. **15** 173 (KG. 22. 4. 07). Kein selbständiges Beschwerderecht des einzelnen Aktionärs in Registerangelegenheiten der Gesellschaft außer den Rechten der §§ 250, 271 ff. HGB. (s. § 253).

3. Ausführung der Versammlungsbeschlüsse s. § 232 (Staub § 250 Note 15).

4. Sonderrechte. a) S. § 300. b) S. § 276. c) S. § 271 Ziff. 3. d) ElsLothJZ. **08** 21 (27) (LG. Straßburg 15. 10. 06). Kein Verzicht auf Sonderrecht trotz Zustimmung des Bevorrechtigten zu dem das Sonderrecht aufhebenden Generalversammlungsbeschlusse, wenn der nicht auf die Tagesordnung gesetzte Antrag zur Überraschung eingebracht und der Zustimmende sich über die Bedeutung des Antrags nicht klar gewesen ist, wenn ferner die Absicht sämtlicher zustimmender Aktionäre dahin gegangen ist, daß der Beschluß nur verbindlich sein solle, falls er für alle Aktien gleichermaßen gelte, dies aber nicht zutrifft. e) Vgl. JDR. **2** § 210, **3** Ziff. 1 vor § 210.

§ 252. Literatur: BauersZ. **15** 121, Die Bevollmächtigung der Vorstandsmitglieder zur Vertretung von Aktionären in der Generalversammlung. — Bondi, Aktienrechtliche Betrachtungen de lege ferenda aus Anlaß der Hiberniaprozesse, DJZ. **08** 1006.

1. Abs. 2. Bevollmächtigung. a) Vgl. JDR. **5** Note 1, **2** Note 4 und 5. b) BauersZ. **15** 121 spricht sich für Zulässigkeit der Bevollmächtigung aus, außer bei entgegenstehender Vorschrift des Statuts. c) **RG.** VII. 22. 10. 07, HoldheimsMSchr. **08** 287. Die in den (von den Kunden angenommenen) Geschäftsbedingungen der Banken und Bankiers für diese enthaltenen Ermächtigungen, Aktien jeder Art, die sie für die Kunden im Depot haben, in den Generalversammlungen der betreffenden Gesellschaften zur Ausübung zu benutzen, unterliegen dem Vollmachtsstempel Tarifstelle 73 PrStempStG. Mag auch das dadurch begründete Rechtsverhältnis praktisch in vielen Fällen auf eine Leihe der Wertpapiere hinauslaufen, derart, daß die ermächtigte Firma sie im eigenen Namen und eigenem Interesse soll benutzen dürfen, so ist diese mangels einer Übereignung der Aktien doch zur Benutzung der Namenaktien nur unter Nachweis der Ermächtigung zur Benutzung befugt. Gleiches gilt für die im Depot befindlichen fremden Inhaberpapiere. An der Rechtserheblichkeit und Stempelpflichtigkeit der in den Geschäftsbedingungen erteilten Ermächtigung ändert die Notwendigkeit des Nachweises nichts, daß die einzelnen Aktien auf Grund der Geschäftsverbindung in den Besitz der Bank gelangt sind.

2. Abs. 3. a) Vgl. JDR. **5** Note 2. b) Hibernia: **RG. 68** 235 (241), BauersZ. **15** 245, HoldheimsMSchr **08** 173, JW. **08** 463, DJZ. **08** 706. Das Stimmrecht wird keineswegs schon demjenigen entzogen, der an der Beschlußfassung der Generalversammlung interessiert ist. Das Stimmrecht kann nicht weiter, als im Gesetze vorgesehen, beschränkt werden, weil dies eine Ausnahme von dem vornehmsten Aktionärsrechte (Satz 1 Abs. 1 § 252) wäre. Zusicherungen über Vergebung des Bezugsrechts vor der Generalversammlung, die über die Erhöhung des Grundkapitals beschließen soll, sind der Gesellschaft gegenüber unwirksam, weil die Generalversammlung in der Freiheit der Entschließung über die Vergebung der Aktien nicht

beschränkbar ist; die Einwände gegen die Stimmberechtigung der Firmen, denen derartige Zusicherungen gemacht sein sollen, sind daher erfolglos. **c)** B o n d i. Die Stimmenthaltung muß auch für Vorbereitungen zu Rechtsgeschäften mit Aktionären gelten; die qualifizierte 3/4 Mehrheit ist für alle Beschlüsse aus §§ 275 Abs. 1, 2, 282 erforderlich.

§ 253. O r t d e r G e n e r a l v e r s a m m l u n g. **a)** BauersZ. **15** 173 (LG. Schweidnitz). Im Auslande laut Beschluß der Versammlung: kein öffentliches Interesse, keine Offiziallöschung gemäß §§ 144, 142 FGG. **b)** Vgl. JDR. **2** Note 1.

§ 254. LeipzZ. **08** 871 Ziff. 3, R. **08** II Ziff. 1061 (Colmar). Durch die Verpfändung seiner Aktie verliert der Aktionär nicht das Recht, gemäß § 254 die gerichtliche Ermächtigung zur Berufung einer Generalversammlung nachzusuchen. Vgl. Stimmrecht bei verpfändeten Aktien JDR. **3** § 252 Note 2.

§ 256. A n k ü n d i g u n g d e s Z w e c k s d e r G e n e r a l v e r s a m m l u n g. **a)** ElsLothJZ. **08** 21 (LG. Straßburg). Ungenügende Ankündigung: „Abänderung des Statuts mit Rücksicht auf das Inkrafttreten des neuen HGB.". Verzicht auf das hierauf zu gründende Anfechtungsrecht der Generalversammlungsbeschlüsse durch Versäumung der Frist aus § 271. **b)** **RG.**, BauersZ. **15** 130, JW. **08** 114, LeipzZ. **08** 61 Ziff. 15, R. **08** II Ziff. 608. Der Vorschrift ist genügt, wenn die Absicht der Erhöhung des Gesellschaftskapitals angekündigt wird; daß das Bezugsrecht der Aktionäre nach der Vorlage ausgeschlossen werden soll, braucht nicht angekündigt zu werden, da die Generalversammlung gesetzlich die Macht hat, sich für die Regel des § 282 Abs. 1 zu entscheiden oder nicht, mithin der Aktionär darauf gefaßt sein muß, daß die Ausnahme beschlossen wird. In der Ankündigung der Kapitalserhöhung ist die der Beschlußfassung über die Art der Aktienausgabe enthalten.

§ 259. 1. S i n d d i e P r o t o k o l l a n l a g e n m i t e i n z u r e i c h e n? BauersZ. **15** 102 (KG.). Zu der dem Registergericht einzureichenden Abschrift des Protokolls der Generalversammlung gehören auch die notwendigen Anlagen (Teilnehmerverzeichnis, Berufungsbelege: Abs. 3).

2. Z w e i g n i e d e r l a s s u n g e n. **a)** OLG. **16** 95 (KG.). Die Verpflichtung zur Einreichung einer beglaubigten Abschrift des Protokolls einer Generalversammlung zum Handelsregister besteht auch bezüglich der Register der Zweigniederlassungen. **b)** KGBl. **08** 58, ZBlFG. **9** 39, BauersZ. **15** 252 (LG. Berlin) Die Zweigniederlassungen auswärtiger AG. sind nicht verpflichtet, die Protokolle über die Beschlüsse der Generalversammlung zum Handelsregister der Zweigniederlassungen einzureichen. **c)** Hierzu M a r c u s, Die Stellung des Registerrichters gegenüber deutschen Filialen ausländischer AG., HoldheimsMSchr. **08** 99. Besonders die Nichterwähnung der Einreichungspflicht im § 13 Abs. 2 HGB. gegenüber der Anmeldungs- und Zeichnungspflicht wird für die Verneinung eines Registerzwanges verwertet.

3. BadRpr. **08** 281 (Karlsruhe 6. 9. 08). Berechnung der Notariatsgebühr für Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses: Einrechnung des Gewinnvortrags (§ 69 BadRPKG.).

§ 260. L i t e r a t u r: BauersZ. **15** 80, Der Einfluß von Verlusten, die nach Fertigstellung, aber vor Genehmigung der Bilanz entstehen. — F i s c h e r, s. vor § 178.

1. A l l g e m e i n e s. a) *F i s c h e r, Bilanzwerte. a) Die Buchführung vermag in ihrem Abschlusse gemäß den §§ 38, 261, 262, wenn auch das Ziffernwerk durchaus korrekt ist, sehr oft keinen Überblick über den wirklichen Vermögensstand zu geben. Deshalb die Vorschrift im § 260, daß dem Ziffernwerk ein Bericht beizugeben ist, um Auskunft auch über solche Punkte zu erzwingen, deren Bekanntgabe selbst auf Grund einer ordnungsmäßigen Bilanz nicht gefordert werden

kann (150, 200, 205, 207). b) Das materielle Recht, die Bilanz festzustellen und die Dividende zu bestimmen, liegt nach dem Gesetze nicht, wie es zunächst scheint, bei der Majorität der Generalversammlung, sondern bei der Minorität des § 271 Abs. 3 Satz 2 (387 u. 427). **b**) Die Offenlegungspflicht der Verwaltungsorgane: vgl. § 241 Ziff. 2 d, § 249 Ziff. 2 d.

2. OLG. **16** 93 Fußnote 1. Begriff „Gewinnverteilung" umfaßt nicht a) Abschreibungen, b) Neuzuwendungen an Reservefonds, c) Gewinnvortrag.

3. BauersZ. **15** 80. Verf. sucht einen Ausgleich zwischen den Folgerungen aus zwei verschiedenen Auffassungen der Bilanz für die Frage der Überschrift: die Bilanz nur als Grundlage für die Gewinnverteilung aufgefaßt, würde nur den Zeitpunkt, des Eintritts, nicht des Bekanntwerdens maßgebend erscheinen lassen; anders bei Berücksichtigung des weiteren Zweckes der Bilanz: ein objektiv richtiges Bild von der Vermögenslage des Vereins zu geben (Zeitpunkt der Veröffentlichung maßgebend). Ergebnisse: Verluste im laufenden Geschäftsjahre vor Aufstellung und Genehmigung der Bilanz sind in der Bilanz des verflossenen Geschäftsjahrs nicht zu berücksichtigen und ohne Einfluß auf die Dividende für das verflossene Geschäftsjahr.

4. Entlastung. a) Vgl. JDR. **4** Note 3 und unten §§ 268, 271. **b**) **RG.** I. 14. 3. 08, LeipzZ. **08** 445 Ziff. 6, HoldheimsMSchr. **08** 130, BauersZ. **15** 268, R. **08** II Ziff. 1874. Die Entlastung schützt ein Aufsichtsratsmitglied nur dann, wenn die Generalversammlung zur Zeit der Entlastung im wesentlichen erkennen konnte, was dem Kläger möglicherweise zur Last fiel. Vom Revisor unmittelbar zunächst nur gegen den Vorstand erhobene Vorwürfe stellen auch vor die Frage der Haftung des Aufsichtsrats. Wird nach Erledigung eines auf der Tagesordnung stehenden Antrags auf Erhebung der Schadensersatzklage auch gegen den Aufsichtsrat diesem Entlastung erteilt, so geschieht dies in Kenntnis der Sachlage, auch wenn das Aufsichtsratsmitglied den Revisionsbericht angezweifelt hat. (Negative Feststellungsklage des Aufsichtsratsmitglieds, daß keine Entschädigungsansprüche begründet sind. **c**) Derselbe Grundsatz für den Vorstand: **RG.** 18. 12. 07, BauersZ. **15** 170. **d**) BadRpr. **08** 14 f. (Karlsruhe 13. 7. 07, LG. Offenburg 28. 12. 06). Ungültigkeit eines dem Vorstand und Aufsichtsrate trotz begangener Statutenwidrigkeiten (Kreditgewährung) und protokollarischen Widerspruchs Entlastung erteilenden Generalversammlungsbeschlusses: die Zweckmäßigkeit der Maßnahme ist unerheblich. Die Entlastung kann zwar auf dolose Pflichtverletzungen ausgedehnt werden, aber nicht auf Statutenwidrigkeiten. Unerheblich ist, daß der Entlastungsbeschluß mit der für Statutenänderungen vorgeschriebenen Majorität gefaßt ist.

§ 261. Literatur: BauersZ. **15** 270, Die Führung des Vermögens der Zweigniederlassung in den Bilanzen der AG. und GmbH. — Das. **16** 5, Die Buchungen und Bilanzmaßnahmen, wenn eine als Aktivum geführte Berggerechtigkeit zum Teil verkauft wird. — Das. **15** 172, Wegen Entwertungen, die das neue Geschäftsjahr angehen, braucht nichts abgeschrieben zu werden. Vom Einflusse des gesunkenen Marktpreises der Rohstoffe auf die Bewertung der Fabrikate und Halbfabrikate. — Das. **15** 148, Die Bewertung solcher Aktien, die nicht zur Weiterveräußerung bestimmt sind, sondern zum Zwecke der dauernden Beteiligung an einer AG. erworben wurden. — Das. **16** 29, Mißlungene Fabrikate (Ausschuß) dürfen nicht zum Herstellungspreis in die Bilanz kommen. — Das. **15** 80, Wann dürfen die Zinsen nicht mehr dem Gestehungspreis einer Anlage hinzugerechnet werden? — Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind. — Scheller, Die Berechnung der Tantieme für Vorstand und Aufsichtsrat der AG.

1. Allgemeine Grundsätze. **a**) Grundsatz der Bilanzwahrheit. **RG.** BauersZ. **15** 223, HoldheimsMSchr. **08** 147, ZBlFG. **9** 38, LeipzZ. **08** 452, JW. **08** 344, R. **08** II Ziff. 2075. Überspannung des Prinzips der Bilanzwahrheit: Die Modalitäten der Tilgung einer objektiv richtig bewerteten Geldforderung (vereinbarte Aufrechnung in Raten) kommen in der Bilanz regelmäßig überhaupt nicht zum Ausdruck, üben aber auf die Schätzung der Forderung

Einfluß aus. Der auf Verlangen erteilte Aufschluß über die Raten der Tilgung genügt mangels weiterer Anträge; die bloße Möglichkeit, daß eine Minorität von Aktionären aus dem Zahlungsmodus vielleicht die Majorität zu einer Unterbewertung genötigt hätte, ergibt keinen gesetzlichen Grund für den Vorstand, geschäftliche Abmachungen in der Generalversammlung zu erörtern, die im wesentlichen dem diskretionären Ermessen der Geschäftsführung anheimgegeben sind. Die Erörterung reiner Geschäftsführungsfragen in der Öffentlichkeit würde zweifellos in vielen Fällen die Interessen einer AG. gefährden. **b)** Kontentrennung. BauersZ. **15** 244, LeipzZ. **08** 468, ZAktWes. **08** 214 (Bamberg 16. 11 07). Erfolgreiche Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Verschleierung des Vermögensstandes einer Hypothekenbank durch Vermischung unter sich verschiedener Konten: über Agiogewinn, Baugelderprovisionen, Pfandbriefumsatzkosten, Dubiosenkonto, Kontokorrentzinsenkonto. Es verstößt gegen den Grundsatz der Bilanz-Klarheit und -Wahrheit (§§ 38 ff., 260 f. HGB., 24, 27, 28, 42 HypBankG.), wenn in eine Gewinnermittelungsbilanz als Forderung nur das, was nach Abzug der Schulden und als Schuld nur das, was nach Abzug der Forderungen bleibt, in die Aktiv- und Passivseite eingesetzt wird.

2. Einzelfragen. **a)** Bilanzierung der Zweigniederlassung. BauersZ. **15** 270. Folgende Methoden sind gleichmäßig gesetzlich zulässig: a) Keine Kenntlichmachung des Vorhandenseins von Filialen und ihres Vermögens. b) Einstellung der Zweigniederlassung lediglich als Debitor, als Posten: Guthaben an die Filiale oder Filialwert abzüglich Schulden. c) Einstellung als besonderen Rechnungsposten, event. mit Erläuterung im Geschäftsberichte; Spezifizierung des Konto Zweigniederlassung in den hauptsächlichsten Posten (Vorräte, Einrichtungsgegenstände usw.). **b)** Abschreibungen. α. BauersZ. **16** 5. Es wird als Pflicht eines ordentlichen Geschäftsmanns bezeichnet, einen bei dem Verkauf erzielten erheblichen Gewinn zu Mehrabschreibungen zu verwenden. β. S. § 314 Note 2 b γ. **c)** Ziff. 1. BauersZ. **16** 5 (Aufsichtsamt f. Privatvers.). Für jedes Versicherungsunternehmen gibt es nur eine Bilanz, bei ausländischen Gesellschaften nur die den Vorschriften des Heimatsstaats entsprechende Vermögensaufstellung: Die Befolgung der in Ziff. 1 gegebenen Bewertungsvorschrift für Wertpapiere ist daher nicht obligatorisch, und es ist zulässig, nach Gegenüberstellung des Gesamtbuchwerts aller Wertpapiere und des Marktwerts die kleinere Summe einzustellen. **d)** Ziff. 1 und 2. BauersZ. **15** 172. α) Bezüglich der Entwertungen wird besonders exemplifiziert auf noch nicht abgerufene Abschlüsse. β) Für durch Verarbeitung entstandene Waren mit Marktpreis gilt Ziff. 1 § 261, für verarbeitete Rohmaterialien ohne Marktpreis Ziff. 2. Sinkt der Tageskurs des Rohstoffs am Bilanzstichtage, so muß dies bei den Fabrikaten und Halbfabrikaten durch Niedrigerbewertung oder Abschreibung berücksichtigt werden, steht aber Hebung des unter den Erwerbspreis gesunkenen Tageskurses bevor, so wird nach der Praxis der Erwerbspreis beibehalten. Das gleiche gilt, wenn trotz billigerer Rohmaterialien Verkäufe zu alten Preisen mit Sicherheit zu erwarten sind (Syndikate). **e)** Ziff. 1 bis 3. α. BauersZ. **15** 148. Nicht zur Weiterveräußerung bestimmte Aktien sind, soweit sie einen Börsenpreis nicht haben, weder nach Ziff. 1 noch nach Ziff. 3 — wie üblich — in die Bilanz einzustellen, sondern nach Ziff. 2 mit § 40, also unter Berücksichtigung des inneren Wertes des Unternehmens. Haben sie Börsenkurs, so ist nach § 40 der Wert aus der Bilanz der Gesellschaft zu berechnen, nicht ohne weiteres der Börsenkurs einzusetzen (gewöhnlich al pari bei reeller Taxierung und Verlustlosigkeit). β. BauersZ. **15** 149, DJZ. **08** 85 (PrOVG. V. 3. 11. 06). Auch für bergbautreibende AG. gilt als oberster Grundsatz für den Bilanzansatz § 40 HGB. (gemeiner, objektiver Verkaufswert; Ausnahme — Anschaffungs-, Herstellungspreis — nur gemäß § 261 Ziff. 1 bis 3). Bei Bewertung einer Bergbauberechtigung kann von

Herstellungspreis keine Rede sein; die zwecks Erlangung der Verleihung des Bergwerkseigentums aufgewendeten Kosten sind keine Herstellungskosten. In Frage kann gemäß § 261 Ziff. 2 der Anschaffungspreis — der tatsächliche Erwerbspreis — kommen. Der Bewertungsgrundsatz des § 40 Abs. 2 gilt auch für Rechte (darum handelt es sich hier), auch wenn keine Aufwendungen zum Erwerbe nötig waren; der Wert der Bergbauberechtigung deckt sich mit dem Werte der vorhandenen Kohlenmenge. **f)** Ziff. 2. BauersZ. **16** 29. Mißlungene Fabrikate (Ausschuß) dürfen nicht zum Herstellungspreis in die Bilanz kommen. § 261 Ziff. 2 enthält nur die Höchstgrenze, im übrigen gilt § 40. Vielfach bleiben derartige Waren überhaupt außer Ansatz, und es wird erst der Verkauf gebucht. **g)** Ziff. 3. α. BauersZ. **15** 271 (PrOVG. VI. 31. 1. 07). Abschreibungen auf Bergbauberechtigungen unter Zugrundelegung der handelsrechtlichen Vorschriften: Der Buchwert des Gegenstandes der Abschreibungen ist nicht maßgebend, vielmehr sind die nach handelsrechtlichen Grundsätzen zu ermittelnden Werte beim Beginn und am Ende der Periode einander gegenüberzustellen; der Unterschied zwischen beiden Wertzahlen bildet die Höhe der eingetretenen Wertverminderung und somit der zulässigen Abschreibung. Maßgebend ist der gemeine Wert, d. h. der objektive Kaufwert des Gegenstandes unter der Voraussetzung des Fortbestandes des Unternehmens. Der Wert der Bergbauberechtigung (Recht auf Gewinnung und Aneignung der in dem Bergwerksfelde befindlichen Mineralien) deckt sich nach der Natur der Sache und nach der Absicht der Gesetzgebung mit dem Werte der Menge der Mineralien. Die Abschreibung verhält sich zum Substanzwert am Beginne der Periode, wie die innerhalb der Förderperiode abgebaute Substanz zur Gesamtsubstanz am Beginne der Periode. Diese Grundsätze erhalten durch § 40 HGB. ihre Bestätigung. β. BauersZ. **15** 80. Falls zur Herstellung eines Baues von der AG. Bankkredit in Anspruch genommen wurde, dürfen die hierfür bezahlten Zinsen und Provisionen dem Immobilienkonto hinzugeschlagen werden, solche Ausgaben haben einen werterhöhenden Charakter. Mit Vollendung des Baues müssen fernere Ausgaben d r erwähnten Art auf Unkostenkonto genommen werden (Zinszahlung für noch nicht zurückerstattete Baugelder). Zulässig ist die Erhöhung der Herstellungskosten um den Zinsbetrag für den nicht beglichenen Teil der Rechnung des Baumeisters. γ. BauersZ. **15** 102. Erneuerungsfonds: er enthält nicht die bereiten Mittel zur Bestreitung von Neuanschaffungen oder zur Vornahme von Reparaturen, er ist lediglich Gegenposten für zu hohe Aktiva (unveränderte Einstellung des Erwerbs- oder Herstellungspreises). δ. PrVerwBl. **30** 470 (PrOVG.). Bilanzierung der Wertminderung durch Vereinigung von Abschreibungen auf der Aktiv- und Dotierung von Erneuerungsfonds auf der Passivseite ist zulässig. Soweit aber hierdurch das Maß zulässiger Abschreibungen überschritten wird, liegt Bildung eines Reservefonds, also steuerpflichtiges Einkommen vor. Die Wertminderung kann auch nach einem auf Erfahrung und praktischer Übung beruhenden Prozentsatze bemessen werden, der der regelmäßigen jährlichen Wertminderung gleichartiger Gegenstände im allgemeinen entspricht. **h)** Ziff. 5. *Fischer, Bilanzwerte. (Vgl. zu §§ 213, 215). a) Es ist falsch, wenn hier, ebenso wie in dem § 42 Ziff. 3 u. 4 GmbHG., das satzungsgemäße Einlagevermögen für identisch gehalten wird mit der Ziffer des Einlagekapitalkontos. Vielmehr gehört auf das Einlagekapitalkonto allein der erfüllte Teil des Einlagevermögens (269 ff.). In Anbetracht des Wortes Kapitalanteil, das Anteil am wirtschaftlichen Eigenbesitze des Geschäftsvermögens bedeutet (vgl. zu § 120 HGB.), und ferner mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwickelung der Aktienurkunde ist die sog. Summenaktie als Bescheinigung über den vollzogenen Mitgliederbeitrag aufzufassen, und in Beziehung zu setzen nicht zum satzungsgemäßen Ein-

lagevermögen schlechthin, sondern mit Rücksicht auf dessen Erfülltsein (339 ff.). b) Es ist dringend vor dem Ausdrucke Reservefonds zu warnen, der den Laien stets verführen wird. Denn er bedeutet, und zwar selbst bei den sog. bedeckten Spezialreserven, niemals einzelne bestimmte Aktiven, sondern immer nur eine durch ein Passivkonto in Bezug genommene Quote der Aktivengesamtheit (309 ff., 316 ff.). i) Ziff. 6. Gewinn und Verlust s. Scheller zu § 237. k) Weitere Einzelfragen s. bei § 314.

3. Folgen der Verletzung der Bilanzvorschriften: Haftung gegnüber Dritten und Aktionären s. § 241 Note 2 und § 249 Note 2. Strafrecht §§ 314 ff.

§ 262. 1. *Fischer, Bilanzwerte 364 ff., 402 ff., 414 ff. a) Die Reserve der Ziff. 1 hat sich ebenso wie die Reserve des § 7 Ziff. 4 GenG. aus der freiwilligen Reserve entwickelt. Deshalb darf man trotz der fast wörtlichen Übereinstimmung beider Gesetzesstellen nicht die eine Reserve aus der anderen erklären, sondern man hat hier wie dort von dem Charakteristikum der einer jeden Assoziationsform eigentümlichen freiwilligen Reserve auszugehen. Im Gegensatze zu den freiwilligen Reserven der Genossenschaften, die im Prinzipe dauernde, unwiderrufliche Gewinnentziehungen darstellen, sind sämtliche freiwilligen Reserven bei AG. Gewinnverteilungsreserven, entweder unbedingte oder mehr oder weniger bedingte. Im Resultat ist selbst die Reserve des § 262 Ziff. 1 als eine, wenngleich stark verklausulierte, Gewinnverteilungsreserve gedacht. Deshalb hat auch das HGB. im § 262 Ziff. 1 gar nicht den allgemeinen Rechtssatz durchbrochen, daß eine vertragliche Bestimmung sich nicht Unwiderruflichkeit beilegen kann. Wohl aber ist dies im § 7 Ziff. 4 GenG. geschehen. b) Die Reserven der Ziff. 2 und 3 dienen ausschließlich dem Schutze der künftigen Erwerber von Aktien. Sie sollen dadurch nicht zu Schaden kommen, daß die Vorbesitzer einen Betrag, der nicht aus Betriebsgewinnen stammt, verteilen und auf diese Weise Außenstehende über die Ertragsfähigkeit und damit über den Wert des Unternehmens und dessen Anteile täuschen.

2. BauerZ. **16** 1, Kann der Vorstand beim Vorhandensein einer Unterbilanz Reserven dotieren, so daß diese noch größer wird? Die Frage wird verneint für den gesetzlichen Reservefonds, da er nur aus dem Reingewinne zu dotieren ist, ebenso für ein „Umbau- und Erneuerungskonto", das sich als Reservekonto für spätere Verwendungszwecke darstellt. Anders für sog. „uneigentliche Reserven": Abschreibungs-, Abnutzungsfonds, Delkrederefonds (Berichtigungsposten gegen zu hohes Aktivum).

3. Vgl. Scheller zu § 237, Begriff des Reingewinns und der Rücklagen; die einzelnen Rücklagen; Tantiemen und Reservefondsbildung.

§ 265. 1. *Fischer, Bilanzwerte 330, 417 ff. Der Paragraph leistet Gewähr dafür, daß die Jahresrechnung wenigstens in ihren Grundzügen an die Öffentlichkeit gelangt. Diese bietet ihrerseits nicht selten die alleinige Garantie dafür, daß die von der Agiotage beherrschte Generalversammlung nicht gegen die fundamentalen Sätze des Aktienrechts verstößt, namentlich den von der Unverletzlichkeit des Einlagevermögens.

2. a) BauerZ. **15** 195, BadRpr. **08** 43 (Karlsruhe 28. 12. 07); b) BadRpr. **08** 55 (LG. Offenburg 26. 11. 07). Der Vorstand ist verpflichtet, die Veröffentlichung einer Gewinn- und Verlustrechnung, abgesehen von der Bilanz, auch für das Baujahr nachzuweisen; eine Gewinn- und Verlustrechnung ist auch für das Baujahr technisch möglich. Ordnungsstrafverfahren nach § 14 HGB., § 132 FGG.

§§ 268, 270, 271. Verzicht auf Regreßansprüche. **RG. 68** 314, JW. **08** 464, BauersZ. **15** 267, LeipzZ. **08** 535 Ziff. 7, R. **08** 380 Ziff. 2239. Der Beschluß der Generalversammlung, auf begründete Regreßansprüche gegen zahlungsfähige Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats zu verzichten, gereicht zwar der AG. stets zum Nachteile, verstößt aber dadurch allein grundsätzlich noch nicht gegen das Gesetz, auch dann, wenn die Schuldner gegen das Statut gefehlt haben, außer wenn statutenmäßig ein derartiger Verzicht unzulässig ist. Der Beschluß kann aber gegen das Gesetz verstoßen, wenn die Mehrheit der Aktionäre bei der Beschlußfassung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich zum Nachteile der AG. oder der Minderheit gehandelt hat (§ 826 BGB.); es genügt, daß der dolus im Sinne des § 826 bloß bei dem Teile vorhanden ist, der im gegebenen Falle mindestens erforderlich war, um einen Mehrheitsbeschluß hervorzubringen. Hat dagegen die Mehrheit nur willkürlich auf die ihr als begründet bekannten Regreßansprüche verzichtet, so ist § 826 nicht anwendbar.

§ 271. Literatur: Runckel-Langsdorff, Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen einer AG. und ihre Wirkung, HoldheimsMSchr. **08** 248.

1. Wirkung der Anfechtung. Runkel-Langsdorff aaO. An der Hand des bei § 274 Ziff. 2a zitierten Urteils des RG. v. 7. 4. 08 wird die oben gestellte Frage mit Rücksicht auf die von der Generalversammlung in diesem Falle während des Prozesses vorgenommene Wiederholung der angefochtenen Beschlüsse besprochen. Angefochtene Beschlüsse bestehen so lange, bis sie für ungültig erklärt sind; um ihre Ausführung zu hindern, ist eine einstweilige Verfügung erforderlich. Es ist zulässig, Statutenänderungen rückwirkende Kraft zu verleihen, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen.

2. Anfechtungsgründe. a) Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses wegen Verstoßes gegen die guten Sitten. α. S. § 268 und § 282 HGB. β. Hibernia: **RG. 68** 235, HoldheimsMSchr. **08** 173, JW. **08** 464, DJZ. **08** 706, R. **08** II Ziff. 2404 ff. Wegen Ablehnung des staatlichen Angebots, die zu schaffenden Vorzugsaktien zum Kurse von 117 bis 120 pCt. zu übernehmen: Der Generalversammlung steht volle Entschlußfreiheit zu, da weder ein Verstoß gegen Gesetz oder Satzung noch gegen die guten Sitten ersichtlich ist. Unerheblich ist auch die Absicht der Mehrheit, die Stammaktien zu einem teureren Preise zu verkaufen und sich dennoch durch den Erwerb der billigen Vorzugsaktien im Besitze der Stimmenmajorität zu erhalten. Auch die Absicht der Majorität, der Gesellschaft die Selbständigkeit ihres Unternehmens zu erhalten, verstößt nicht gegen die §§ 226, 826 BGB. **b**) Wegen mangelnder Majorität, Geltendmachung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. RJA. **9** 254 (KG.). Offiziallöschung eines Generalversammlungsbeschlusses über Fusion zweier Eisenbahngesellschaften ohne Liquidation trotz Fehlens der Dreiviertel-Majorität: Beschwerderecht des Aktionärs, der gemäß § 271 Abs. 2 zu Protokoll Widerspruch gegen den Fusionsbeschluß erhoben hat, gegen die Ablehnung der Löschung, weil eine Beeinträchtigung von Individualrechten in Frage steht, obwohl im allgemeinen der Aktionär in Angelegenheiten der AG. kein selbständiges Beschwerderecht hat. — Ein derartiger Beschluß ist zwar kein Beschluß und darf daher nicht eingetragen werden (KGJ. **34** A 196, RJA. **9** 34); ist er aber eingetragen, so kann er nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 FGG. gelöscht werden. § 144 Abs. 2 enthält eine Einschränkung des im § 142 FGG. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes. **c**) Sonstige Fälle s. §§ 185, 231 Note 3, 250, 252, 253, 260 Note 4 d, 260 Note 1 b, 268, 300.

3. Notfrist. **RG.** 10. 4. 08, **68** 263, R. **08** II Ziff. 2240. Versäumung der Anfechtung innerhalb der Präklusivfrist: Gültig werden nur Beschlüsse, die gegen dispositives Recht über dem Verfügungsrechte der Generalversammlung unter-

liegende Gegenstände verstoßen, nicht bei Verletzungen öffentlichen Rechtes oder von Aktionärsonderrechten.

4. *Fischer, Bilanzwerte 387 u. 426. Wenn man ausschließlich die Bestimmungen des Gesetzes über die Gewinnverteilung zugrunde legt, so beherrscht vermöge der Anfechtbarkeit, der ein nicht den gesamten Jahresgewinn verteilender Gesellschafterbeschluß unterliegt, die Minorität des § 271 Abs. 3 Satz 2 materiell das Gewinnverteilungsrecht und bei GmbH. sogar der einzelne Gesellschafter.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. 1. *Wimpfheimer, Liquidation (vgl. auch § 16 Abs. 1 GenG., § 53 GmbHG., § 39 PrivVersUntG.). Der Auflösungsbeschluß kann nicht als Statutenänderung angesehen werden. Nicht einmal dann liegt eine solche vor, wenn zwar die AG. (Genossenschaft, GmbH., Versicherungsverein) auf bestimmte Zeit eingegangen ist, aber durch Beschluß vor deren Ablauf aufgelöst wird (131, 132).

2. Ankündigung von Statutenänderungen. a) **RG. 68** 232, ZAktWes. **08** 114, BayersZ. **15** 269, HansGZ. **08** 191, DNotV. **08** 770, JW. **08** 346, LeipzZ. **08** 445 Ziff. 8 u. 9, DJZ. **08** 761, R. **08** II Ziff. 2078, 2079. Eine Ankündigung der Tagesordnung: „Statutenänderungen. Vorstand und Aufsichtsrat beantragen, die §§ 8 bis 10 betr. Aufstellung der Jahresbilanz und Remuneration des Aufsichtsrats abzuändern" genügt nicht, gibt nicht den „wesentlichen Inhalt der Änderung" wieder. Wenn auch nicht die beabsichtigten Änderungen selbst angegeben zu werden brauchen, so muß doch mitgeteilt werden, in welcher Beziehung und in welcher Richtung die Statuten geändert werden sollen. Vorliegende Ankündigung enthält aber lediglich eine Inhaltsangabe der zu ändernden Paragraphen, nicht ob Erhöhung, Verminderung, andere Voraussetzungen des Remunerationsanspruchs in Aussicht genommen war. — Beispiele ausreichender Ankündigungen: „Anderweite Festsetzung des Remunerationsanspruchs des Aufsichtsrats auf einen Gewinnanteil von 10 pCt. neben der garantierten Remuneration von 8400 M.", „Änderung der Statuten betr. Erhöhung des Grundkapitals"; „betr. die anderweitige Zeichnung der Firma"; „über die Stimmabgabe in der Generalversammlung"; „über die Aufhebung einer Kautionspflicht". § 274 Abs. 2 enthält trotz des Wortlauts keine bloße Ordnungsvorschrift, Verletzung hat Nichtigkeit zur Folge. Nochmalige Beschlußfassung in einer späteren Generalversammlung nach ordnungsmäßiger Ankündigung steht der Klage auf Anfechtung des inkorrekten Beschlusses nicht entgegen. Daß § 226 BGB. vorliege, ist weder behauptet, noch ersichtlich. **b)** Ebenso OLG. Hamburg 10. 7. 07, LeipzZ. **08** 243 (s. JDR. **6** Note b). **c)** Anders BayersZ. **15** 150. Wie ist die beabsichtigte Änderung des Gesellschaftsvertrags anzukündigen?

§ 276. Form der Zustimmung der Aktionäre zu neuen Nebenleistungen. **RG. 68** 263, BayersZ. **15** 226, LeipzZ. **08** 535 Ziff. 6, JW. **08** 408, DJZ. **08** 817, R. **08** II Ziff. 2241. Ein Beschluß über die Verpflichtung der Aktionäre im Sinne des § 212 erfordert zu seiner Gültigkeit nicht, daß die sämtlichen von der Verpflichtung betroffenen Aktionäre in der Versammlung selbst anwesend oder vertreten sind und in dieser ihre Zustimmung erteilen. Anderenfalls wäre besonders im Anschluß an die Regelung des § 275 eine ausdrückliche Vorschrift aufgenommen worden; auch der Zweck — Wahrung der Sonderrechte der betroffenen Aktionäre — erfordert Zustimmung in der Versammlung nicht. Nach § 182 BGB. ist die Zustimmungserklärung formlos.

§ 282. Ausschluß des Bezugsrechts. Hibernia: **RG.** I. 8. 4. 08, **68** 235 HoldheimsMSchr. **08** 173, BayersZ. **15** 245, JW. **08** 463, ZBlFG. **9** 38, LeipzZ. **08** 445 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 2404 ff. Es ist zwar anzuerkennen, daß auch der Beschluß einer Generalversammlung ein gegen die guten Sitten ver-

stoßendes, nichtiges Rechtsgeschäft enthalten kann. Mit einem gemäß § 282 HGB. gefaßten, das Bezugsrecht der Aktionäre ausschließenden Beschlusse muß sich indes auch die Minderheit zufrieden geben; es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn die Mehrheit auf dem Boden der gesetzlichen Bestimmungen und unter Benutzung der rechtlichen Wirkungen, die das Gesetz den ordnungsmäßig gefaßten Beschlüssen der Generalversammlung zuschreibt, sich im Besitze dessen zu erhalten sucht, was sie als ihr wertvolles Eigentum schätzt.

§ 286. Kosten- und Stempelfragen bei der Kapitalserhöhung. 1. MecklZ. **26** 277 (Rostock). Anwendbarkeit des § 58 Abs. 2 MecklSchwGKG. auf die Eintragung der Kapitalserhöhung einer Hamburger AG. im Filialregister.

2. BauersZ. **15** 204, ElsLothJZ. **08** 207 (Colmar 2. 1. 08). Gerichtsgebühr für die Eintragung der Kapitalserhöhung einer auswärtigen AG. ins Handelsregister ihrer elsaß-lothringischen Zweigniederlassung nach § 47 Ziff. 2 mit 1 a zu berechnen.

3. HessRspr. **8** 142 (LG. Darmstadt 29. 6. 07). Stempelpflicht einer Erhöhung des Kapitals mit gleichzeitiger Herabsetzung von dem Nominalbetrage der Kapitalserhöhung in Hessen (Nr. 37 I, jetzt 36 I StempTarif). Vorlage einer öffentlich beglaubigten Vertragsabschrift ist Eintragungsvoraussetzung (§§ 201, 274, 280, 286, 13 HGB.). Dies gilt auch für eine außerhalb Hessens domizilierende AG. und bei Beurkundung des Beschlusses durch einen nicht hessischen Notar.

§ 288. 1. Kapitalsherabsetzung bei Vorhandensein mehrerer Aktiengattungen. KGJ. **35** A 162, SeuffBl. **08** 375, RJA. **9** 98, BauersZ. **15** 248, ZBlFG. **8** 709, R. **08** II Ziff. 2438 (KG. 10. 40. 07). Im Falle der Kapitalsherabsetzung wird die Sonderabstimmung der Aktionärgruppen mit verschiedenen Berechtigungen nicht dadurch entbehrlich, daß sämtliche Gruppen dem Generalversammlungsbeschluß einhellig zustimmen, insbesondere auch diejenige, deren Aktien durch Abstempelung auf 50 pCt. des Wertes herabgesetzt werden sollen. § 288 Abs. 3 ist weiter als § 275 Abs. 3, insofern, als nicht nur die benachteiligten Aktionäre gesondert abstimmen müssen; wie § 288 auch § 278. Der Registerrichter hat diesen Mangel zu beachten, weil ein dem § 288 Abs. 3 nicht entsprechender Beschluß keine genügende materielle Grundlage für die beabsichtigte Eintragung bietet.

2. *Fischer, Bilanzwerte 303 ff. Es ist zu rügen, daß der auf bilanziellem Gebiete völlig unbewanderte Gesetzesverfasser innerhalb ein und desselben Paragraphen dasselbe Wort Grundkapital dreimal, und zwar ein jedesmal in einer anderen Bedeutung gebraucht.

§ 289. 1. *Fischer, Bilanzwerte 332 ff. Einerseits sollen zwar alle Fälle einer Herabsetzung des Grundkapitalkontos, in denen die Interessen Dritter in Mitleidenschaft gezogen werden können, getroffen werden, aber andererseits auch nur sie. Denn es gibt eine große Anzahl von Herabsetzungen des Grundkapitalkontos, wo eine solche Gefährdung nicht zu besorgen ist.

2. KG. 16. 5. 07 in JDR. **6**, s. auch OLG. **16** 99, BauersZ. **15** 104, DJZ. **08** 365, R. **08** II Ziff. 239.

3. Labes, GoldschmidtsZ. **62** 133. Konkurs während des Sperrjahrs. Es liegt kein Sonderkonkurs vor, auch nicht ein Verfahren mit Bildung mehrerer Massen, weil die alten Gläubiger ein Vorzugsrecht wegen der ganzen Masse, nicht bloß bezüglich einzelner Teile hätten.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

Vorbemerkung: Besonders erörtert in Literatur und Rechtsprechung sind wie schon im Vorjahre die formellen Fragen bezüglich der Liquidationseröffnungsbilanz (§ 299), das Recht auf die Liquidationsquote und die Frage der Naturalteilung (§ 300), sowie die Fusion von Versicherungsgesellschaften (§ 306).

Literatur: Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation. München 1908 (s. vor § 178).

§ 292. *Wimpfheimer aaO. 124. Die aufgelöste AG. kann nicht mehr in das Werbestadium zurückverwandelt werden.

§ 293. Anmeldungspflicht nach beendetem Konkurse? 1. KGJ. **34** B 12, BauersZ. **15** 106 (KG. 13. 6. 07). Keine Eintragung des Erlöschens der Firma der AG. bei Einstellung des Geschäftsbetriebs durch den Konkursverwalter (Offizialeintragung des Konkursvermerkes § 32). Vgl. §§ 116, 163, 190, 202, 203, 205 KO., sowie § 307 Abs. 2 HGB. Das Ordnungsstrafverfahren nach § 14 HGB. gegen die Vorstandsmitglieder ist unzulässig. Die Eintragungsgebühr, sowie Schreib- und Postgebühren sind niederzuschlagen (§§ 7 Abs. 2, 9 Abs. 2 Pr. GKG.), nicht die Insertionskosten, die die Antragsteller trotz des ihnen angedrohten Strafverfahrens treffen, vorbehaltlich ihres Regresses an den Richter. Die 1900 vorgenommene Übertragung aus dem alten Gesellschaftsregister in das Handelsregister B, sowie die Eintragung des Konkursvermerkes sind als Eintragungen von Amts wegen gebühren- und auslagenfrei.

2. SächsOLG. **29** 63, BauersZ. **15** 152 (Dresden 4. 12. 07). Die Vorstandsmitglieder einer AG. sind nach durch Ausschüttung der Masse beendigtem Konkursverfahren nicht verpflichtet, das Erlöschen der Firma anzumelden (§ 163 KO., § 32 HGB.).

§§ 298. (70.) **RG.**, SchlHolstAnz. **08** 184, LeipzZ. **08** 694 Ziff. 9, R. **08** II Ziff. 2403. Liquidation kein wichtiger Grund zur Entlassung eines Angestellten gemäß § 70.

§ 299. 1. Liquidationseröffnungsbilanz. **a)** Vgl. JDR. **2.** **b)** KGJ. **35** A 160, RJA. **9** 156, BauersZ. **16** 6, ZBlFG. **9** 251, DNotV. **8** 778, R. **08** II Ziff. 3380 (KG. 16. 1. 08). Die Liquidatoren sind verpflichtet, wie die Jahresbilanzen, so auch die Bilanz für den Beginn der Liquidation der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen, sie bekannt zu machen und zum Register einzureichen (Entstehungsgeschichte). **c)** Ebenso LG. Freiberg 5. 2. 07, BauersZ. **15** 127, dagegen Bauer im Anschlusse hieran unter Berufung auf die Praxis und die Natur der Liquidationseröffnungsbilanz.

2. BauersZ. **16** 29, LeipzZ. **08** 710 Ziff. 3 (Dresden). Der Liquidator ist nach Eröffnung des Konkurses der AG. nur zur Einreichung der Liquidationseröffnungsbilanz beim Registergerichte verpflichtet. Auch die Liquidationseröffnungsbilanz ist der Generalversammlung vorzulegen (Zitat der §§ 263 bis 265), vgl. RJA. **2** 128; durch die Konkurseröffnung verliert der Liquidator nicht diese seine Eigenschaft, er tritt an die Stelle des Gemeinschuldners; der Einspruch des Liquidators gegen die Verfügung des Registergerichts auf Bekanntmachung der von der Generalversammlung zu genehmigenden Eröffnungsbilanz ist begründet, da die Vorlage der Bilanz an die Generalversammlung ohne Interesse ist und durch bloße Einreichung bei Gericht zur Einsicht dem vorhandenen genügt wird, die Veröffentlichung aber zwecklos ist, da die Orientierung der Gläubiger über die Vermögensverhältnisse im Konkursverfahren erfolgt.

3. Bewertungsgrundsätze für die Liquidationsbilanz. BauersZ. **15** 172. Anlagen und Betriebsgegenstände sind zum Verkaufswerte anzusetzen, falls dieser niedriger als der Gestehungspreis minus Abschreibung ist; falls der wirkliche Wert höher als letzterer ist, so ist der wahre Wert einzusetzen (§ 261 unanwendbar).

§ 300. 1. Entziehbarkeit der Liquidationsquote. **a)** Vgl. JDR. **2.** **b)** *Wimpfheimer aaO. Das Recht auf die Liquidationsquote ist kein Sonderrecht, aber ein unentziehbares, d. h. nur mit Zustimmung seines Trägers veränderliches Mitgliedschaftsrecht (172—174). Dasselbe gilt für das Recht auf die

Liquidationsquote bei der AG., KG. und der GmbH. (§ 174); nicht so dagegen beim Vereine des BGB. und dem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (179—182). — Zu unterscheiden ist ferner zwischen dem abstrakten Mitgliedsrecht auf die Liquidationsquote, der Anwartschaft auf einen Teil des bei der Beendigung der Gesellschaft sich ergebenden Reingewinns, und dem Gläubigerrecht auf die Liquidationsquote, d. h. dem Forderungsrecht auf die von den maßgebenden Gesellschaftsorganen jeweils festgestellten Raten der durch die Liquidation sich ergebenden Summe. Das erstere entsteht mit der Gründung der Gesellschaft (so besonders gegen Bachmann, Sonderrecht der Aktionäre 174—177), sofern es überhaupt besteht. Wann das letztere entsteht, ist bestritten. Richtiger Ansicht nach fällt seine Entstehung mit der Festsetzung der auf die einzelnen Mitglieder fallenden Quote der auszuschüttenden Masse zusammen (189—193). **c)** ElsLothJZ. **08** 21, BauersZ. **15** 147 (LG. Straßburg 15. 10. 06). Der Beschluß der Generalversammlung, bei Auflösung dem Aufsichtsrate 15 pCt. des über das Grundkapital hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögens zuzuwenden, ist ungültig. Er verletzt das unfreiwillig nicht entziehbare Sonderrecht des Aktionärs auf die Liquidationsrate (Recht auf die Liquidationsrate materiell gleich Aktie). Der Beschluß wird durch die statutenmäßige Befugnis der Generalversammlung zur Festsetzung der Bezüge des Aufsichtsrats nicht gedeckt, ebensowenig durch den statutenmäßigen Anspruch des Aufsichtsrats auf 8 pCt. des Reingewinns, obwohl der bei der Auflösung vorhandene Vermögenszuwachs auf die Betriebsergebnisse der Einzeljahre zurückzuführen ist. Kein Verzicht der Aktionäre durch Annahme der an die Stelle der vernichteten Aktien getretenen Genußscheine.

2. Naturalteilung. **a)** Vgl. JDR. **5**. **b)** *Wimpfheimer (vgl. § 90 GenG., § 72 GmbHG., PrivVersUntG. I.). Es ist auch Naturalverteilung möglich (22—26).

§ 302. Ziff. 4. 1. *Wimpfheimer aaO. 115 a—119. Die nachträgliche Liquidation ist keine Fortsetzung der früheren, sondern die alte in Wirklichkeit nie beendigte. Weder dieses Wiederaufleben der Liquidation, noch ihre neuerliche Beendigung darf ins Register eingetragen werden. Nicht nur die Liquidatoren sind wieder zu bestellen, auch alle anderen Organe, z. B. Aufsichtsrat und Generalversammlung leben wieder auf. Die Bestimmung im § 304 Abs. 2 HGB. gilt für alle juristischen Personen und Personiden.

2. OLG. **16** 100, BauersZ. **15** 152 (Frankfurt). (S. a. EGBGB. Art. 30 Ziff. 2.) Auflösung und Verlust der Rechtspersönlichkeit bei einer englischen Gesellschaft bestimmen sich nach englischem Rechte (comp. Acts 1862 to 1893). Gleichwohl ist die Anwendung des englischen Rechtes mit Rücksicht auf §302 Abs. 4 HGB., Art. 30 EGBGB. insoweit unzulässig, als trotz Vorhandenseins noch verteilungsfähigen Vermögens in Deutschland (verkaufte, nicht aufgelassene, für die AG. eingetragene Grundstücke, nach englischem Rechte der Untergang der Gesellschaft möglich ist. Dagegen richtet sich die Beendigung der Vertretungsbefugnis des in England bestellten Liquidators nach englischem Rechte; die von ihm trotz Beendigung nach englischem Rechte eingelegte Berufung ist unzulässig; ihn trifft nach § 97 ZPO. die Kostenlast.

§ 303. **a)** Verhältnis zu § 25 HGB. und §419 BGB. (S. a. BGB. §419 Ziff. 5.) **RG.** BauersZ. **16** 31, R. **08** 490 Ziff. 2798. Der Gläubiger einer AG., die ihre gesamten Geschäftsaktiven gegen Zahlung eines Kaufpreises unter Ausschluß einiger weniger Grundstücke an eine andere veräußert hat, kann sich an die Käuferin halten, obwohl diese die Firma der veräußernden nicht fortführt. §25 HGB. steht nicht entgegen, da das veräußerte Handelsgeschäft das ganze Vermögen des Veräußerers bildet, also ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt (§ 419 BGB.). Der Ausschluß einiger Grundstücke ist unerheblich. § 419 ist keine Unterart der Schuldübernahme in §§ 414, 415; der Paragraph wird daher durch die Bezahlung eines Kaufpreises nicht ausgeschlossen. **b)** PrOVG. **52** 125. Übertragung des Gesell-

schaftsvermögens an den Inhaber sämtlicher Aktien erfordert Auflassung und ist umsatzsteuerpflichtig.

§ 306. Literatur: Emminghaus, Stellung der bei Gesellschaftsfusionen beteiligten Versicherten nach deutschem Rechte, LeipzZ. **08** 24 ff.

1. Rechtsnatur und Wirkung des Fusionsvertrags. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 609. Dem Fusionsvertrage kann der Charakter eines aktienrechtlichen, auf die Veräußerung von Vermögenswerten gerichteten Gesellschaftsvertrags nicht deshalb abgesprochen werden, weil er regelmäßig wegen seines inneren Zusammenhanges mit dem die Liquidation ausschließenden Beschluß erst mit der Eintragung wirksam wird. Es läßt sich vielmehr nur sagen, daß, da der Übergang des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft mit der Eintragung der Beschlüsse als erfolgt gilt, es zur Ausführung des obligatorischen Gesellschaftsvertrags nicht besonderer dinglicher Verträge bedarf, daß vielmehr der obligatorische Vertrag von selbst in Verbindung mit der Eintragung die Wirkung der Vermögensübertragung hat. b) PrVerwBl. **30** 87 (PrOVG.). Der Eigentumswechsel an Grundstücken tritt schon mit Abschluß des Fusionsvertrages ein, sodaß eine erst später erlassene, wenn auch zur Zeit der Grundbuchberichtigung in Kraft befindliche Umsatzsteuerordnung unanwendbar ist. Ist jeder derivative Eigentumserwerb nach der SteuerO. steuerpflichtig, so gehört dazu auch der im Wege der Fusion erfolgende.

2. Grundbücherliche Behandlung der Fusion. a) Vgl. JDR. **2** Note 3 a, **4** § 305 Note 2, **6** § 305 Note 2. b) KGJ. **35** A 289, SeuffBl. **08** 246 ff., BauersZ. **16** 47, R. **08** II Ziff. 2976. Die Umschreibung der im Grundbuche für die übertragende AG. eingetragenen Rechte auf die übernehmende erfolgt im Wege der Berichtigung (§ 22 GBO.); die Berichtigung ist Voraussetzung der Weitereintragung von Verfügungen der übernehmenden Gesellschaft; den im § 1155 BGB., § 40 GBO. genannten Urkunden stehen Registerauszüge über die Genehmigung der Generalversammlungen beider Gesellschaften und die Kapitalserhöhung der übernehmenden nicht gleich, wie allgemein andere Urkunden nicht, selbst wenn sie den Übergang der Rechte von einem auf den anderen Gläubiger dartun. Vgl. Entstehungsgeschichte und die Judikatur des KG. zu § 40 Abs. 2 GBO. als Ausnahmevorschrift.

3. **RG.** II. 24. 1. 08, BauersZ. **15** 173, LeipzZ. **08** 298 Ziff. 6. Übergang des Bierabnahmevertrags mit einem Restaurateur auf die aufnehmende Gesellschaft bei Fusion zweier Aktien-Bierbrauereien, obwohl Bier an sich keine fungible Sache ist, wenn die aufgenommene Brauerei den Betrieb von dem Restaurateur gegen Übernahme der Abnahmeverpflichtung gekauft hatte.

4. Fusion von Versicherungsgesellschaften. a) Vgl. JDR. **6**. b) Emminghaus aaO. (Stellungnahme zu Ehrenberg, Die Abtretung des Portefeuilles, ZVersWes. **04**.) Bericht über die Stellung des Aufsichtsamts für Privatversicherung; insbesondere bezüglich der Rechte der nichtzustimmenden Mitglieder und Versicherten, die Anwendbarkeit des § 301 Abs. 3 (vgl. **RG. 60** 56, **56** 292) und des § 14 PrivVersUntG. (Urt. des **RG.** 17. 10. 05, 13. 3. 06, OLG. Dresden 29. 12. 05, Hamburg 7. 12. 05, PrOVG. 19. 5. 06, OLG. Cassel 30. 11. 06). c) Sicherheitsleistung für die Policen bei Fusion von zwei Lebensversicherungs AG. BauersZ. **16** 8 (Düsseldorf 15. 6. 08). Der befristete Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme gehört zu den Verbindlichkeiten des § 306 Abs. 5; er kann klageweise geltend gemacht werden; Schadensersatzanspruch § 306 Abs. 6; außerdem Unterlassungsklage bei verweigerter Erfüllung der Schutzvorschriften. Die im § 301 geforderte Sicherheitsleistung ist nicht schon dadurch gegeben, daß eine leistungsfähige Gesellschaft das Portefeuille übernimmt; ein stillschweigender Verzicht auf die Sicherheit liegt nicht im Abschlusse des Versicherungsvertrags. Die Prämienreserve ist keine Sicherheitsleistung im technischen Sinne (§ 232 BGB.): freie Verfügung der Gesellschaft über sie. Das Verlangen nach Sicher-

heit ist demgegenüber keine Schikane. Es kann aber nicht vorzeitig Sicherheit in Höhe der ganzen Versicherungssumme verlangt werden. **d)** HessRspr. **9** 26 (Darmstadt 18. 11. 07). Bei Fusionen zweier Versicherungsgesellschaften können die Versicherungsnehmer der aufgelösten Gesellschaft die Schuldübernahme nicht nach § 415 BGB. zurückweisen. Dem Versicherten steht ein Rücktrittsrecht nur zu, wenn eine Verschlechterung in den Verhältnissen des Versicherers dadurch eintritt, daß die Erreichung des Versicherungszwecks gefährdet wird; außer Betracht bleiben die rein persönlichen Erwägungen des Versicherten über die Person des Versicherers (größeres Entgegenkommen usw.). Die Beobachtung der Vorschriften des § 306 Abs. 5 ist keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Fusion. Es ist zu prüfen, ob die neue Gesellschaft nach Vermögensstand und versicherungstechnischen Einrichtungen den Versicherten hinreichende Gewähr für Erfüllung ihrer etwaigen Ersatzansprüche bietet. Dies ist auf Grund der Genehmigung der Fusion durch das Aufsichtsamt (§ 14 PrivVersUntG. 12. 5. 01) anzunehmen.

§ 307. Beispiel: (Leisniger MühlenAG.) in BauersZ. **15** 105.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 314. Literatur: BauersZ. **15** 193, Macht sich der Direktor einer AG. der Bilanzverschleierung schuldig, wenn er seine Bilanz durch vorübergehendes Ausstellen von Akzepten flüssiger erscheinen läßt und wenn er nur den Saldo aus dem Konsortialkonto einstellt? — Das. **15** 145, Wann machen sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats, die Absetzungen für uneinbringliche und zweifelhafte Außenstände in der Gewinn- und Verlustrechnung verheimlichen, der Verschleierung schuldig? — Das. **15** 75, Die schuldnerischen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG. unter Debitorenkonto zu führen, ohne im Geschäftsberichte davon Erwähnung zu tun, ist keine Bilanzverschleierung.

1. Verhältnis von § 314 HGB. zu § 826 BGB. **RG.** JW. **08** 149, LeipzZ. **08** 298 Ziff. 7, R. **08** II Ziff. 849. Subjektiver Tatbestand identisch, denn die wissentliche Täuschung derer, die nach § 314 einen Rechtsanspruch auf Wahrheit haben, verstößt gegen die guten Sitten, und es fehlt nicht an der im § 826 geforderten vorsätzlichen Vermögensschädigung; der objektive Tatbestand des § 314 ist enger: er betrifft nur die unwahre Darstellung der in der Bilanz und der Berichterstattung kundzugebenden Tatsachen. S. a. BGB. § 826 Ziff. 16 x.

2. Ziff. 1. **a)** Unwahre Darstellung. *Fischer, Bilanzwerte 328 ff., 394 ff., 419. Mit der unwahren Darstellung und Verschleierung soll ausschließlich die zu günstige Darstellung bekämpft werden: Nur sie schädigt das Gesellschaftsvermögen und nur sie ist auf das Erb- und Grundübel des Aktienwesens, die Agiotage, zurückzuführen. Daß dem so ist, lehrt nicht allein die Entstehungsgeschichte speziell des § 314 Ziff. 1, sondern auch diejenige der meisten anderen grundlegenden Bestimmungen des Aktienrechts. Denn ebenso, wie die Entwickelung des Aktienrechts nur unter dem Gesichtspunkte der Verkäuflichkeit der Anteile verständlich wird, ist das Rückgrat des Aktiengesetzes zu verstehen als eine Reaktion der Rechtsordnung gegen die dadurch gegebene ungeheuere Gefahr, nämlich die, daß die jeweiligen Anteilsbesitzer, um ihre Privatinteressen zu fördern, vermittels großer, des Kurses wegen angestrebter Gewinnentnahmen das Gemeinschaftsvermögen schädigen und zerstören. **b)** Bilanzverschleierung. α. BauersZ. **15** 102. Verneinend: Aufnahme eines Gewinns aus Grundstücksverkauf in den Kreditposten „Gewinn an Waren — M." des Gewinn- und Verlustkontos. β. BauersZ. **15** 193. Eintausch von Buchforderungen der Gesellschaft in Wechselforderungen ist keine Bilanzverschleierung; der Vermehrung des aktiven Wechselkontos entspricht eine Minderung des Debitorenkontos. Reine Gefälligkeitswechsel ohne Schuldverschreibung als Untergrund dürfen ohne besondere Aufklärung nicht ins Akzeptkonto gebracht werden. Die Einstellung nur des Saldos aus dem Konsortialkonto ohne die einzelnen Ansprüche und Verpflichtungen entspricht dem

Geschäftsbrauche. γ. BauersZ. **15** 145. Es wird an den besonders bei Großbanken bestehenden Brauch angeknüpft, vom Gewinne den Betrag des Ausfalls vorweg abzuziehen und den Abzug als „Ausgleichs- oder Rückstellungskonto" zu verbuchen, dieses Ausgleichskonto aber im Abschlusse nicht erscheinen zu lassen. Strafbarkeit dieses Brauches besteht nur bei Absicht falscher Darstellung oder Verschleierung. Bei ordnungsmäßiger Buchführung sind die Abschreibungen für Außenstände und Verluste auf der Debetseite der Gewinn- und Verlustrechnung zu spezialisieren oder in einem Posten zusammen mit den Abschreibungen auf Mobilien und Immobilien zu bringen unter Einstellung des vollen Gewinns ohne Vorabzüge. Fahrlässige Verschleierungen sind nicht strafbar. Mitteilungen über die aus der Bilanz nicht ersichtlichen Abschreibungen im Geschäftsberichte sind nur dann geeignet, den Tatbestand wissentlicher Bilanzverschleierung auszuschließen, wenn es sich nicht um außerordentliche und größere Verluste an Außenständen handelt. δ. BauersZ. **15** 75. Die Einstellung der aus auf Kredit der AG. gemachten Zeitgeschäften herrührenden Schulden der Mitglieder beider Verwaltungsorgane in das Debitorenkonto entspricht § 40 HGB.; eine Mitteilung im Geschäftsbericht ist daher nicht nötig, das Unterlassen nicht strafbar.

3. Ziff. 3. **RG.** (Straff.) I. 21. 5. 08, R. **08** II Ziff. 2437. Wesen des Interimsscheins strafrechtlich: Beurkundung eines Anteilsrechts am Gesellschaftsvermögen und eines unbedingten Anspruchs auf Aushändigung von Aktien oder einer Aktie gegen Vollzahlung. Wissentliches Handeln im Sinne des § 314 Ziff. 3 ff.: Kenntnis der tatsächlichen Umstände zugleich mit dem Inhalte des Scheines, die ihm die rechtliche Eigenschaft als Interimsschein verleihen, wenn sie auch nur als Quittung über die Einzahlung angesehen worden sind. Ein klares Verständnis über die rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen von Interimsscheinen ist nicht erforderlich.

§ 317. Literatur: BauersZ. 15 76, Kann sich ein Aktionär rechtswirksam verpflichten, eine bestimmte Person als Aufsichtsratsmitglied zu wählen?

Wenn der Aktionär nichts dafür erhält, daß er jemand seine Stimme gibt, und der Gewählte nichts dafür gibt, so verstößt ein derartiger, meist zur Herstellung von Interessengemeinschaften abgeschlossener Vertrag weder gegen § 317 HGB., noch gegen die guten Sitten; er ist klagbar.

Anhang: Stempel- und Steuerrechtliches.

I. Stempel. 1. Genußscheine s. § 179 Note 3.

2. Tantiemestempel s. § 245.

3. Stimmbevollmächtigung in Geschäftsbedingungen der Banken s. § 252.

4. Gleichzeitige Kapitalserhöhung und -Herabsetzung (Hessen) s. § 286.

5. Neuemittierte Aktien (vgl. IDR. **6** Note 2 i). **a) RG.** VII. 28. 5. 07, HoldheimsMSchr. **08** 71. Ermittelung des für die Stempelberechnung maßgebenden Wertes neuemittierter Aktien, die bei einer Fusion zweier AG. den Aktionären der aufgenommenen Gesellschaft zum Nennwert außer einem Barbetrage gegeben werden: maßgebend ist der Preis oder Wert, zu dem die Aktien von den ersten Erwerbern übernommen werden, also das Vermögen der aufgenommenen AG., das aber nicht gleich der Summe der Einzelwerte des Vermögens ist. Ermittelung des Gesamtwerts durch Schätzung Sachverständiger, Anhaltspunkt im Kurswerte. Nicht ohne weiteres maßgebend ist der Preis von Aktien, die gleichzeitig mit den an die Aktionäre gegebenen einem Emissionshause zur Unterbringung beim Publikum überlassen sind, weil diese noch nicht fest untergebrachten Papiere möglicherweise keinen solchen Wert hatten, als die den Aktionären gewährten, als fest untergebracht anzusehenden. **b) RG.** VII. 14. 1. 08, BauersZ. **15** 175, R. **08** II Ziff. 1292. Maß-

gebend ist der wirkliche innere Wert der Aktien, sofern er den von der Gesellschaft bestimmten Ausgabekurs übersteigt (Anhalt: die vom Erwerber zu gewährende Gegenleistung). Dies gilt auch im Falle der Fusion zweier AG., wenn ein besonders gebildetes Konsortium den Austausch der Aktien vermittelt. c) **RG.** VII. 7. 2. 08, **68** 105, BauersZ. **15** 174, R. **08** II Ziff. 1899. Immobilien als Gegenwert der Aktien: maßgebend Wert der Immobilien. Nicht unzulässig Feststellung des Verkehrswerts der Aktien selbst zur Zeit der Ausgabe als Grundlage für die Stempelberechnung. d) **RG.** VII. 18. 9. 08, **69** 199, R. **08** II Ziff. 3187. Ausgabe von Aktien gegen Kuxe: Bewertung der neuen Aktien nicht lediglich nach den Bilanzwerten der Gewerkschaft, da der Wert des Unternehmens durch die Zusammenrechnung der für die einzelnen Gegenstände in der Bilanz ausgeworfenen Summen nicht erschöpft wird.

6. Ausländische Aktien. a) **RG.** VII. 30. 12. 07, **68** 83, HoldheimsMSchr. **08** 72, R. **08** II Ziff. 1290, 1291, 1897, BauersZ. **16** 34, HansGZ. **08** 171. **b)** HansGZ. **08** 169 (Hamburg). Zertifikate einer amerikanischen AG. als ausländische Aktien versteuerbar. Ein Zertifikat unter einer Nummer über 10 nicht näher bezeichnete shares nicht gleich 10 Aktien versteuerbar. c) **RG.** VII. 30. 12. 07, BauersZ. **16** 34, R. **08** II Ziff. 1898, HoldheimsMSchr. **08** 74. Ausländische Wertpapiere mit gleicher Verwendbarkeit zur Kapitalsanlage wie inländische Aktien sind als „ausländische Aktien" steuerpflichtig; unwesentlich ist, ob Gleichheit der einzelnen Befugnisse besteht.

7. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 90, R. **08** II Ziff. 657. Einbringung von anderen Wertpapieren der in TarifNr. 4 a Ziff. 2 und 4 Abs. 1 bezeichneten Art in eine AG. gegen Ausgabe neuer Aktien: Doppelstempel aus Ziff. 4 Abs. 2 (für neue Aktien) und Ziff. 2, 4 Abs. 1 (**RG. 51** 351) auch im Falle der §§ 305 ff. HGB.

8. **RG. 69** 337. Versteuerung von Schlußnoten über ein noch nicht voll eingezahlte Aktien betreffendes Anschaffungsgeschäft; auch der noch nicht eingezahlte Betrag ist zu versteuern, falls die vollwertige Aktie den Gegenstand des Geschäfts hat bilden sollen. Dafür spricht § 179 HGB. Die Volleinzahlung des Käufers an die AG. selbst ist als für Rechnung des Verkäufers erfolgend denkbar und stellt dann einen Teil des dem Verkäufer gewährten Kaufpreises dar (vgl. JDR. **6** Note 2 e).

9. a) BauersZ. **15** 224. **b)** HansGZ. **08** Hptbl. 125 (Hamburg 13. 1. 08). Eingezogene Aktienurkunden, die bei Herabsetzung des Grundkapitals nicht vernichtet, sondern bei der Ausgabe neuer Aktien (gleichzeitige Erhöhung des Grundkapitals) wieder verwandt wurden, sind stempelpflichtig.

II. Steuerrecht. 1. Umsatzsteuer. a) PrVerwBl. **29** 95. Umsatzsteuerpflicht einer AG., die aus einer GmbH. ohne Wechsel der Inhaber gebildet ist. **b)** PrVerwBl. **30** 87 (PrOVG.) Zeitpunkt des Eigentumswechsels bei Fusionen als Maßstab für die Anwendbarkeit einer neuen UmsatzsteuerO. s. § 306 Ziff. 1 b. c) PrOVG. **52** 125. Umsatzsteuerpflicht der Übertragung sämtlichen Gesellschaftsvermögens an den Inhaber sämtlicher Aktien s. § 303 Ziff. b.

2. Einkommensteuer. a) Begriff Aktienzinsen im Steuerrechte s. § 215 HGB. **b)** HansGZ. **08** Hptbl. 186 (Hamburg). Der Erlös aus dem verkauften Bezugsrechte für neue Aktien ist in Hamburg als Einkommen zu versteuern. Unterschied des abstrakten Bezugsrechts (§ 282 HGB.) von einem konkreten bei beschlossener Kapitalserhöhung. c) PrVerwBl. **29** 1011 r (Buck). Berechnung des Jahresertrags im Sinne des § 9 Ziff. 2 bis 4 PrEinkStG. bei Aktien. d) Pr. VerwBl. **30** 470 (PrOVG.). Einkommensteuer von übermäßigen Abschreibungen und Erneuerungsfonds s. § 261 Note 2 g δ.

3. PrVerwBl. **29** 755. Gemeindeabgaben einer neu entstandenen AG. (§§ 49, 33 Ziff. 3 KommAbgG.).

4. Steuerprozeß. Einspruch durch Vorstandsmitglied und Prokurist s. § 232 Note 2.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§§ 320, 328. **RG.** I. 22. 6. 07, GruchotsBeitr. **52** 687, SeuffBl. **08** 326 ff. Der einzige gesetzliche Vertreter (persönlich haftende Gesellschafter) einer AKG. kann gegen sie nicht wirksam Klage (auf Gehaltszahlung) erheben. Sie wird auch nicht durch die satzungsmäßig bestellten und zur Prozeßführung ermächtigten Prokuristen gesetzlich vertreten. Für die Möglichkeit eines materiell gültigen Prozeßverhältnisses ist bei Prozeßunfähigkeit der Partei das Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters ebenso unerläßlich, wie das Vorhandensein der Partei selbst, und kann durch kein anderes Vertretungsverhältnis ersetzt werden, wie schon daraus klar wird, daß Eideszuschiebungen und -Zurückschiebungen zwar an den gesetzlichen Vertreter und von diesem, nicht aber an andere Vertreter und von anderen Vertretern erfolgen können. Gegen eine prozeßunfähige Partei ohne gesetzlichen Vertreter (vorbehaltlich § 57 ZPO.) kann eine Klage nicht gültig erhoben werden, und vermöge Unzulässigkeit einer Verbindung der beiden Parteirollen in einer Person ist ein materiell wirksamer Prozeß zwischen einem Kläger, der zugleich der (einzige) gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Beklagten ist, nicht möglich. Der Aufsichtsrat ist nur gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft der Kommanditisten, nicht der Gesellschaft (§§ 320 Abs. 3, 243 ff., 328); ein Rechtssatz, daß ihm bei Verhinderung der Komplimentäre die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft zukomme, besteht nicht (vgl. nur § 247). Die beiden Prokuristen sind zwar statutenmäßig zur Prozeßführung ermächtigt, sie können aber nicht den Prinzipal ersetzen, sind nicht dessen gesetzlicher Vertreter; ihre dem Umfange nach allerdings durch das Gesetz bestimmte Vertretungsmacht ist ihrem Bestande nach auf den Willen des Geschäftsherrn zurückzuführen. Ihre Prozeßführungsmacht (§ 49) gilt nur bei Prozeßfähigkeit des Prinzipals oder bei Vorhandensein eines gesetzlichen Vertreters des Prozeßunfähigen. Die vom Kläger erklärte Berichtigung des Klagerubri, daß die Klage gegen die Gesamtheit der Kommanditisten, vertreten durch den Aufsichtsrat, gerichtet wird, ist in der Berufungsinstanz als Klagänderung (**RG. 49** 376) nur mit Einwilligung des Gegners, sei es auch nur stillschweigender (§§ 523, 269 ZPO.) zulässig; das Stillschweigen müßte aber von der Kommanditistengesamtheit ausgegangen sein, die gegen ihren Willen nicht in den Prozeß hineingezogen werden kann. Die Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung des in erster Instanz beigetriebenen Betrags nebst Zinsen ist auf Antrag der beklagten Gesellschaft trotz der Vertretungsmängel zulässig, da es sich nicht um Begründung eines neuen besonderen Prozeßverhältnisses wie bei der Widerklage handelt, sondern nur um Beseitigung der Folgen des vom Kläger eingeleiteten, materiell unwirksamen Prozesses; hierzu genügt das Vorhandensein eines formellen Prozeßverhältnisses und die vom Prozeßvertreter der Beklagten nachgewiesene Bevollmächtigung.

§ 325. Kapitalsherabsetzung. S. § 288, KGJ. **35** A 162, RJA. **9** 98 (KG.).

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. 1. Begriff. **RG.** I. 30. 10. 07, SächsRpflA. **08** 84, BayerZ. **15** 160, LeipzZ. **08** 158 Ziff. 5. Zusicherung eines Gewinnanteils an jemand in Anbetracht und in Anerkennung der Verdienste bei Einrichtung des Handelsgewerbes des Inhabers und um das von ihm ermittelte Verfahren und als Äquivalent für seine Bemühungen und seine Tätigkeit, stellt sich als Gegenleistung für in der Vergangenheit liegende Leistungen dar, bei denen es sich nicht um Erreichung eines Gesellschaftszwecks handelte; diese in der Vergangenheit liegenden Leistungen

sind keine Einlagen eines stillen Gesellschafters. Auflösung dieses Rechtsverhältnisses eigener Art lediglich nach den Festsetzungen des Vertrags.

2. Unterbeteiligung Mehrerer an einer OHG. LeipzZ. **08** 553 Ziff. 2 (Braunschweig). Drei Formen: **a)** Sie werden nicht jeder selbständig, sondern durch eine Mittelperson dem Komplementär gegenüber berechtigt und verpflichtet. Ist in diesem Falle die Mittelperson nicht stimmberechtigt für die mittelbar Beteiligten, so stehen sie im Verhältnis von stillen Gesellschaftern zu der Gesellschaft. **b)** Nur Vertrag mit dem Gesellschafter ohne unmittelbare Rechte und Pflichten gegen die Gesellschaft. **c)** Übertragung eines Anteils auf Mehrere, deren Gesellschaftsrechte nach der einen oder anderen Seite Beschränkungen unterliegen, die soweit zulässig sind, als sie nicht dem Gesellschaftsrechte widersprechen (z. B. keine Beschränkung des Stimmrechts zu Gunsten eines von ihnen). Anwendung auf den Fall einer Beteiligung Mehrerer „als stiller Gesellschafter" eines Teilnehmers, die trotz dessen Ausschlusses als Gesellschafter angesehen zu werden beanspruchen, weil ihre Abrede stiller Teilhaberschaft ein Scheingeschäft gewesen sei; insbesondere versagt die Berufung auf das vertragsmäßige Eintrittsrecht mehrerer Erben eines der ursprünglichen Gesellschafters mit alleinigem Stimmrecht nur eines der Miterben, wenn der Ausgeschlossene, bei dem sie sich beteiligt hatten, seinen Allein-Anteil nicht als Erbe, sondern durch Kauf von seinen übrigen Miterben erhalten hatte. Die Anerkennung der Unterbeteiligten als Gesellschafter trotz des Ausschlusses wäre nur im Falle c denkbar.

§ 337. Folgen der Teilnahme des Stillen am Verlust. **RG.**, R. **08** II Ziff. 1665. Durch eine Unterbilanz wird das Anteilsrecht des stillen Gesellschafters nicht beseitigt. Der Käufer des Geschäfts z. B. würde auch die künftigen Aussichten bei Bemessung des sodann den Gegenstand der Auseinandersetzung bildenden Kaufpreises mit in Rechnung gezogen haben.

§ 340. 1. HoldheimsMSchr. **08** 87 (ein LG.). Anordnung der Liquidation einer stillen Gesellschaft und der Bestellung des stillen Gesellschafters zum Liquidator durch einstweilige Verfügung: keine Nachprüfung der Eintragungsfähigkeit durch den Registerrichter. Die Verfügung ist auch sachlich gerechtfertigt, da von den Parteien Liquidation vorgesehen ist (JW. **00** 19 Ziff. 31). Anmeldung nach §§ 12, 148 153 HGB. ist erforderlich, ein Eintragungsantrag des Prozeßbevollmächtigten des Siegers genügt nicht.

2. **RG.** II. 9. 4. 07, BauersZ. **15** 142. Stiller Gesellschafter einer oHG.; Auflösung der stillen Gesellschaft infolge Austritts eines der Teilnehmer der oHG.; solidarische Haftung der bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter für die Einlage ohne vorangegangene Auseinandersetzung gemäß § 340; keine Minderung der Einlage durch spätere Geschäftsverluste (vgl. JDR. **6** Note 2).

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Die erhöhte Beachtung und Wertschätzung der Handelsbräuche äußert sich weiter in deren zahlreicher Publikation.

Literatur: Haun, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Leipzig 1908.

§ 343. 1. **RG.** SeuffA. **63** 467, ElsLothJZ. **08** 389, RheinNotZ. **35** 129, JW. **08** 206, R. **08** II 213. Die sog. Vorbereitungsgeschäfte sind zum Betriebe des Handelsgeschäfts zu rechnen, denn sie hängen mit dem Betriebe so wesentlich zusammen, daß ohne sie von einem Geschäftsbetriebe nicht die Rede sein kann. Zu diesen Vorbereitungsgeschäften gehört auch der Erwerb eines Handelsgeschäfts

im ganzen. Auch der Nichtkaufmann schließt ein Handelsgeschäft ab, wenn er ein kaufmännisch betriebenes Geschäft zum Weiterbetrieb erwirbt (ebenso **RG.** JW. **08** 148, R. **08** 549).

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 105, ElsLothJZ. **33** 389, JW. **08** 148. Ein Vertrag, durch den sich der Erwerber eines Hotels die Bierlieferungen für dieses erst in Betrieb zu setzende Hotel sichert, zählt zu den Vorbereitungsgeschäften, die zum Betrieb eines Handelsgeschäfts gehören.

§ 344. **RG.** LeipzZ. **08** 158. Die von einem Kaufmanne bewirkte Veräußerung seines Handelsgeschäfts ist noch als ein zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöriges Geschäft anzusehen.

§ 346. 1. Handelsgebräuche, allgemeine. **a)** OLG. **16** 129 (Hamburg). Es entspricht kaufmännischer Übung, daß nach einem telegraphischen Abschlusse Bestätigungsschreiben zugesandt werden, in denen der eine Teil erklärt, wie er den vollständigen Inhalt des vorher nur in kurzer Angabe der wesentlichen Bedingungen geschlossenen Vertrags verstanden wissen will. Solche die endgültige Feststellung des vollständigen Vertragsinhalts bezweckenden Schreiben gelten regelmäßig als genehmigt, wenn der andere Teil nicht widerspricht. **b)** R. **08** 104 (Frankfurt). Bei Distanzkäufen besteht anerkanntermaßen für die vertragschließenden Kaufleute ein bindender Handelsgebrauch, daß der Verkäufer dem Käufer die Ware an dessen Niederlassungsort oder an den sonstigen ihm angegebenen Bestimmungsort zu übersenden verpflichtet ist, es sei denn, daß diese Verpflichtung vertraglich ausgeschlossen worden ist. **c)** R. **08** 575 (Stuttgart). Kaufmännische Bestätigungsschreiben haben die Vermutung der Vollständigkeit für sich. Angeblicher weitergehender Inhalt der Vertragsverpflichtung ist von dem Behauptenden zu beweisen. **d)** **RG.** SeuffA. **63** 391, LeipzZ. **08** 374 Ziff. 5. Der Beklagte hat mit einem Dreimonatsakzepte zu bezahlen. In einer solchen Vereinbarung ist eine durch die Akzepterteilung bedingte Stundung des Kaufpreises auf drei Monate enthalten (vgl. Staub [8], Exk. vor § 373 Anm. 64). Der Verkäufer gewährt diesem Ausstand für den Fall, daß ihm der Käufer die in der Akzepterteilung liegende Sicherheit und die Möglichkeit bietet, sich durch Diskontierung den Kaufpreis abzüglich des Diskonts auf den Tag zu verschaffen, auf den sonst der Kaufpreis bar zu entrichten gewesen wäre. Verweigert der Käufer sein Akzept, so fällt die Bedingung der Stundung fort. Der Käufer muß sofort an dem Tage bar bezahlen, an dem er sein Akzept hätte geben müssen. Ist der Käufer nach diesem Tage zur Hingabe seines Akzepts aufgefordert, so ist er damit gemahnt. (S. a. BGB. § 284 Ziff. 3a α.) **e)** **RG.** JW. **08** 688, R. **08** 634. Darauf kommt es nicht an, ob eine Partei nicht die Absicht gehabt hatte, sich einer Verkehrssitte oder einem Handelsgebrauche zu unterwerfen, wenn diese Absicht nicht beim Vertragsschluß in einer dem Gegner erkennbaren Weise hervorgetreten ist; denn es ist die Verkehrssitte und der Handelsgebrauch dann zum Vertragsinhalte geworden. Nachträgliche einseitige Parteierklärungen können auch in dieser Hinsicht den Inhalt des Vertrags nicht ändern. **f)** **RG.** BankA. 7 382, JW. **08** 491. Verträge, welche zwischen Kaufleuten an einem Handelsplatze des Auslandes geschlossen werden, sind unter Berücksichtigung der am Abschlußorte geltenden und von den dortigen deutschen Kaufleuten übernommenen Handelsgebräuchen zu beurteilen, selbst wenn sich letztere auf Grund von Vorschriften des ausländischen Rechtes entwickelt haben. **g)** R. **08** 408 (Colmar). Am Erfüllungsorte des Verkäufers herrschende Handelsgebräuche können für das internationale Recht nur insoweit in Betracht gezogen werden, als sie den Bedürfnissen des internationalen Verkehrs gerecht werden. Die ergänzende Kraft von Handelsgebräuchen hört auf, wenn einer der Beteiligten außerhalb des Interessenkreises steht, der den Gebrauch erzeugt hat. **h)** Korr. d. Ält. **08** 92. Geschäftsverkauf. Ein Handelsgebrauch, daß der Verkäufer verpflichtet ist, bei der Übergabe eines verkauften Geschäfts ein Verzeichnis des Inventars, der Waren-

vorräte und der Außenstände dem Verkäufer zu übergeben, mindestens aber gemeinsam mit dem Käufer die Bestände und das Inventar festzustellen, besteht nicht. Wenn jedoch der Kaufpreis, wie im vorliegenden Falle, nach dem Rechnungswerte der Warenvorräte sich richtet, ist dem Käufer eine genaue Spezifikation der Waren zu übergeben. **i)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 238. Die Bestimmung einer Abladezeit hat nach Handelsbrauch nicht die Bedeutung einer bloßen Zeitbestimmung für die Lieferung, sondern einer wesentlichen Vertragsbestimmung, so daß der Vertrag als nicht erfüllt gilt, wenn nicht die Ware in der ausbedungenen Abladezeit geliefert wird.

2. *Handelsgebräuche für einzelne Branchen.* **a)** Korr. d. Ält. **08** 170. *Wertpapiere.* Aktien, die an der Börse nicht zugelassen sind, können an der Börse gehandelt werden; indes sind Geschäfte in solchen Werten von der Benutzung der Börseneinrichtung ausgeschlossen und dürfen von den Kursmäklern nicht vermittelt werden. Auch darf eine amtliche Feststellung des Preises für solche Wertpapiere nicht erfolgen. **b)** Korr. d. Ält. **08** 263. *Roggen- und Weizenmehl auf Abruf.* Im Verkehre zwischen Händlern und Bäckern ist es gebräuchlich, für die Abnahme gehandelter Waren eine Frist zu bestimmen. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, so muß der Abruf handelsgebräuchlich in anmessener Frist geschehen. **c)** Korr. d. Ält. **08** 116. *Getreide.* a) In Fällen, wo ein Getreidehändler einem gewerblichen Verbraucher Hafer, Schrot, Gerste und Gemenge liefert, ist es schon seit längerer Zeit, mindestens seit zwei Jahren, Handelsgebrauch, daß die leeren Säcke vier Wochen leihgeldfrei dem Käufer belassen werden, und daß der Verkäufer nach Ablauf dieser Frist berechtigt ist, Leihgeld zu berechnen, das unter gewöhnlichen Verhältnissen $1/_{6}$ Pf. für den Tag und das Stück beträgt. Eine Berechnung von Leihgeld über die Dauer von acht Wochen hinaus ist nicht üblich. b) Nach bestehendem Ortsgebrauch im Getreidehandel müssen die Säcke dem Verkäufer in den nächsten auf den Geschäftsabschluß folgenden 14 Tagen in Berlin zu Verfügung gestellt werden. Bei späterer Rücklieferung hat der Käufer das übliche Leihgeld zu zahlen. Ist die Rücklieferung der Säcke innerhalb sechs Wochen nicht erfolgt, so kann der Verkäufer dem Käufer eine Frist für die Rücklieferung mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Säcke nach Ablauf dieser Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist, welche mindestens eine Woche betragen muß, ist der Verkäufer berechtigt, die Bezahlung des Wertes der Säcke nebst dem bis dahin verfallenen Leihgelde zu verlangen. Eine Berechnung von Leihgeld über die Dauer von acht Wochen hinaus ist unzulässig. Dieser Ortsgebrauch ist nur zwischen Getreidehändlern bindend, nicht aber zwischen Sackverleihern und Getreidehändlern. **d)** Korr. d. Ält. **08** 143. *Getreide.* Die im Schlußschein enthaltene Klausel: „Lieferung März bis Mai 1907 in Verkäufers Wahl" ist nach den Usancen im Getreidehandel nicht dahin zu verstehen, daß der Verkäufer in jedem der einzelnen Monate der bezeichneten Frist einen etwa gleichen Teil der verkauften Menge anzudienen hatte, und daß ihm lediglich zustand, innerhalb der einzelnen Monate die Abnahmetage zu bestimmen; vielmehr stand es in dem Belieben des *Verkäufers*, den ganzen Schluß mit einem Male dem Käufer innerhalb der Frist anzudienen. **e)** Korr. d. Ält. **08** 168. Nach Berliner Ortsgebrauch ist im Getreidehandel bei einem Verkaufe frei Bahn Berlin ein Mindergewicht der versandten Ware am Bestimmungsorte nur dann von dem Absender zu tragen, wenn die Gewichtsfeststellung auf einem Bahnhof oder auf einem am Bahnstrange gelegenen Speicher durch vereidete Wäger, bahnamtlich oder durch die Speicherverwaltung, erfolgt ist. **f)** Korr. d. Ält. **08** 70. *Erbsen.* Nachdem die Klägerin der Beklagten durch Brief Erbsen freibleibend — auf Drahtzusage — offeriert, und die Beklagte diese Offerte telegraphisch akzeptiert hatte, genügte nach Handelsgebrauch die sofortige „briefliche" Zurücknahme der Offerte seitens der Klägerin nicht, vielmehr hätte sie die Zurücknahme ebenfalls

telegraphisch bewirken müssen. **g)** Korr. d. Ält. **08** 169. Konserven. Es ist im Konservenhandel im Verkehre zwischen Fabrikanten und Händlern üblich, daß bombierte Dosen durch fehlerlose ersetzt werden. Übereinstimmung herrscht bei den Interessenten darüber, daß die Frist für die Ersatzpflicht jedenfalls bis zu der der Lieferung folgenden nächsten Ernte läuft. **h)** Korr. d. Ält. **08** 169. Mehl. Wenn beide Parteien zum Börsenbesuche zugelassen sind, ist es handelsüblich, daß Streitigkeiten aus Mehlgeschäften vor dem Schiedsgerichte des Börsenvorstandes (Abteilung Produktenbörse, Drei-Männer-Kommission) ausgetragen werden. Die Zuständigkeit fällt weg, wenn das Schiedsgericht, wozu es nach § 14 GeschO. des Börsenvorstandes (Abteilung Produktenbörse) berechtigt ist, die Entscheidung des Streites ablehnt. **i)** Korr. d. Ält. **08** 169. Partiewaren im Damenkonfektionsgewerbe. Für die Vermittelung des Verkaufs von Partiewaren im Damenkonfektionsgewerbe ist eine Provision von 5 pCt. als angemessen zu erachten. **k)** Korr. d. Ält. **08** 233. Skonto in der Korsettbranche. a) Die Vereinbarung 30 Tage 1 und 2 pCt. oder 90 Tage 10 pCt. ist nach Handelsgebrauch dahin zu verstehen, daß 10 pCt. als Warenskonto zu gelten haben, während 2 pCt. einen Kassaskonto darstellen, welcher nur bei Zahlung innerhalb 30 Tagen gekürzt werden kann. Daß der Nachlaß von 10 pCt. als ein Warenskonto anzusehen ist, ergibt sich nicht nur aus seiner Höhe, sondern insbesondere auch aus der Gegenüberstellung der beiden Zahlungsvereinbarungen. Der Skonto von 10 pCt. kann daher unabhängig von der Zeit der Regulierung in Abzug gebracht werden. b) Die Einräumung eines besonderen Nachlasses bei größeren Verkäufen ist häufig üblich; dagegen ist es nicht allgemein üblich, einen solchen Nachlaß durch Gewährung eines Extraskontos zum Ausdrucke zu bringen; vielmehr wird der Nachlaß auch in Form eines niedrigeren Preises gewährt. **l)** Korr. d. Ält. **08** 202. Blusen. Die Vereinbarung mit einem Provisionsreisenden: „Vierteljährliche Abrechnung lt. Kladde" gewährt dem Reisenden keinen Anspruch darauf, die Zahlung der Provision von den Bruttobeträgen, ohne Rücksicht auf den Eingang der Zahlungen seitens der Käufer, zu verlangen. Die Provision ist vielmehr erst nach dem Zahlungseingang endgültig verdient. Es ist ferner üblich, die Provision von dem eingegangenen Nettobetrage zu berechnen. Wenn auch keine Verkehrssitte besteht, so ist es doch vielfach in der Blusenbranche üblich, statt des wirklich eingegangenen Betrags von dem Bruttobetrage der Fakturen einen Durchschnittsskonto zu kürzen. **m)** Korr. d. Ält. **08** 202. Eiserne Treppen. Es ist handels- und verkehrsüblich, daß der Fabrikant, der eine eiserne Treppe für einen Tanz- und Bühnensaal in einer Restauration zu liefern hat, unentgeltlich eine statische Berechnung für die Treppe mitliefert. **n)** Korr. d. Ält. **08** 202. Vermittelung der Versicherungsgeschäfte. Ein Handelsbrauch darüber, ob ein Vermittler von Versicherungsgeschäften, dem direkter Verkehr zugesichert wurde, berechtigt ist, für die Dauer der laufenden Versicherungen selbst die Prämien einzuziehen und die Schäden zu regulieren, besteht nicht. Auf jeden Fall würde ein derartiges Recht nach Handelsgebrauch wegfallen, wenn die Geschäftsverbindung zwischen dem Vermittler und der Versicherungsgesellschaft aufgehoben ist. **o)** Korr. d. Ält. **08** 47. Mobiliar-Feuerversicherung. Es hat sich bei den in Berlin arbeitenden Feuerversicherungsgesellschaften auf dem Gebiete der Mobiliar-Feuerversicherung ein Handelsbrauch dahin gebildet, daß der auf mehrere Jahre unter Vorausbezahlung der Prämie abgeschlossene Versicherungsvertrag für den Fall, daß der Versicherte im ersten Versicherungsjahre stirbt, auf Antrag der Erben mit dem Todestag als aufgelöst gilt und die im voraus gezahlten Prämien unter Abzug der Jahresprämie für das laufende Versicherungsjahr und unter Fortfall etwaiger Diskonte und Freijahre zurückzuerstatten ist, falls die versicherten Gegenstände unter verschiedene, zum Teil auswärts wohnende Erben verteilt werden. **p)** Korr. d. Ält. **08** 168. Ab-

zahlungsgeschäft. Bei Abzahlungsgeschäften ist es nicht handelsüblich, daß die Vermittelungsprovision ohne Rücksicht darauf, ob der Kaufpreis gezahlt ist oder nicht, gleich bei Abschluß des Geschäfts gezahlt wird. Bei Teilzahlungen ist es handelsgebräuchlich, dem Vermittler einen entsprechenden Teil der Provision zu zahlen. Eine Vermittlerprovision von 5 pCt. ist bei Verkauf von Möbeln angemessen, bei Geschäften in Portieren schwankt der Satz zwischen 5 und 10 pCt. **q)** Korr. d. Ält. **08** 168. Im Inseratengewerbe hat sich ein allgemeiner Handelsgebrauch dahin gebildet, daß der Geschäftsherr dem Agenten erst dann die Provision für die Vermittelung von Inseratenaufträgen zu zahlen hat, wenn die Beträge für die ausgeführten Aufträge von den Kunden eingegangen sind, und daß, wenn auch Vorschüsse an die Agenten gezahlt werden, eine endgültige Verrechnung der geleisteten Vorschüsse erst nach Eingang der Zahlungen stattfindet. **r)** Korr. d. Ält. **08** 142. Bankverkehr. Wenn einem Bankier von einem Kunden Wertpapiere übersandt werden mit der Aufforderung, sie ihm auf Stücke-Konto gutzuschreiben, so hält sich nach dem im Bankverkehr üblichen Geschäftsbrauche der Bankier für berechtigt, über die Wertpapiere zu verfügen und nur Stücke gleicher Art zurückzuliefern. **s)** Korr. d. Ält. **08** 142. Baugewerbe. Es ist im Berliner Baugewerbe nicht allgemeine Usance, daß die Treuhänderin für ihre Mühewaltung und Verantwortlichkeit eine Auszahlungsprovision von 1 pCt. der von ihr gezahlten Beträge von dem Baulieferanten erhält. **t)** Korr. d. Ält. **08** 142. Eier. Nach den Usancen im Berliner Eierhandel muß, wenn die Eier in Kisten verpackt geliefert werden, die Rüge über die Mangelhaftigkeit der Eier spätestens bis 6 Uhr nachmittags des ersten Geschäftstags nach Ankunft der Lieferung bei dem Verkäufer eingegangen sein, während ein Manko bei einem Quantum bis zu 6 Kisten innerhalb 3 Geschäftstagen geltend zu machen ist. Es besteht keine Verpflichtung, die Beanstandungen schriftlich zu erheben, vielmehr genügt mündliche oder telephonische Mitteilung. Diese Usancen haben Gültigkeit für den Verkehr der Eierhändler untereinander; zu ihrer Anwendung auf den Verkehr zwischen Eierhändler und Verbrauchern (insbesondere Bäckereien) bedarf es besonderer Vereinbarung. **u)** Korr. d. Ält. **08** 117. Holz. In Berlin besteht ein Handelsbrauch im Holzhandel dahin, daß der Kaufpreis für gelieferte Hölzer vom Tage der Fälligkeit an auch dann zu verzinsen ist, wenn auf den Kaufpreis Wechsel zahlungshalber gegeben werden, die an einem späteren Tage als dem Fälligkeitstage des Kaufpreises fällig werden. Dieser Handelsbrauch wird auch im Verkehre von Berliner Firmen mit auswärtigen Firmen beobachtet. **v)** Korr. d. Ält. **08** 70. Warenlieferungen für Truppen nach überseeischen Ländern. Eine Verkehrssitte, daß die Militärbehörde Waren, die für Truppen nach überseeischen Ländern geliefert werden, unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und wenn die Ware einen Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen habe, besteht nicht.

3. Klauseln. **a)** Korr. d. Ält. **08** 261. Frei Berlin in Ladung. Die Klausel „Frei Berlin in Ladung" ist dahin zu deuten, daß der Verkäufer sich das Recht vorbehalten will, die Übersendung der Ware durch Verfrachtung in Sammelladung zu bewirken. Es ist bei dieser Vereinbarung üblich, den Versand in Sammelladung vorzunehmen, auch wenn ein bestimmter Spediteur für die Empfangnahme der Sendung benannt ist. **b)** Korr. d. Ält. **08** 143. Skonto. Wenn vereinbart ist „Ablieferung der Ware per März-April vier Wochen Valuta nach bekannten Konditionen", und die bekannten Konditionen lauten „30 Tage 2 pCt. Skonto 3 Monate netto", so ist damit gemeint, daß die in der letzteren Bedingung enthaltenen Zahlungsfristen nach Ablauf eines Monats von der Lieferung an beginnen. Demnach hat der Käufer, der innerhalb zweier Monate nach der Lieferung bezahlt, das Recht, 2 pCt. Skonto abzuziehen. Macht er von dieser Befugnis keinen Gebrauch, so wird

die Rechnung vier Monate nach der Lieferung fällig. **c)** Zander, Die Bedeutung der „cif“-Klausel, HoldheimsMSchr. **08** 12 f. α. Die Klausel „cif Stettin“ bedeutet nach allgemeinem Handelsgebrauche: „frei an Bord inklusive Fracht und Versicherungsprämie nach Stettin“. β. Die Klausel „cif“, d. i. die Abkürzung „cost“ (Unkosten), „insurance“ (Versicherungsprämie) und „freight“ (Fracht) hat nach Handelsgebrauch nur die Bedeutung, daß bei einer derartigen Vertragsbestimmung der Verkäufer die Verladungs- und Fracht- einschließlich der Versicherungskosten bis zum Bestimmungsorte zu tragen hat, während die Gefahren des Transports, wie Verderben, Schwinden usw., dem Käufer zur Last fallen. γ. Nach allgemeinem Handelsgebrauch ist, wenn nichts anderes verabredet ist, der Hafenplatz, an dem der Käufer wohnt, derjenige, nach welchem eine cif verkaufte Ware abgeladen werden muß. Im Laufe einer Geschäftsverbindung zwischen zwei Kaufleuten kann sich unter ihnen ein besonderer Gebrauch herausbilden, nach welchem in betreff des Bestimmungsorts in früheren cif-Verkäufen getroffene Verabredungen auch für spätere gelten, ohne jedesmal von neuem ausdrücklich im Vertrag erwähnt zu werden. δ. Im Handelsverkehre bedeutet die Vertragsbedingung „cif“ ausschließlich den Wasserweg: der Verkäufer ist nicht verpflichtet, mit der Eisenbahn zu versenden, wenn zur Lieferzeit der Wasserweg durch Eis oder sonst verschlossen ist. ε. Geht bei „cif-Geschäften“ abgesandte Ware (Fettwaren und Öl) vor der Ablieferung an den Käufer ohne Verschulden des Verkäufers verloren, so hat der Käufer den Kaufpreis unverkürzt zu zahlen. Dafür hat er die von der Versicherung zu zahlende Entschädigungssumme zu beanspruchen. ζ. Bei cif-Geschäften hat der Verkäufer alle Kosten bis an Bord des Schiffes, ferner die Fracht bis zum Bestimmungshafen und auch die Assekuranz auf sich zu nehmen. Wenn auf der von dem Schiffe zu durchfahrenden Strecke Schiffahrtsabgaben erhoben werden, so entrichtet diese der Schiffer. Dabei bleibt es sich gleich, ob die Abgaben unterwegs oder im Bestimmungshafen zur Erhebung gelangen. Der Schiffer erscheint daher als Träger der Abgabe, der sich seinerseits aber wieder an der Fracht schadlos hält. ϑ. Bei cif-Verkäufen von Mehl und Getreide von Deutschland nach Finnland ist es Handelsgebrauch, daß stets deutsches Recht, und zwar insbesondere auch hinsichtlich der Form des Vertrags, gilt. **d)** Hans. GZ. **08** Hptbl. 144 (Hamburg). Die Vertragsbestimmung: „Abnahme nach Ihrer (des Käufers) Wahl, wenn möglich in gleichen Monatsmengen“ läßt im Kohlenhandel dem Käufer einen sehr großen Spielraum, so daß der Abruf von 500 Tons nach der Verkehrsauffassung die erlaubte Grenze nicht überschreitet. **e)** HansGZ. **08** Hptbl. 44, SchlHolstAnz. **08** 154 (Hamburg) (bestätigt vom **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 274, JW. **08** 521, LeipzZ. **08** 774, R. **08** II 528). Die Klausel „netto Kassa gegen Faktura“ ist dahin auszulegen, daß sie den Käufer zur Vorleistung nach Eingang der Faktura verpflichtet und dem Verkäufer das Recht gibt, mit Absendung der Ware bis nach Eingang des Kaufgeldes zu warten. Daran ändert nichts, daß die Faktura mit den Worten beginnt: „Sandten ihnen . . .“. **f)** Hans. GZ. **08** Hptbl. 36 (Hamburg). „Zahlung bei Lieferung netto Kassa“ heißt nicht mehr, als daß der Kaufpreis Zug um Zug gegen Lieferung beglichen werden sollte. Hinsichtlich des Erfüllungsorts besagt diese Klausel nichts. **g)** **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 110. Besserungsklausel. Welchen Sinn die sog. Besserungsklausel hat, insbesondere ob sie den Schuldner zu Teilzahlungen verpflichtet, ist eine nach Lage des einzelnen Falles zu beantwortende Auslegungsfrage. In vielen Fällen werden die Vertragsparteien die Vereinbarung dahin verstehen, daß der Eintritt einer besseren Vermögenslage, welche dem Schuldner Teil zahlungen gestattet, diesen auch zu solchen Zahlungen verbinden soll. Es kann aber auch der Sinn des Versprechens sein, daß der Schuldner nur dann zur Nachzahlung, nämlich zur Zahlung der Restschuld, verpflichtet sein soll, wenn ihm seine bessere Vermögenslage diese gestattet. **h)** HansGZ. **08** Hptbl. 119 (Hamburg). Der Ausdruck „Arbritage“ wird im ham-

burgischen Börsenverkehr sowohl dann gebraucht, wenn die Erledigung von Qualitätsdifferenzen, als auch, wenn die Erledigung aller aus einem Geschäft entspringenden Meinungsverschiedenheiten durch Schiedsmänner erfolgen soll. Ist der Ausdruck seiner Bedeutung nach nicht näher bestimmt, so kann er nur in der engeren Bedeutung verstanden werden. i) HansGZ. **08** Hptbl. 138 (Hamburg). Die Klausel: „Lieferungszeit November transito frei Seeschiffseite Hamburg" bedeutet nach der im Hamburgischen Zuckerhandel auch außerhalb des Vereins der am Zuckerhandel beteiligten Firmen und außerhalb des Terminhandels ohne Einschränkung auch für gelbe Kristalle und Exportzucker feststehenden Übung, daß die verkaufte Ware bis Ende November, vor Ablauf des 30. November, ready, d. h. zollamtlich abgefertigt und ins Freihafengebiet abgelassen sein muß, anderenfalls der Käufer ohne weiteres zum Rücktritte berechtigt ist.

4. Stillschweigen im Handelsverkehre. a) **RG.** LeipzZ. **08** 383. Die Bedeutung bestehender Geschäftsverbindung und des Umstandes, daß der eine Vertragsteil dem anderen seine allgemeinen Geschäftsbedingungen mitgeteilt hatte, ist, daß diese mangels einer entgegengesetzten Vereinbarung einen selbstverständlichen Bestandteil jedes künftigen Vertrags unter den Parteien bilden. b) **RG.** LeipzZ. **08** 383, HoldheimsMSchr. **08** 291, BauersZ. **15** 235. Zu den Fällen, in denen im Handelsverkehre das Stillschweigen eines Kaufmanns auf ein vertragliches Anerbieten eines anderen Kaufmanns als Zustimmung angesehen werden kann, gehört das Stillschweigen auf das im Handelsverkehre gebräuchliche Bestätigungsschreiben. Zu den besonderen Umständen, die den Empfänger eines solchen zur Prüfung verpflichteten, ob er mit den darin aufgenommenen Vertragsbestimmungen einverstanden sei, und zum alsbaldigen Widerspruche, wenn er damit nicht einverstanden ist, widrigenfalls der Vertrag als stillschweigend genehmigt gilt, zählt der vorausgegangene telephonische Abschluß, weil die Parteien sich hierbei meist auf das Wesentliche beschränken und nachfolgende schriftliche Bestätigung regelmäßig erwarten. c) LeipzZ. **08** 629 (Karlsruhe). Befindet sich auf den dem Käufer vor dem endgültigen Vertragsschlusse zugegangenen Briefen des Verkäufers der Aufdruck „Erfüllungsort ꝛc." und tritt der Käufer dieser Willensäußerung in keiner Weise entgegen, so hat dieser Erfüllungsort als vereinbart zu gelten.

§ 347. 1. **RG.** BankA. **7** 142, BauersZ. **15** 161, HoldheimsMSchr. **08** 239, R. **08** II 104. Wenn ein Bankier einem Kunden die Aktien eines industriellen Unternehmens als „sichere Kapitalanlage" empfiehlt, so liegt hierin allein noch kein zum Schadensersatze verpflichtendes Verschulden, sofern der Bankier mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Kunden bei diesem das Risiko, welches im allgemeinen mit dem Erwerbe von Industrieaktien verbunden ist, als bekannt voraussetzen durfte. Vgl. auch zu § 676 BGB., insbesondere Ziff. 2 u. 2 c.

2. **RG. 67** 394, BankA. **7** 316. Ein Bankier ist für fahrlässige Empfehlung der Übernahme einer Unterbeteiligung dem Unterkonsorten nur dann verantwortlich, wenn zwischen beiden Teilen eine dauernde Geschäftsverbindung bestand, aus welcher sich für den Bankier eine Verpflichtung zur Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns ergab. S. auch § 676 BGB. Ziff. 3 a.

§ 348. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 595. Der Beklagte hat sein Geschäft an den Kläger veräußert und sich dabei verpflichtet, weder mittelbar noch unmittelbar für ein Konkurrenzgeschäft bei Vermeidung einer Vertragsstrafe tätig zu sein. Der Beklagte hat nach Abschluß dieses Vertrags auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, das er sich gegenüber seinem Verkäufer M. desselben Geschäfts ausbedungen hatte. Damit ist er für ein Konkurrenzgeschäft tätig geworden. Der Beklagte hatte auch nach Veräußerung des Geschäfts an dem Rechte zum Konkurrenzverbote dem M. gegenüber ein erhebliches Interesse, wenn er sich dem Erwerber des Geschäfts gegenüber verpflichtet hatte, diesem die Konkurrenz des M. fernzuhalten. Auch kann nicht be-

zweifelt werden, daß bei Vereinbarung eines Konkurrenzverbots sehr wohl bestimmt werden kann, daß das Verbot den Verkäufer nicht nur so lange binde, als der Erwerber das Geschäft persönlich fortführe.

2. **RG.** JW. **08** 435. Ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß Kaufleute, die vereinbart haben, innerhalb bestimmter Bezirke einander keine Konkurrenz zu machen, ihren Geschäftsnachfolgern vertragsmäßig die gleiche Pflicht auferlegen müßten, läßt sich nicht aufstellen. Nur unter besonderen Verhältnissen kann eine Pflicht zur Bindung des Sondernachfolgers anerkannt werden.

3. **RG.** R. **08** 104. Die von einem Kaufmanne bewirkte Veräußerung seines Geschäfts ist ein zum Betriebe des Handelsgewerbes gehöriges Geschäft, ein Handelsgeschäft, deshalb kann die in dem Vertrag über den Verkauf des Geschäfts festgesetzte Vertragsstrafe (Konkurrenzklausel) nicht herabgesetzt werden.

§ 349. Vgl. JDR. **5**.

§ 350. Vgl. JDR. **5** u. **6**.

§ 352. Vgl. JDR. **2**.

§ 353. WürttJ. **08** 154 (Stuttgart). Ob eine Forderung als fällig im Sinne von § 353 anzusehen ist, hängt von der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses und der daraus hergeleiteten Einwendungen des Schuldners und andererseits von dem Zwecke der Gesetzesbestimmung ab. Hierdurch ist bei den einzelnen Schuldverhältnissen zu untersuchen, ob die Entstehung einer Zinsverbindlichkeit im Sinne des Gesetzes liegt. Aus dem Zwecke der Bestimmung des § 353 ergibt sich, daß eine Zinsverpflichtung des Käufers erst von dem Zeitpunkt an besteht, wo der Käufer tatsächlich in der Lage ist, dem Vertrage gemäß über die Ware zu verfügen, mag die Leistungszeit im Sinne des § 271 BGB. für den Verkäufer auch schon früher eingetreten sein. Denn die Zinspflicht, die dem Käufer nach § 353 auferlegt ist, beruht auf der Annahme, daß der Käufer von dem Tage der Fälligkeit des Kaufpreises an in der Lage sei, die gekaufte Ware nutzbringend zu verwenden.

§ 354. Vgl. JDR. **2—4** u. **6**.

§ 355. 1. *Fischer, Bilanznote 150 ff., 221 sowie Fischer, Über die Bedeutung der einfachen Rechnung und des Kontokorrents im heutigen Rechte 6 ff., 13 ff., 33 ff. **a)** Die rechtliche Seite des Kontokorrents besteht ausschließlich darin, daß, wenn mit Beziehung auf mehrere Schulden oder auch nur auf eine Schuld eine Zahlung geleistet wird, die Wirkung der Schuldtilgung dann eintritt, nur und darum eintritt, weil die Beteiligten es wollen. *Die Schuldtilgung vollzieht sich auch bei mehreren Teilzahlungen im Kontokorrent uno actu und beruht unmittelbar auf dem Parteiwillen, im Gegensatze zur sogenannten einfachen Rechnung, genauer der sukzessiven Schuldtilgung des* § 366 BGB. Hier tritt die Schuldtilgung sofort bei jeder Teilzahlung unmittelbar auf Grund des Gesetzes und zwar selbst dann ein, wenn, wie es oft geschieht, die Beteiligten im Augenblicke der Zahlung das Zahlungsbild des bisherigen Leistungsverhältnisses gar nicht gegenwärtig haben: die Beteiligten haben oft die an sich mögliche schuldtilgende Wirkung der Zahlung tatsächlich gar nicht in ihre Vorstellung aufgenommen. *Trotz des Mangels an Vorstellung, der auch einen ernstlich relevanten Willen ausschließt, rechnet das Gesetz zu § 366 BGB. die Zahlung dem Beteiligten zum rechtlichen Erfolge an.* Das ist eine offensichtliche Begriffswidrigkeit. Richtig ist allein die Schuldtilgung im Kontokorrent, wo von den Beteiligten eine wirkliche Vorstellung des beabsichtigten rechtlichen Erfolges verlangt wird. **b)** Es ist irrig, wenn im § 355 HGB. einheitliche Schuldtilgung und Zinseszinsen mit einander verquickt werden. Dieser

Irrtum ist durch die geschichtliche Entwicklung unseres heutigen Kontokorrents aus dem speziellen Bankierkontokorrent zu erklären.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 595, BankA. 7 332. Die mit dem Kontokorrent vom Gesetze verbundene Wirkung, daß bei der Ziehung des Passivsaldos eine verhältnismäßige Tilgung aller Depotposten auf dem Wege der Gesamtaufrechnung erfolgt, kann, auch wenn die Voraussetzungen des eigentlichen Kontokorrents fehlen, durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien herbeigeführt werden. Ein solches stillschweigendes Übereinkommen kann (auch nach Aufhören des eigentlichen Kontokorrentverkehrs) unbedenklich angenommen werden, weil die Buchungsart beibehalten wurde und halbjährige Saldoziehung und Anerkennung des Saldos unverändert stattfand.

3. **RG.** R. **08** 140. Im Kontokorrentverkehre bedeutet die Saldierung, wenn die Anerkennung durch den Gegner hinzutritt, eine Leistung zur Erfüllung und zugleich die völlige Abwickelung der vom Kontokorrent der betreffenden Rechnungsperiode umfaßten Geschäfte.

4. **RG.** LeipzZ. **08** 224. Ein Vertragsverhältnis, in welchem lediglich periodische Abrechnung über die gegenseitigen Leistungen der Vertragsteile stattfindet (laufende Rechnung), entkleidet die einzelnen Leistungen und die daraus hervorgehenden Ansprüche nicht ihres selbständigen Charakters, wie dies beim echten Kontokorrent der Fall ist. Aus dem sog. Saldo kann hier nicht geklagt werden; vielmehr muß die Klage die einzelnen Posten darlegen, und der Grund der Klage ist der den einzelnen Posten zugrunde liegende Schuldgrund. Dieser muß für jeden einzelnen in der Klage befangenen Anspruch feststehen, wenn das Gericht in einem Urteile nach § 304 ZPO. die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären will.

5. R. **08** 70 (Stuttgart). Wenn auch durch die Konkurseröffnung das Kontokorrentverhältnis aufhört, so dauert doch die vertragsmäßig festgesetzte Pflicht zur Bezahlung einer Umsatzprovision dem selbstschuldnerischen Bürgen gegenüber fort.

§ 356. 1. *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. § 356 bestimmt weder Novation noch Aufrechnung der unter die Kontokorrentabrede fallenden wechselseitigen Forderungen. Wirkung der Kontokorrentabrede und des Saldoanerkenntnisses ist, daß die Forderung aus letzterem neben die bestehen bleibenden ursprünglichen Forderungen tritt. Staubs Annahme, daß die Bürgschaft für eine Einzelforderung durch das Saldoanerkenntnis zur selbständigen Obligation würde, ist nicht zutreffend (117—124).

2. **RG.** BankA. 7 203, LeipzZ. **08** 158, R. **08** 70. Ist für eine in das Kontokorrent aufgenommene Forderung eine besondere Sicherung durch Bürgschaft, Pfand usw. bestellt worden, so kann der Gläubiger nach der Saldoziehung allerdings insoweit aus dieser Sicherheit Befriedigung suchen, als sein Saldoguthaben und die gesicherte Einzelforderung sich decken. Haben indessen in der Zwischenzeit mehrere Saldoziehungen stattgefunden, so kann die Sicherheit keinesfalls wegen eines höheren Betrags als dem des niedrigsten dieser Salden in Anspruch genommen werden.

§ 357. Vgl. JDR. **3** u. **4**.

§ 360. Vgl. JDR. 2.

§ 362. Vgl. JDR. **3**, **4** u. **6**.

§ 363. Vgl. JDR. 2—**6**.

§ 364. Vgl. JDR. 2 u. **3**.

§ 365. Vgl. JDR. 2.

§ 366. *Kiefe, WürttRpflZ. **08** 218, JW. **99** 494. Die Veräußerung des Geschäfts als Ganzes ist ebenfalls eine Veräußerung im Betriebe des Handelsgewerbes; sie stellt den letzten Akt dieses Handelsgewerbebetriebs dar (216). Über das Verhältnis von § 366 HGB. und § 1404 BGB. vgl. zu § 1404 BGB.

§ 369. 1. *Haun, Die Voraussetzungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts (Leipzig 1908). a) Personen: Der Kommanditist und der stille Gesellschafter können als solche kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Die Postverwaltungen des Reichs und der Bundesstaaten können kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Zwar gegen, aber nicht von einem Kaufmanne nach § 5 HGB. kann ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden. Der Handlungsagent hat ein Zurückbehaltungsrecht erst nach beendetem Vertragsverhältnisse (19). Die Befugnis zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts geht von selbst mit der Kaufmannseigenschaft verloren, während das Recht, das durch die bereits geschehene Ausübung der Befugnis erworben worden ist, ungeachtet des Verlustes der Kaufmannseigenschaft auf einer von beiden Seiten bestehen bleibt (21). b) Bewegliche Sachen und Wertpapiere: Geld ist in der Regel kein Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts. Eine Bank hat an, auf Girokonto eingezahlten, Beträgen kein Zurückbehaltungsrecht. Kein Zurückbehaltungsrecht an einem Manuskript möglich (24). Vermögensinbegriffe und Sachgesamtheiten sind nicht zurückbehaltungsfähig, ebensowenig Forderungen und Leistungen (25). Die Beispiele von Wertpapieren im DepotG. vom 5. Juli 1896 sind hier nicht maßgebend (28). Zurückbehaltungsrecht ist möglich an Aktien und Interimsscheinen, deren Übertragung an die Einwilligung der Gesellschaftsorgane der verpflichteten Gesellschaft gebunden ist (30) (aM. Sievers, JDR. 3 85). c) Eigentum des Schuldners: Macht der Gläubiger ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so trifft ihn die Beweislast darüber, daß die Sachen Eigentum seines Schuldners sind. Dem Verkäufer steht an der vom Käufer bereits bezahlten, diesem aber noch nicht übergebenen, Ware wegen seiner Ansprüche an den Käufer aus anderen Handelsgeschäften ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu (aM. Cosack) (34). Satz 2 des Abs. 1 trifft nicht auf jene Fälle zu, in denen der Gläubiger verpflichtet ist, dem Schuldner erst das Eigentum an den Gegenständen zu verschaffen (36). Sachen des Gesamtguts können zurückbehalten werden, wenn es sich um Schulden des Ehemanns handelt (BGB. § 1459) (37). Ist das Zurückbehaltungsrecht entstanden, so bleibt es bestehen, wenn das Eigentum wechselt, oder verloren geht. § 44 KO. macht hiervon keine Ausnahme (38). d) Besitz des Gläubigers. Der Besitz muß zur Zeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts vorhanden sein, es schadet nichts, wenn er vor oder nach diesem Zeitpunkte dem Gläubiger auf Zeit verloren geht, gelangt er nur danach wieder in den Besitz der Sache, so lebt auch das Zurückbehaltungsrecht wieder auf. Beim unfreiwilligen Besitzverluste hat der Gläubiger keine Klage auf Wiedererlangung des Besitzes aus dem Zurückbehaltungsrechte; denn das Zurückbehaltungsrecht ist nur ein persönliches und kein dingliches Recht; analoge Anwendung der Vorschriften über das Eigentum, wie im Falle §§ 1065 und 1227 BGB., nicht möglich (42). e) Erwerb des Besitzes. An Gegenständen, die auf Grund unerlaubter oder verbotener Eigenmacht in den Besitz des Gläubigers gekommen sind, ist ein Zurückbehaltungsrecht unmöglich (44). Fortdauer des Willens (mit Willen ...) muß dann verlangt werden, wenn der Wille auf den Fortbestand des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen Besitz erworben wurde, von Einfluß ist (46). Es ist gleichgültig, ob zwischen der Besitzentäußerung des Eigentümers und dem Besitzerwerbe des zurückbehaltenden Gläubigers mehrere Geschäfte vorliegen, oder nicht, und ob diese Handelsgeschäfte waren oder nicht; wenn nur das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Gläubiger den Besitz erlangt hat, ein Handelsgeschäft war (48). f) Forderung. Im Sinne des § 369 ist es gleich, ob die Forderung persönlichen oder dinglichen Charakter hat (50). Die Forderung muß ein Anspruch sein, der in eine Geldforderung übergehen kann (aM. Makower, Kommentar). Wenn der zurückbehaltene Gegenstand teilbar ist, kommt es insoweit auf die Höhe der Forderung an, als nur ein dem Betrage der Forderung entsprechender

Teil zurückbehalten werden kann (aM. Makower aaO.). Eventuell muß der Gläubiger zur Begründung seiner Zurückbehaltung die Höhe seiner Forderung beweisen (53). Eine verjährte Forderung oder eine Naturalobligation ist nicht zur Grundlage eines Zurückbehaltungsrechts geeignet (aM. OLG. **6** 9 [KG.]) (54). Das Zurückbehaltungsrecht kann bei Sondernachfolge nur bei ausdrücklicher Erwähnung mit übertragen werden, und zwar auch nur dann, wenn gleichzeitig der Gläubiger den Besitz an den zurückbehaltenen Gegenständen mit überträgt. Wenn eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 BGB. stattfindet, so kann das Zurückbehaltungsrecht gegen den neuen Schuldner nicht geltend gemacht werden (aM. Lehmann-Ring, Kommentar) (60). Die Verpflichtung im Abs. 3 kann in bindender Weise auch noch nach der Besitzerlangung des Gläubigers von diesem übernommen werden (67). Würde ein Kaufmann entgegen der von ihm übernommenen Verpflichtung Gegenstände des Schuldners anstatt sie ihm abzuliefern zur Deckung seiner Forderungen zurückbehalten, so läge Unterschlagung im Sinne § 246 StGB. vor (68).

2. LeipzZ. **08** 635 (LG. Leipzig). Dem Empfangsbevollmächtigten des Empfängers (§ 68 EisenbVerkO.) steht gegen den Empfänger wegen nicht konnexer Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht am Frachtgute nicht zu. Hält er das Frachtgut dennoch zurück, so macht er sich dem Empfänger ersatzpflichtig; keinesfalls aber entsteht dadurch ein Ersatzanspruch des Empfängers gegen den Absender (Versender) des Frachtguts oder ein Ersatzanspruch des Absenders (Versenders) gegen den Empfangsvertreter.

3. SächsRpflA. **08** 390 (Dresden). Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht kann mit der Forderung, zu deren Gunsten es besteht, auf einen anderen übertragen werden; die Übertragung ist jedoch nur wirksam, wenn der neue Gläubiger auch den Besitz der zurückbehaltenen Waren erhält.

4. **RG.** WarnE. **1** Nr. 532. Eine Geldforderung ist kein möglicher Gegenstand eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts.

5. Abs. 3. **RG.** R. **08** II 25. Sind einem Kaufmanne Konnossemente übersandt unter Umständen, aus denen er entnehmen muß, daß die Übersendung an ihn lediglich in der Erwartung erfolgt sei, daß er für Honorierung einer Tratte des Übersenders Sorge trage, so ist darin für den Empfänger der Konnossemente die selbstverständliche Anweisung zu finden, daß, für den Fall er die Tratte zu honorieren nicht in der Lage sei, er die Konossomente zur freien Verfügung des Übersenders halten müsse, damit dieser daraus die erforderlichen Deckungsmittel für die zurückkommende Tratte gewinnen könne. Ein Zurückbehaltungsrecht an den Konnossementen wegen Forderungen aus früherem Geschäftsverkehre besteht daher nicht.

§ 370. *Haun. Zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 370 genügt es nicht, wenn die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners zwar noch nicht eingetreten, aber mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Der Konkurs muß eröffnet sein (71). Als erfolglos im Sinne des § 370 Abs. 2 ist eine Zwangsvollstreckung auch dann anzusehen, wenn sie zu keiner vollständigen Befriedigung des betreibenden Gläubigers geführt hat. — Nicht genügend ist es, wenn die ohne Erfolg versuchte Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes erfolgt war, denn das ist kein Kriterium für die Unsicherheit des Schuldners (72). Es steht der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nicht entgegen, ob vor oder nach der Erteilung der Anweisung bzw. Übernahme der Verpflichtung die Unsicherheit auch eingetreten ist, oder ob Gläubiger die Unsicherheit hätte kennen müssen; war sie ihm aber bekannt, so liegt darin ein Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht des § 370 (73). Folgen mehrere der im § 370 genannten Unsicherheitsmerkmale aufeinander, oder tritt eines dieser wiederholt ein, so hat jedes neue selbständige dieselbe Wirkung wie das vorhergegangene, es kann also nach jedem

neuen Eintreten dieser Merkmale wegen den inzwischen entstandenen Forderungen das Zurückbehaltungsrecht nach § 370 ausgeübt werden (75).

§ 371. BadRpr. **08** 66 (Karlsruhe). Erläßt der Schuldner nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung dem Gläubiger die Erwirkung eines vollstreckbaren Titels, indem er ihm außergerichtlich die Veräußerung der zurückbehaltenen Sachen gestattet, so ist die nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Befriedigung des Gläubigers auch ohne vollstreckbaren Titel zulässig.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vor § 373. 1. Handelskauf. Allgemeines. — *Zander, Der Kauf „auf Abruf", GruchotsBeitr. **52** 304. Verf. erörtert in drei Abschnitten den Abruf des Käufers, die Lieferungspflicht des Verkäufers auf den Abruf hin und die Rechtsfolgen des unterlassenen Abrufs. a) Die Abrufserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Das Zugehen der Abrufserklärung bewirkt, daß die Leistung des Verkäufers nach Ablauf der ihm handelsgebräuchlich zustehenden Lieferfrist fällig wird. Der Abruf ist Mahnung und Kündigung zugleich. Für den Zeitpunkt des Zugehens gelten die durch die Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätze. b) Seinem Inhalte nach muß der Abruf, den Regeln der in ihm enthaltenen Mahnung folgend, auf die vertragsmäßig geschuldete Leistung des Verkäufers gerichtet sein. Welches Quantum abzurufen ist, ist mangels einer Abrede aus der gehandelten Ware zu entnehmen. Bildet den Gegenstand des Vertrags eine einheitliche Leistung (z. B. ein Sortiment Schuhe, ein Faß Öl), dann ist als Parteiwille zu unterstellen, daß der Abruf auf einmal erfolgen und die ganze Leistung umfassen muß. Handelt es sich nicht um eine einheitliche Leistung, dann gilt der Käufer als berechtigt, innerhalb der Abrufsfrist die gekaufte Ware in Raten gleichen oder verschiedenen Umfanges abzufordern. Um deutlicher zum Ausdrucke zu bringen, daß dem Käufer das Recht des Abrufs in Raten zusteht, bedient sich der Verkehr der Klauseln „nach Bedarf", „nach Belieben", nach Käufers Wahl". Ist ein Sukzessivlieferungsgeschäft verabredet (z. B. „auf Abruf", „in Monatsraten bis Ultimo 1908"), dann tritt an die Stelle des Rechtes die Pflicht des Käufers, den Abruf in annähernd gleichen Raten zu bewirken. — Über die Spezifikationsabrede beim Abrufskaufe s. § 375. c) Das Abrufsrecht des Käufers ist zeitlich beschränkt, auch wenn der Abrede eine Fristbestimmung nicht beigefügt ist. d) Die zugegangene Abrufserklärung verpflichtet den Verkäufer nicht zur sofortigen Lieferung. Ein modicum tempus steht ihm als „Lieferfrist" zur Bereitstellung und Absonderung der Ware frei. Diese Frist bestimmt sich mangels vertraglicher Abrede nach der Art und dem Umfange der gehandelten Ware. Handelt es sich um Waren, die der Verkäufer auf Lager hat, dann muß er sie ordnungsmäßigem Geschäftsgang entsprechend alsbald auf den Weg bringen. Muß die Ware erst beschafft oder hergerichtet werden, dann verlängert sich entsprechend die Lieferfrist. e) Die Erfüllungspflicht des Verkäufers weist keine Besonderheiten auf. Bei mangelhafter Leistung stehen dem Käufer die Rechte aus §§ 459 ff. und bei „positiver Vertragsverletzung" auch die aus § 326 BGB. zur Seite. f) Über die Rechtsfolgen bei unterlassenem Abrufe s. zu § 326.

2. Das Vinkulationsgeschäft (vgl. JDR. **6** zu § 243 Ziff. 2 a BGB. und vor § 373 Ziff. 1 HGB.). a) **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 42. Das RG. hat unter dem 29. Oktober 1907 im Gegensatze zu seiner Entsch. vom 31. März 1903 zur Frage der sog. Vinkulationsverträge Stellung genommen. Der dem RG. neuerlich vorliegende Fall war also geartet. Der Käufer hatte Ware, die ihm unter der Bedingung vorheriger Zahlung des Kaufpreises an den Bankier

von diesem zugesandt war, angegriffen, machte aber alsdann wegen des Minderwerts der Ware Abzüge. Die auf Zahlung dieser Differenz gerichtete Klage wurde vom LG. und OLG. zugesprochen, indem unter Bezugnahme auf die ältere Entscheidung des RG. angenommen wurde, daß die Verwendung der Ware die Annahme der Offerte des Bankiers darstellt. RG. hebt auf. Es sieht in der Annahme eines Vertragsabschlusses eine Rechtsverletzung und sagt hierzu: „Denn, wenn der Kläger der Beklagten die Ware mit der Maßgabe angeboten hat, er behalte sich bis zur Zahlung der Tratte sein Eigentums- und Verfügungsrecht über die Ware vor, so handelt es sich um das Angebot einer dinglichen Leistung gegen eine dingliche Leistung. Der Kläger gibt seine Rechte zugunsten der Beklagten unter der Bedingung auf, daß sie zahle; solange nicht Zahlung erfolgt, soll die Ware dem Kläger verbleiben. Eine Annahme dieses Angebots seitens der Beklagten ist nur möglich durch Honorierung des Wechsels, nicht aber durch Verfügung über die Ware. Wenn das OLG. aus letzterem Umstand eine Zahlungsverpflichtung herzuleiten versucht hat, so hat es in Verletzung des § 150 Abs. 2 BGB. übersehen, daß darin gegenüber der klägerischen Offerte, welche Zahlung realiter verlangt, eine Annahme unter einer Einschränkung enthalten ist, die als Ablehnung mit einem neuen Antrag anzusehen ist. RG. läßt nur noch die Begründung der Klage aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes oder der ungerechtfertigten Bereicherung in Frage kommen, ersteren insbesondere auch wegen der Verletzung einer etwaigen Verwahrungspflicht. ➳ Das RG. macht sonach einen Unterschied nach dem Inhalte des Vinkulationsbriefs. Dies ist keine befriedigende und den deutschen Käufer schützende Lösung. Die galizischen Bankiers werden sehr bald die nach der Reichsgerichtstheorie für sie vorteilhafteste Formulierung zu finden wissen. Die einzige befriedigende Lösung gibt Breit in seinem „Vinkulationsgeschäfte". Was Flechtheim (GoldschmidtsZ. **61** 510) gegen seine Konstruktionen vorbringt, wirkt nicht überzeugend, wird vielmehr von Breit (HoldheimsMSchr. **08** 61 ff.) m. E. widerlegt. Auf diese Diskussion einzugehen, erübrigt für die Bedürfnisse der Praxis mit Rücksicht auf die ausführliche Darstellung der Breitschen Theorie in JDR. **6**. Es genügt hier zu resumieren, daß Breits geistvolle Lösung darin gipfelt, daß die Vinkulation nicht weiter greifen könne, als der wirklich bezahlte Vorschuß. Darüber hinaus liege nur ein Inkassomandat vor; insoweit ist also auch der Bankier den Einreden gegen seinen Auftraggeber ausgesetzt. Diese Doppelnatur führe dahin, daß der Importeur berechtigt sei, die Ware, falls sie sich in seinem Besitze befinde, gegen Zahlung des wirklich gegebenen Vorschusses sich anzueigenen, und umgekehrt begründet die Verwendung der Ware die Pflicht zur unbedingten Zahlung des wirklichen Vorschusses. — Red. ⬸ **b**) Könige, GruchotsBeitr. **52** 286 ff., äußert sich zum Probleme des Vinkulationskaufs gegen Breit polemisierend, im wesentlichen in Übereinstimmung mit der Auffassung des RG. (**RG. 54** 213). Ihm ist der vinkulierende Bankier für den Regelfall Eigentümer der ihm zur Sicherung übertragenen Ware, er erblickt in dem Vinkulationsbriefe den Antrag des Vinkulanten und des Verkäufers auf Abänderung des Kaufvertrags dahin, daß der Vinkulant gegen Übertragung des Eigentums an der Ware auf den Käufer den vollen Kaufpreis oder seinen dem Verkäufer gemachten Vorschuß erhalte, daß durch diese Zahlung die Kaufpreisschuld des Käufers gegenüber dem Verkäufer ganz oder in Höhe des Vorschusses erloschen sei und der Käufer sich wegen etwaiger Gewährleistungsansprüche an den Verkäufer allein zu halten habe. — Könige gelangt zu der Konstruktion, daß der Bankier zwar in den Kaufvertrag eintritt, aber nicht in die Totalität der Rechtsbeziehungen des Verkäufers, sondern es werden ihm nur alle Rechte des Verkäufers aus dem Kaufvertrag übertragen, während die Pflichten bei dem Verkäufer verbleiben. Nur die eine Verbindlichkeit übernimmt er: den Kaufvertrag nach § 433 Abs. 1 BGB. zu vollziehen und dazu die

Ware zu verwenden. ➵ Könige kommt es auf den Inhalt des jeweiligen Vinkulationsbriefs an (GruchotsBeitr. **52** 726), während es nur einen Vinkulationskauf gibt, dessen Rechtsnatur und Rechtsformen man nicht aus dem Wortlaute der Vinkulationsbriefe, sondern aus den eigenartigen wirtschaftlichen Verhältnissen dieser Käufe finden muß. Daran kranken die Konstruktionen des RG. wie Königes. — Red. ⇜ c) Breit, LeipzZ. **08** 886 ff., führt gegen Könige folgendes aus. Die grundlegende Frage Breits: Kann ein Verkäufer vertragswidrig die Annahme der Ware an Bedingungen knüpfen, und unterwirft sich der Käufer durch die Annahme der Ware diesen Bedingungen? berührt Könige mit keinem Worte. Er stellt schlechthin den Satz auf: „Der Käufer kann nicht den Standpunkt einnehmen, er nehme die Ware zwar an, lasse sich aber auf den Verkaufsantrag nicht ein, der nach Vorschrift des Vinkulanten und des Verkäufers(!) angenommen ist, sobald die Ware angenommen und über sie verfügt wird. Nur unter diesen Bedingungen wird ja die Ware übergeben und Eigentum übertragen." Aber der Verkäufer hat es gerade nicht in der Hand, an die Annahme der Ware das Präjudiz der Unterwerfung unter vertragswidrigen Bedingungen zu knüpfen. **d**) Aus der Kritik Breits, LeipzZ. **08** 886 ff., zu dem Urteile des OLG. Dresden vom 5. Juni 1908 über den Vinkulationskauf seien folgende Leitsätze hergehoben: α) Will der Importeur die Ware wegen Mangelhaftigkeit nicht annehmen, hat er aber bereits Auslagen auf sie gehabt, so hat er zunächst die Vinkulationsfirma zum Ersatze seiner Auslagen aufzufordern. β) Nach fruchtloser Aufforderung kann er, sofern die Voraussetzungen des § 379 Abs. 2 HGB. vorliegen, ohne weiteres zum Notverkauf unter Einhaltung der gesetzlichen Formalien schreiten. Er bedarf dazu weder einer gerichtlichen Verfügung noch einer Klage. Aus dem Erlöse kann er sich wegen seiner Ersatzansprüche ohne weiteres decken. γ) Fehlt es an der Voraussetzung des § 379 Abs. 2 HGB., so kann der Importeur zwar die Ware bis zur Deckung seiner Auslagen gegenüber dem Bankier retinieren, er kann aber nicht ohne Schuldtitel in sie vollstrecken. Er muß daher die Befriedigungsklage nach § 371 HGB. erheben. Diese Klage hat er gegen den Bankier dann zu richten, wenn dieser sich auf den Vinkulationsbrief als Eigentümer zu erkennen gibt. Es darf erwartet werden, daß kein deutsches Gericht den Einwand des Bankiers, er sei in Wahrheit gar nicht Eigentümer, sondern Pfandgläubiger, beachten wird. Er muß sich als Eigentümer behandeln lassen, da er sich als solcher aufgespielt hat. Den Exporteur braucht der Käufer in diesem Falle nicht zu fürchten: der Bankier ist Erfüllungsgehilfe des Verkäufers und dieser hat dessen Verschulden zu vertreten. Erklärt der Bankier in seinem Vinkulationsbriefe nur, daß die Ware vinkuliert sei, oder daß er die Ware beliehen habe, so ist der Exporteur als Eigentümer passiv legitimiert.

3. LeipzZ. **08** 712 (Zweibrücken). Der Käufer, der die abgenommene Ware zur Verfügung stellt und deren Aufbewahrung anordnet, verweigert nicht die „Abnahme", sondern die „Annahme als Vertragserfüllung", befindet sich also in Annahme — d. i. Gläubigerverzug. Die Rechtsbehelfe, die dem Verkäufer in diesem Falle zustehen, sind in §§ 373, 374 HGB. aufgeführt. Auf dem Umweg einer auf Abnahme gerichteten Klage kann weder das Ende der Aufbewahrung noch die Erfüllungsannahme herbeigeführt werden. Die Klage auf Zahlung des Kaufpreises, die anderweitige (billigere oder sicherere) Hinterlegung, der Selbsthilfeverkauf, endlich eine Klage auf Feststellung der Verträgsmäßigkeit der Ware, sind hier die zu Gebote stehenden Behelfe.

4. **RG.** R. **08** 280. Wenn der Käufer, dem statt der sofort zu leistenden Barzahlung die Hergabe eines Dreimonatsakzepts bewilligt ist, dieses verweigert, so kann der Verkäufer ohne weiteres auf Zahlung des Kaufpreises klagen, er braucht nicht den Klagantrag auf Ausstellung des Akzepts zu richten.

§ 373. 1. OLG. **16** 130, R. **08** 140 (Hamburg). Einem unwirksamen

Selbsthilfeverkauf ist allerdings nicht die Wirkung beizumessen, daß wegen § 243 BGB. Beklagter gänzlich von der Verbindlichkeit, eine dem Kaufgeschäft entsprechende Ware abzunehmen und zu bezahlen, frei geworden wäre. Allein der Kläger könnte von dem Zeitpunkte des Selbsthilfeverkaufs an den Kaufpreis nur beanspruchen, wenn er solche Ware anbot; nur wenn er in dieser Weise trotz des Verkaufs sich erfüllungsbereit hielt, war er berechtigt, später Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Daraus folgt aber, daß der Schaden, den der Kläger durch die Nichterfüllung des Vertrags erlitt, nicht in dem Unterschiede besteht zwischen dem Auktionserlös und dem Vertragspreise, sondern zwischen dem letzteren und den Kosten, die der Kläger hätte aufwenden müssen, wenn er nach der Versteigerung eine andere gleich gute Ware dem Beklagten geliefert hätte.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 774, R. **08** 528. Klägerin fordert lediglich den Ausfall, den sie infolge Annahmeverzugs und der hierauf nach § 373 vorgenommenen Versteigerungen erlitten hat. Damit begehrt die Klägerin aber nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern Erfüllung in Form der Zahlung des Kaufpreisrestes.

3. **RG.** BankA. **7** 157, LeipzZ. **08** 224, R. **08** 104. Wenn der Kunde eines Bankiers die Abnahme von ihm per Kassa gekaufter Wertpapiere, sowie die Zahlung des Kaufpreises verweigert, so steht es dem Bankier nach seiner Wahl frei, die Papiere entweder auf Grund des Annahmeverzugs des Käufers für dessen Rechnung gemäß § 373 Abs. 2 verkaufen zu lassen und im übrigen Erfüllung des Geschäfts vom Käufer zu verlangen, oder auf Grund des Zahlungsverzugs gemäß § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern und zur Ermittelung des Schadens die Papiere für eigene Rechnung bestmöglichst zu verkaufen. Der Verkäufer kann diesen Schadensersatzanspruch auch dann geltend machen, wenn er dem Käufer zuvor einen Selbsthilfeverkauf gemäß § 373 HGB. angedroht hatte.

4. HansGZ. **08** Hptbl. 158, BankA. **7** 158 (Hamburg). Im Falle des Abnahmeverzugs des Käufers kann der Verkäufer, sofern es sich nicht um ein Fixgeschäft (§ 376 HGB.) handelt, seiner Schadensberechnung das Ergebnis eines freihändigen privaten Verkaufs der abzunehmenden Papiere zugrunde legen.

5. **RG.** R. **08** 104 Das RG. läßt es dahingestellt, ob Kuxe neueren Rechtes unter den Begriff der Wertpapiere fallen.

6. **RG.** LeipzZ. **08** 853, R. **08** 575. Der Behauptung gegenüber, daß ein von dem Verkäufer durch einen Gerichtsvollzieher vorgenommener Selbsthilfeverkauf um deswillen nicht gemäß § 373 Abs. 2 HGB. als für Rechnung des Käufers erfolgt gelten könne, weil nach dem Versteigerungsprotokolle die Garantie für Güte und Beschaffenheit der zu versteigernden Waren ausgeschlossen gewesen sei, ist die Aufstellung erheblich und muß event. zum Beweise verstellt werden, daß die in Frage stehende Bedingung den erschienenen Kauflustigen nicht mündlich bekannt gegeben worden sei.

7. OLG. **16** 130 (Naumburg). Eine ohne Beobachtung der Vorschriften im § 373 erfolgter Selbsthilfeverkauf hat nicht die Wirkung, daß der Käufer gänzlich von der Verbindlichkeit befreit wird, eine dem Kaufgeschäft entsprechende Ware abzunehmen und zu bezahlen. Der Käufer kann jedoch von dem Zeitpunkte des Selbsthilfeverkaufs an nur dann den Kaufpreis fordern, oder später Schadensersatz beanspruchen, wenn er sich trotz des Verkaufs bereit hält, d. h. eine gleich gute Ware anbietet. Sein Schaden besteht in diesem Falle in dem Unterschiede zwischen dem Vertragspreis und den Kosten, die er hätte aufwenden müssen, wenn er nach der Versteigerung eine andere gleich gute Ware geliefert hätte.

8. SächsOLG. **29** 75 (Dresden). Wenn bei einem Selbsthilfeverkauf eine größere Warenmenge, als diejenige, auf welche sich der Annahmeverzug des Käufers erstreckt, versteigert und hierdurch das Ergebnis des Verkaufs zuungunsten des im Verzuge

befindlichen Käufers nachteilig beeinflußt wird, so kann der Verkauf nicht mehr als für Rechnung des Käufers erfolgt angesehen werden.

§ 374. Vgl. JDR. **2—4** u. **6**.

§ 375. *Zander, Der Kauf „auf Abruf“, GruchotsBeitr. **52** 304 ff. Ist dem Käufer neben dem Abruf auch noch die Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so liegt eine besondere Art des Abrufskaufs vor. Abruf und Spezifikation sind verschiedene Begriffe, obwohl in der Praxis mit der Abrufserklärung zugleich auch die Ware, deren Lieferung der Käufer verlangt, spezifiziert zu werden pflegt. Trotz dieser engen Verbindung müssen sie rechtlich getrennt behandelt werden. Ist dem Käufer das Recht eingeräumt, aus verschiedenen Warensorten die Bestimmung zu treffen (qualifizierter Spezifikationskauf), so ist er mangels entgegenstehender Abrede berechtigt, auch das ganze geschlossene Quantum aus einer der ihm zur Wahl gestellten Sorten abzufordern. Das wird aus dem Wesen der Abreden geschlossen und begründet. Über Verzug in der Spezifikation aaO. 329 ff. Eine Sammlung von Gutachten zum Kaufe auf Abruf s. aaO. 334 ff.

§ 376. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 535. Gerügt ist, daß aus der Vereinbarung einer Abladefrist noch nicht die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung nach Ablauf dieser Frist folge. Deshalb sei das Beweisangebot erheblich, daß Verkäuferin ihrer Lieferungspflicht nachgekommen sein würde, wenn Käufer durch Mahnung und Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 1 BGB. die Bedeutung des Ausbleibens der Lieferung erkennbar gemacht hätte. Diese Rüge ist nicht berechtigt. Die angebotene Ware entstammte nicht einer Novemberabladung, wie vereinbart war: diese Ware hat Käufer mit Recht als nicht vertragsmäßig abgelehnt; die vereinbarte Ware konnte Verkäuferin nicht liefern. Bei dieser Sachlage bedurfte es zur Begründung der erhobenen Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung weder einer besonderen Mahnung nach Fristsetzung noch der Erhebung des angebotenen Beweises.

2. **RG.** R. **08** 678. „Abnahme“ der Ware bedeutet das reine körperliche Hinwegnehmen der Ware, „Abruf“ dagegen bedeutet ein Bestellen der Ware. Beide Worte werden aber im kaufmännischen Verkehre häufig als gleichbedeutend gebraucht

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 238. Die Vertragsklausel „Verladung November“ hat bei Lieferungsverträgen nicht die Bedeutung einer bloßen Zeitbestimmung für die Lieferung: Die Bestimmung einer Abladezeit ist vielmehr nach Handelsbrauch als eine wesentliche Vertragsbestimmung, die Abladung zur bestimmten Zeit, soweit als eine vertragliche Leistung gemäß § 376 anzusehen.

§ 377. 1. Begriff der Ablieferung (s. a. zu BGB. § 477 Ziff. 2, § 640 Ziff. 1). HansGZ. **08** Hptbl. 256 (Hamburg). Unter Ablieferung wird nach reichsgerichtlicher Rechtsprechung derjenige Vorgang verstanden, durch den der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt, um den Käufer in die Lage zu setzen, nunmehr seinerseits darüber verfügen zu können und durch den Käufer, selbst oder durch einen Beauftragten, die Ware übernimmt. Danach liegt in der Verstattung der Untersuchung der verkauften Ware am Speicher des Verkäufers oder in der Anlieferung der Schiffszettel an den Spediteur des Käufers keine Ablieferung im Sinne des Gesetzes.

2. Zeit der Ablieferung. **RG.** LeipzZ. **08** 536, HoldheimsMSchr. **08** 211. Die Ablieferung ist der tatsächliche Vorgang, der den Käufer zwingen soll, seine Rechte aus der Mangelhaftigkeit der Leistung rechtzeitig zu wahren, weil durch ihn der Käufer in eine solche tatsächliche Beziehung zur Kaufsache kommt, daß er durch einseitigen Akt sich sofort den tatsächlichen Gewahrsam verschaffen, sie untersuchen und über sie verfügen kann. Zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört bei gewissen Maschinen als Nebenleistung noch das Montieren des Apparats, und es ist durchaus folgerichtig, daß eine Ablieferung im Sinne des § 377 Abs. 1 HGB.,

§ 477 BGB. für einen solchen Fall die vollendete Montierung voraussetzt. Es liegt ferner nahe — insbesondere wenn Montierung und betriebsfähige Herstellung zusammenfallen —, für die Ablieferung eine Kundgabe an den Käufer von der Vollendung der Montierung zu fordern. S. § 477 BGB. Ziff. 2.

3. Ort der Ablieferung. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 296, LeipzZ. **08** 853 (ebenso vorher OLG. Hamburg, HansGZ. **08** Hptbl. 31). Die Ablieferung gekaufter Waren ist als in Hamburg erfolgt anzusehen, wenn ein Hamburger Verkäufer einem serbischen Käufer eine schwimmende Ware verkauft hat und die Ware in Hamburg an die vom Käufer beauftragten Spediteure gegen Übergabe des Akzepts des Käufers ausgeliefert wurde.

4. Untersuchungspflicht. a) **RG.** LeipzZ. **08** 596, JW. **08** 492, R. **08** 457. Weder die Schwierigkeit der Entdeckung eines Mangels noch der Umstand, daß er selten vorzukommen pflegt, entbindet den Käufer von der Untersuchungspflicht der Ware nach § 377. Ist der Fehler nicht anders als durch teilweise Verarbeitung u. dgl. zu ermitteln, so ist eine solche Art der Untersuchung nicht allein zulässig, sondern erforderlich. Geht die Verarbeitung, der Verbrauch usw. über das erforderliche Maß hinaus, so handelt es sich nicht mehr um eine Untersuchung, sondern um eine Verfügung über die Ware ohne die vom Gesetz erforderte Untersuchung. b) **RG.** R. **08** 549. Ein Unternehmer, der für einen Wegebau Kleinschlag gekauft hat, ist in Ermangelung einer anderweitigen Abmachung nicht deshalb, weil über die Brauchbarkeit des Materials die Baubehörde zu befinden hat, dem Verkäufer gegenüber berechtigt, mit der Prüfung der Ware und der Rüge etwaiger Mängel zu warten, bis die Baubehörde entschieden hat. c) **RG.** R. **08** II 714. Wird die Ware in mehreren zeitlich aufeinander folgenden Lieferungen geliefert, und hat der Käufer bei Bemängelung der ersten Lieferung sogleich erklärt, er werde, falls der Rest nicht besser ausfalle, die gesamte Lieferung aus dem Abschlusse beanstanden, so wird er hierdurch gleichwohl nicht von der Verpflichtung entbunden, auch die weiter gelieferte Ware auf ihre Vertragsmäßigkeit zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich zu rügen.

5. Art der Untersuchung. a) LeipzZ. **08** 798 (LG. Braunschweig). Unter Umständen braucht die Umhüllung einer Ware oder ihre Verpackung zur Erfüllung der Untersuchungspflicht nicht entfernt oder geöffnet zu werden, dann nämlich, wenn dadurch der Wert der Ware selbst geändert werden würde. b) **RG.** R. **08** 104, BayerZ. **15** 238. Die Zusendung und Annahme von Ausfallproben bewirkt nicht ohne weiteres, daß sie hinsichtlich der Untersuchung und der Rügepflicht des § 377 an Stelle der Waren selbst treten; dies ist nur dann der Fall, wenn eine dahin gehende Absicht der Vertragsparteien erkennbar ist. c) **RG.** R. **08** 601. Bezieht sich ein Handelskauf auf eine nach einem Probemuster noch herzustellende Ware und ist ausgemacht, daß nach Fertigstellung der Ware Ausfallmuster dem Käufer zuzusenden seien, daß dagegen die fertiggestellte Ware nach den Weisungen des Käufers direkt den dritten Abnehmern zugesandt werden solle, so kann der Käufer die Abnahme der Ware schon dann weigern, wenn die Ausfallmuster nicht dem Probemuster entsprechen. d) HansGZ. **08** Hptbl. 24 (Hamburg). Die Klausel: „Bei Beanstandung der Ware, am überseeischen Bestimmungsorte, soll die Entscheidung von zwei Sachverständigen über die Qualität in jedem Falle für beide Parteien bindend sein" bedeutet, daß eine andere Feststellung der Qualität nicht maßgebend, sondern ausgeschlossen, der Käufer folglich genötigt sein soll, das bedungene Verfahren einzuschlagen, wenn er die Ware mit Erfolg beanstanden will.

6. Ort der Untersuchung. a) **RG.** LeipzZ. **08** 596. Eine Vereinbarung, daß die Ware erst beim endgültigen Abnehmer im Binnenlande zu untersuchen sei, erfordert unter allen Umständen Kenntnis des Käufers davon, daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt war. b) **RG.** R. **08** 576. Wenn der auswärtige Käufer

auf eine Anfrage des Verkäufers hin diesen anweist, die gekaufte Ware seinem Spediteur, der den Transport nach dem Wohnsitze des Käufers zu besorgen hat, zu übergeben, so gilt der Regel nach diese Übergabe als Ablieferung im Sinne des § 377 Abs. 1 HGB. Deshalb muß die durch diesen Paragraphen vorgeschriebene Untersuchung der Ware in solchen Fällen jedenfalls bezüglich offener Mängel am Wohnorte des Spediteurs durch diesen erfolgen.

7. Zeit der Untersuchung. a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1108. Der Begriff des ordnungsmäßigen Geschäftsganges richtet sich nur nach objektiven Regeln, nicht aber nach der bei dem einzelnen Empfänger der Ware bestehenden Geschäftsübung, sofern diese nicht auf einem durch die Umstände gebotenen Zwange beruht. **b)** **RG.** LeipzZ. **08** 695, HoldheimsMSchr. **08** 257. Wenn mehrere Wagen einer Sendung aus Gründen geschäftlicher Zweckmäßigkeit nicht absolut gleichzeitig, sondern in kurzen Zwischenräumen abgingen und beim Käufer ankamen, so durfte der Käufer mit Untersuchung und Mängelanzeige bis zum Eintreffen der ganzen Sendung warten. **c)** HansGZ. **08** Hptbl. 1 (Hamburg). Bei einem Kaufe, dessen Gegenstand an Bord von Schiffen zu liefernder Proviant war, ist mit Anlieferung an Bord zu untersuchen und zu rügen. **c)** HansGZ. **08** Hptbl. 107 (Hamburg). Da Weine in den meisten Fällen gleich bei ihrer Ankunft insoweit beurteilt werden können, daß Übereinstimmung oder Abweichung zwischen Verkaufs- und Lieferungsproben bestimmt werden können, so ändert die im Handelsverkehre häufig vorkommende Tatsache, daß die Untersuchung der Weine etwas weiter hinausgeschoben wird, daran nichts, daß die Untersuchung nach § 377 sofort vorzunehmen ist.

8. Inhalt der Mängelrüge. a) **RG.** LeipzZ. **08** 299. Die im § 377 erforderte Mängelanzeige muß derart sein, daß der Verkäufer in der Lage ist, zu erkennen, welcher Mangel oder welche Mängel vorhanden seien und gerügt werden sollen. Eine bloße Erklärung, die Ware sei nicht bedingungsgemäß, genügt dazu regelmäßig ebensowenig wie die Erklärung, die Ware werde zur Verfügung gestellt oder die bloße Erklärung, ein dritter Abnehmer des Käufers beanstande die Ware und nehme sie nicht ab. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1108. Die Mängelrüge braucht nicht eine in Einzelheiten eingehende, genaue und skrupulöse Bezeichnung der Mängel zu enthalten, es genügt, daß der Verkäufer durch die Anzeige darüber ausreichend aufgeklärt wird, aus welchem Grunde der Käufer die Ware beanstandet. Die Erklärung der Probewidrigkeit kann unter Umständen genügen, nämlich dann, wenn der Käufer aus der vorausgegangenen Korrespondenz ersehen konnte, in welcher Beziehung die Probewidrigkeit gerügt wird. **c)** OLG. **16** 128 (KG.). Die Bemerkung, ein großer Teil der gelieferten Bretter sei so schlecht, daß er nicht mehr als Bretter gelten könne, sondern nur als Brennholz zu verwerten sei, genügt nicht als Mängelrüge, da sie den Verkäufer nicht darüber aufklärt, inwiefern die Bretter nicht als gesetz-(vertrags)mäßig zu erachten seien.

9. Zeit der Mängelrüge. a) R. **08** 634 (Hamburg). Der Einwand, daß eine Mängelanzeige zu spät abgesandt sei, kann nicht durch den Nachweis beseitigt werden, daß sie auch bei rechtzeitiger Absendung der Rüge, z. B. wegen eines Feiertags, nicht früher in die Hände des Empfängers gelangt wäre, als bei der verspäteten Absendung. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1108. Die Mängelanzeige hat nur unverzüglich nach der Untersuchung, d. h. da die Vornahme der Untersuchung kein gesetzliches Erfordernis für die Wirksamkeit der Anzeige ist, unverzüglich nach derjenigen auf die Ablieferung der Ware folgenden Zeit zu geschehen, welche für die ordnungsmäßige Untersuchung erforderlich ist; der Käufer kann daher, auch wenn er früher den Mangel entdeckt hat, bis zum Ablaufe der gesetzlichen Untersuchungsfrist mit der Anzeige warten.

10. Mängel. a) **RG.** R. **08** 280. Zu den Mängeln im Sinne des § 377 HGB. gehört auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB.), z. B.

Garantie für eine bestimmte Leistungsfähigkeit einer Maschine. **b)** R. **08** 381 (Hamburg). Mängel der Fastage sind als Mängel der Ware nur dann anzusehen, wenn die Fastage zur Konservierung der Ware im tropischen Klima dienen sollte, nicht aber, wenn sie nur zur Sicherung des Transports nach dem überseeischen Platze bestimmt war.

11. Wirkungen der Mängelrüge. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1108. Nach § 377 kommt es nur auf die Mängelanzeige an, diese ist rechtswirksam, auch wenn eine Untersuchung der Ware gar nicht vorgenommen worden ist; es kann sonach nicht darauf ankommen, ob, wenn nach Muster verkauft worden ist, der Käufer bei der Mängelanzeige das richtige Muster vor Augen hatte; erst bei Erörterung der Frage, ob die Rüge begründet ist, kommt das Muster in Betracht.

12. Abs. 5. **RG.** R. **08** 549. Ein arglistiges Verhalten des Lieferanten des Verkäufers ist nicht ohne weiteres von dem Verkäufer zu vertreten.

§ 378. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 100 (Hamburg). Ein durch feuchte Abladung entstandener Mangel ist nur als Qualitätsmangel, nicht aber als eine Beschädigung der Ware anzusehen, welche der Käufer nicht als Erfüllung des Vertrags gelten zu lassen brauchte.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 774. Die Klägerin hatte die Holzmaterialien für von der Beklagten auszuführende Rammarbeiten zu liefern. Die Klägerin soll öfters auf einem Waggon Spundwände von verschiedener Stärke verladen und unterlassen haben, die nötigen Eck- und Rundpfähle beizuladen; hierdurch soll das regelmäßige Fortschreiten der Rammarbeiten unterbrochen worden sein, diese hätten deshalb zeitweise liegen bleiben müssen, und die betreffenden Lieferungen sollen für den Beklagten, bis dem Mangel abgeholfen worden, wertlos gewesen sein. Der Beklagte will sich deshalb zu höheren Preisen gedeckt haben. Hatte Klägerin in der Tat in dieser Weise nicht ordnungs- und sachgemäß verladen, so hatte sie eine andere als die bedungene Ware geliefert, und bedurfte es nach §§ 377, 378 HGB. der Mängelanzeige.

3. **RG.** R. **08** 105. Wenn die gelieferte Ware (Naphthalin) trotz der Abweichung in den einzelnen Prozenten der chemischen Zusammensetzung von den vereinbarten Prozenten nach der Verkehrsanschauung als Naphthalin verwendbar ist, wenngleich nicht nach den besonderen Betriebseinrichtungen des Empfängers, so liegt nur ein Qualitätsmangel. nicht die Lieferung eines aliud vor.

§ 379. Über RG. zum Vinkulationsvertrage s. vor § 373 Z. 2 u. 3 (**RG.** LeipzZ. **08** 167, BankA. **7** 187, HoldheimsMSchr. **08** 212).

§ 380. Vgl. JDR. **5** u. **6**.

§ 381. Vgl. JDR. **2—6**.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 383. **RG.** R. **08** 678. Auf den Kommissionsvertrag findet im allgemeinen die Bestimmung des § 627 BGB. über die Zulässigkeit jederzeitiger Kündigung Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn dem Kommissionär ein bestimmtes Mindesteinkommen garantiert ist, da hierin feste Bezüge nicht zu erblicken sind. Ist aber ein Kaufmann ständig damit betraut, im eigenen Namen für Rechnung eines anderen Handelsgeschäfte abzuschließen — sog. Kommissionsagent —, so unterscheidet sich seine Stellung zum Prinzipal in nichts von der eines Handlungsagenten des § 84 HGB. Auf ihn ist daher § 92 HGB. analog anzuwenden, so daß, abgesehen von dem Falle eines wichtigen Grundes, das Verhältnis nur mit sechswöchiger Frist zu kündigen ist.

§ 384. 1. **RG.** BankA. **7** 334, LeipzZ. **08** 596, R. **08** II 528, HoldheimsMSchr. **08** 239. Ein Kommittent kann das kommittierte Geschäft nicht schon deshalb zurückweisen, weil sich nachträglich herausstellt, daß der Kommissionär ursprünglich eine

auftragswidrige Ausführung versucht hatte und erst als dieser Versuch fehlschlug, der Weisung gemäß abschloß.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 239. Der Umstand, daß der Kommissionär entgegen § 384 dem Kommittenten keine Mitteilung über den Hergang zukommen ließ, könnte die Beweislast nur dann verschieben, wenn die Führung des Beweises dadurch unmöglich geworden wäre.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 213. Wenn ein Einkaufkommissionär in Ausführung von Aufträgen, den ihm mehrere Kommittenten jeder für sich und unabhängig voneinander zum Erwerbe von Werpapieren gleicher Art erteilt haben, die demgemäß erworbenen Wertpapiere ungesondert in einem mit den Namen der mehreren Kommittenten versehenen Umschlage legt, so entsteht damit für diese ein Miteigentumsverhältnis an den Papieren.

§ 385. Vgl. JDR. **2—4.**

§ 386. Vgl. JDR. **5.**

§ 387. Vgl. JDR. **6.**

§ 388. Vgl. JDR. **2, 4,** u. **6.**

§ 389. R. **08** 312 (Frankfurt). Wenn der Kommittent, obwohl er dazu in der Lage ist, es unterläßt, über das Kommissionsgut zu verfügen, so hat der Kommissionär nicht nur die dem Verkäufer nach § 373 HGB. zustehenden Rechte, sondern kann auch die nach dem bürgerlichen Rechte im Falle des Gläubigerverzugs dem Schuldner zustehenden Rechte für sich in Anspruch nehmen.

§ 390. Vgl. JDR. **4—6.**

§ 391. HansGZ. **08** Hptbl. 1 (Hamburg). Die Verpflichtung des Einkaufskommittenten zur Untersuchung der Ware und zur Anzeige von Mängeln besteht gleichwie beim Kaufe. Schadensersatzansprüche aus Mängeln der Ware, weil der Kommissionär nicht rechtzeitig seinem Lieferanten gegenüber diese Mängel gerügt habe, sind von der rechtzeitigen Rüge des Kommittenten abhängig.

§ 392. Vgl. JDR. **2** u. **6.**

§ 394. Vgl. JDR. **4—6.**

§ 396. Vgl. JDR. **6.**

§ 397. Vgl. JDR. **2—4.**

§ 400. Wermert, Über den Selbsteintritt im Kommissionsgeschäft und seinen Einfluß auf die Kurszettelwahrheit der Börse, HirthsAnn. **08** 1 ff. Wermert erblickt im Selbsteintrittsrechte des Kommissionärs die Quelle aller Mißstände, die im Verkehre mit Effekten bestehen, und tritt deshalb für völlige Aufhebung der §§ 400—405 HGB. ein. ➠ Wenn dies auch vielleicht zu weit geht, so sind die Mißstände des schrankenlosen Selbsteintrittsrechts nicht zu leugnen. Schon bei Schaffung des ADHGB. wurde von hanseatischer Seite der Antrag gestellt, dem Kommissionäre nur dann das Selbsteintrittsrecht zu gestatten, wenn er bereits im Besitze der zu verkaufenden Wertpapiere oder Waren sei. Vielleicht könnte man de lege ferenda auf diesen Antrag zurückgehen, der dem Kommissionäre das Spekulieren auf Kosten des Kommittenten nach empfangenem Auftrag unterbindet. — Red. ⟵

§ 401. Vgl. JDR. **3** u. **4.**

§ 404. Vgl. JDR. **2.**

§ 405. Vgl. JDR. **5.**

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 408. **RG.** SeuffA. **63** 288. Die Frage, ob die Wahl eines Frachtführers, dessen Verfrachtungsbedingungen für den Versender ungünstig sind, mit der vom Spediteur bei der Auswahl des Frachtführers anzuwendenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar ist, läßt sich immer nur unter Würdigung der gerade für den gegebenen Fall vorliegenden Transportverhältnisse beantworten.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 417. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 85. In der Regel wird die Tatsache des Verlustes durch das im Lagerschein enthaltene Empfangsbekenntnis des Lagerhalters und die Tatsache, daß er zur Zurückgabe des hiernach bei der Einlagerung vorhandenen Gutes außerstande ist, geführt. Bezeichnet aber der Lagerschein nur die übergebenen Behältnisse, den Inhalt derselben aber als unbekannt, so muß der Nachweis des ursprünglichen Vorhandenseins des übergebenen Inhalts von dem Einlagerer in anderer Weise geführt werden.

§ 420. Senckpiehl, EisenbE. (Sonderheft) **25** 111 ff. Der Leistungsort für die während der Dauer des Lagervertrags fällig werdende Lagergeldschuld ist der nach §§ 269, 270 BGB. sich ergebende Ort (Wohnort oder Geschäftsniederlassung des Einlagerers); dagegen für die bei Rücknahme des Lagerguts fällig werdende Lagergeldschuld der Ort, an welchem die Rücknahme erfolgt. Der Anspruch auf Lagergeld verjährt in vier Jahren nach Maßgabe des § 197 BGB. (S. den Selbstbericht zu § 197 BGB.)

§ 424. 1. **a)** Mollwo, DJT. (1908) Gutachten **3** 273, erörtert die Frage, ob das Recht der Lagerscheine und Lagerpfandscheine reichsgesetzlich zu regeln ist, nach der volkswirtschaftlichen Seite hin. Er kommt zum Ergebnisse, daß zwar eine weite Ausbreitung der Warenbeleihung in Deutschland zu verzeichnen ist, daß aber von irgendwie beträchtlichem Umfang eines Warrantverkehrs nicht die Rede sein kann. Abhelfen könnten die positive Ausbildung eines Warrantrechts im Wege der Reichsgesetzgebung und die Herstellung öffentlicher oder kontrollierter Lagerhäuser. Für die reichsgesetzliche Regelung schlägt der Verf. vor den Erlaß von Normativvorschriften für die Eröffnung und den Betrieb von Lagerhäusern, die Warrants ausgeben dürfen sollen, ferner eine genaue Feststellung des Textes eines indossablen Lagerscheins. **b)** Heymann aaO. **4** 356 erörtert dieselbe Frage. Er bespricht ihre Entwickelung bis und seit 1891, das Interesse des Handels am Warrantverkehre, die entgegenstehenden Interessen der Großindustrie und der Landwirtschaft, ferner die Frage, ob die wirtschaftliche und rechtliche Lage zum Eingreifen der Reichsgesetzgebung nötigt, sowie die Frage, ob Ein- oder Zweischeinsystem. Er faßt sein Gutachten dahin zusammen: Ein Reichswarrantgesetz ist dringendes Bedürfnis. An der Frage, ob neben den Lagerscheinen besondere Lagerpfandscheine ausgegeben werden sollen, darf das Gesetz nicht scheitern. Doch ist für unsere deutschen Verhältnisse das Zweischeinsystem mit besonderem indossablen Lagerpfandscheine, Sprungregreß des Pfandscheinindossatars und Ausgestaltung des Pfandscheins zum Bankpapier erst die volle Lösung der Warrantfrage. **c)** Müller-Erzbach, DJZ. **08** 941, bejaht die Frage nach Abwägung der Vor- und Nachteile einer reichsgesetzlichen Regelung ebenfalls.

2. BankA. 7 365, HansGZ. **08** Hptbl. 193 (Hamburg). Ein Lagerschein, in welchem die Auslieferung der Ware an den Inhaber des Lagerscheins oder Order versprochen wird und ferner gesagt ist, daß der Lagerhalter berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Präsentanten zu prüfen, ist keine Schuldverschreibung auf den Inhaber im Sinne von § 793 BGB., sondern als eine Urkunde der im § 808 BGB. bezeichneten Art anzusehen. Solange ein solcher Schein aber nicht zurückgegeben ist und soweit keine Abschreibungen vermerkt sind, kann der gutgläubige Erwerber annehmen, er sei davor sicher, daß der Lagerhalter die Ware bereits ausgeliefert habe, und der Lagerhalter kann daher in diesem Falle auf die Auslieferung an einen Rechtsvorgänger des Erwerbers diesem gegenüber sich nicht berufen. S. auch zu § 808 Ziff. 1 BGB.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Literatur: Gorden, Das Pfandrecht des § 440 Abs. 3 HGB. und seine prozessuale Geltendmachung. EisenbE. 25 (Sonderheft) 66 f. Vgl. auch Abschnitt 7.

§ 425. *Boethke, EisenbE. **24** 302. Der Frachtvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag und nach BGB. zu beurteilen, soweit er nicht durch HGB., EisenbVerkO. und IntFrachtÜb. geregelt ist. Namentlich gelten die §§ 320—327 BGB. (vgl. Ziff. 1 zu § 649 BGB.).

§ 435. (§ 66 EisenbVerkO., Art. 16 BernerFrachtÜb.) 1. Ritter, Eisenb. VereinsZ. **08** 429. Die Eisenbahn ist verpflichtet, dem Empfänger das Frachtgut auf Verlangen vor Einlösung des Frachtbriefs zur Besichtigung vorzuzeigen.

2. SeuffA. **63** 27 (Hamburg). Auslieferung des Frachtguts und Frachtzahlung haben Zug um Zug zu erfolgen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes hat der Frachtführer einen Anspruch nur darauf, daß ihm gegen Auslieferung des ganzen Frachtguts Zahlung der ganzen Fracht zuteil werde. Eine allmähliche Auslieferung des Frachtguts nach Sicherstellung der Fracht oder gegen allmähliche Zahlung derselben ist dem Gesetz unbekannt.

§ 440. Abs. 3. *Gorden, EisenbE. **25** (Sonderheft) 66 ff. Das hier dem Frachtführer gewährte Pfandrecht ist ein höchst singuläres, weil es einerseits nicht Besitz des Pfandschuldners erfordert, andererseits ohne einen äußerlich in die Erscheinung tretenden Akt, den bloßen Ablauf von 3 Tagen nach der Ablieferung des Frachtguts an den Empfänger, erlischt. Wird es innerhalb dreier Tage nach Ablieferung des Frachtguts gerichtlich geltend gemacht, so dauert es fort, falls sich der Empfänger innerhalb der Frist noch im mittelbaren oder unmittelbaren Besitze des Gutes befindet. Gerichtlich geltend gemacht wird das Pfandrecht: a) durch Klage bei dem zuständigen Gerichte; die Klagezustellung muß innerhalb des dreitägigen Spatium erfolgt sein; b) durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung innerhalb der erwähnten Frist. Für diesen Antrag sind glaubhaft zu machen: α) das Bestehen einer Frachtforderung, β) die erfolgte Auslieferung des Frachtguts an den Empfänger oder dessen Beauftragten, γ) der Zeitpunkt der Auslieferung, δ) noch vorhandener Besitz des Empfängers am Frachtgute. Nicht glaubhaft zu machen ist, daß Empfänger vergeblich zur Zahlung der Fracht und Nebenspesen aufgefordert worden ist, oder daß eine Gefährdung des zu sichernden Rechtes vorliege. Diese Gefährdung ergibt sich allein schon aus der Tatsache, daß der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Frachtgut hat. Die einstweilige Verfügung auf Grund § 440 Abs. 3 HGB. ist daher bei den auf Grund §§ 885, 899, 1179, 1263, 1716 BGB. ergehenden richterlichen Anordnungen, bei denen es einer besonderen Glaubhaftmachung der Gefährdung des zu sichernden Anspruchs nicht bedarf, verwandt.

§ 442. Mittelstein, Absender und Versender, DJZ. **08** 184. Versender wird derjenige genannt, der die Besorgung von Gütern einem Spediteur überträgt. Der Spediteur ist dann derjenige, der als Absender den Frachtvertrag abschließt, während der Versender mit dem Frachtführer nicht in vertragliche Beziehungen tritt. Der Versender in diesem Sinne gehört nicht zu den Vormännern des § 442.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Literatur: Baumgarten, Eisenbahnfrachtrechtliche Haftung für Streikschäden, EisenbE. **25** (Sonderheft) 1. — Blume, Die Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 23. Dez. 1908 nebst allgemeinen Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Anmerkungen, vergleichender Paragraphenübersicht und Sachregister. — Boethke, Die Frachtforderung der Eisenbahn im Lichte des BGB. für das Deutsche Reich, EisenbE. 24 302, 404. — Gorden, Die Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 23. Dez. 1908 mit Erläuterungen. —

Halke, Bedürfen die gesetzlichen Bestimmungen über die Transportpflicht der Eisenbahnen einer Änderung? EisenbVereinsZ. 08 1331, 1347. — Reindl, Das Internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 nach den Ergebnissen der Berner Revisionskonferenz vom 4.—18. Juli 1905 und dem Zusatzübereinkommen vom 19. September 1906, EisenbE. 25 Anlageheft. — Rundnagel, Die Haftung der Eisenbahn für Verlust, Beschädigung und Lieferfristüberschreitung nach deutschem Eisenbahnfrachtrecht. 2. vermehrte Auflage, auf Grund der neuen Verkehrsordnung. — Schroeder, Die höhere Gewalt im internationalen Eisenbahnverkehre vom deutschen Standpunkte. — Senckpiehl, Das Eisenbahntransportgeschäft nach deutschem Recht.

Vorbemerkung: Das Jahr 1908 ist für die weitere Entwickelung des Eisenbahnfrachtrechts von besonderer Bedeutung gewesen. Einmal ist die im Vorjahre in der Vorbemerkung zum 6. und 7. Abschnitt erwähnte Umarbeitung der Verkehrsordnung vom 1. Januar 1900 vollendet worden. Die neue Verkehrsordnung ist durch Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 23. Dezember 1908 veröffentlicht worden (RGBl. 1909 S. 93 ff.) und mit dem 1. April 1909 in Kraft getreten. Ferner ist das ebenfalls im Vorjahre bereits erwähnte zweite Zusatzübereinkommen zum Berner Fracht-Üb. von den Vertragsstaaten ratifiziert worden und am 22. Dezember 1908 in Kraft getreten. Die Verkündung ist unterm 17. November 1908 im Reichsgesetzblatt S. 515 ff. erfolgt.

Die neue Verkehrsordnung trägt nach Form und Inhalt den fortgeschrittenen Bedürfnissen des deutschen Eisenbahnverkehrs, wie sie sich seit dem 1. Januar 1908 ergeben haben, Rechnung. Manche in den Eisenbahntarifen enthaltene Zusatzbestimmungen hatten sich so bewährt, daß ihre Übernahme in die Verkehrsordnung erfolgen konnte.

Weiter hat die am 1. Mai 1907 in Kraft getretene Reform der Personen- und Gepäcktarife sowie die weitere Entwicklung des Güterverkehrs manche Änderung erforderlich gemacht, insbesondere hat sich die Notwendigkeit ergeben, die Vorschriften über die bedingungsweise zur Eisenbahnbeförderung zugelassenen Gegenstände auf einer ganz neuen Grundlage umzuarbeiten. Sie sind jetzt systematisch geordnet und in der Anl. C. übersichtlich znsammengestellt. Schließlich ließ auch der Abschluß des zweiten Zusatzübereinkommens zum Berner Fracht-Üb. es notwendig erscheinen, die Bestimmungen der Verkehrsordnung mit diesem in Einklang zu bringen. Für den praktischen Gebrauch sei darauf hingewiesen, daß sich die Paragraphenzahlen vielfach geändert haben. Die Umarbeitung der EVO. hat auch eine entsprechende Abänderung der Teile I des deutschen Eisenbahn-Personen- und Gepäcktarifs und des deutschen Gütertarifs sowie der Zusatzbestimmungen dazu erforderlich gemacht, wobei statt dieser der Ausdruck Ausführungsbestimmnngen gewählt worden ist. Eine im Reichs-Eisenbahn-Amt durchgesehene Ausgabe der neuen EVO. ist bei Julius Springer in Berlin erschienen. In dieser ist u. a. auch die Begründung des Reichs-Eisenbahn-Amts zum Entwurf der EVO. abgedruckt (S. 215 f.), worin die Änderungen paragraphenweise besprochen sind.

Die durch das bezeichnete Zusatzübereinkommen getroffenen Abänderungen des Berner Fracht-Üb. sind nicht sehr zahlreich. Die meisten beziehen sich auf die Anlage 1 zum Übereinkommen über die nur bedingungsweise zur Beförderung zugelassenen Güter. Die wichtigsten Änderungen des Übereinkommens selbst betreffen die Artt. 5, 6, 7, 10, 12, 13, 15, 18, 24 und 40. Einzelheiten siehe bei Reindl a. a. O., S. 3—23.

§ 453. (§§ 6, 55 EisenbVerkO., Art. 5 BernerFrachtÜb.) 1. Halke, Eisenb. VereinsZ. 08 1331, 1347. Zu einer Änderung der bestehenden Bestimmungen über die Transportpflicht der Eisenbahn liegt ein zwingender Anlaß nicht vor, denn die Bestimmung des § 453 HGB., § 6 EisenbVerkO. und Art. 5 BernerFrachtÜb. ist folgendermaßen auszulegen: Ein angebotener Transport muß zur Beförderung angenommen werden, wenn ein hierfür an sich geeigneter Güterwagen an der Bedarfsstelle vorhanden ist oder alsbald herbeigeschafft werden kann. Mangelhafte Disposition über das Wagenmaterial schließt also die Beförderungspflicht nicht aus.

Mangelhafte Disposition liegt aber nicht vor, wenn bei starkem Verkehre die Eisenbahn zur möglichst gleichmäßigen Befriedigung aller Interessenten Wagen von einer Versandstelle trotz eigenen Bedarfes wegnimmt, um sie auf einer anderen Versandstelle zu verwenden. Auch die Anordnung, daß an einzelnen Tagen nur ein bestimmter Prozentsatz der bestellten Wagen gestellt werden darf (sog. Teildeckung), verstößt nicht gegen die Beförderungspflicht. Die Eisenbahn kann die Übernahme von Gütern zur Beförderung, d. h. den Abschluß des Frachtvertrags, verweigern, bis die sofortige Beförderung möglich ist, also auch dann, wenn trotz Vorhandenseins der nötigen Transportmittel aus Gründen anderer Art die sofortige Durchführung des Transports bis zur Zielstation nicht möglich ist, ferner selbst dann, wenn Verkehrsstörungen zwar noch nicht eingetreten sind, wenn aber nach Lage der Verhältnisse mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß bei uneingeschränkter Annahme der Transporte zur Beförderung Störungen binnen kurzem eintreten müssen. Die Eisenbahn kann in diesen Fällen auch bestimmte Güterarten von der Beförderung ausschließen (gegen Teubner, EisenbVereinsZ. **07** 263).

2. *Boethke, EisenbE. **24** 303. Durch Vertragsverletzung des Absenders (Empfängers) wird die Eisenbahn ihrer Beförderungspflicht nicht enthoben. Sie kann gegenüber der Klage des Absenders auf Beförderung nur aufschiebende Einreden erheben.

§ 456. (§ 75 EisenbVerkO., Art. 30 BernerFrachtÜb.) 1. **RG. 67** 335, JW. **08** 209, EisenbA. **08** 971, EisenbE. **24** 385, R. **08** 177 Ziff. 346, 348. Die Ablieferung im Sinne von § 456 HGB. und Art. 30 BernerFrachtÜb. ist erfolgt, wenn die Eisenbahnen unter Aushändigung des Frachtbriefs an den Empfänger mit dessen stillschweigender Zustimmung das Gut nach beendigtem Transporte zum Zwecke der zollamtlichen Behandlung im Zollschuppen der Eisenbahn der Zollbehörde ausgefolgt hat. Die Eisenbahn hat damit die custodia über das Gut aufgegeben, die mit der Pflicht zur Beförderung den wesentlichen Inhalt des Frachtvertrags ausmacht. Eine weitere Haftung der Bahn für später eintretende Ereignisse kann aus dem Frachtvertrage nicht abgeleitet werden.

2. Baumgarten, EisenbE. **25** (Sonderheft) 1. Ein Streik der Eisenbahnbediensteten fällt nicht unter den Begriff der höheren Gewalt (vgl. auch §§ 458, 466).

§ 458. (§ 9 EisenbVerkO., Art. 29 Berner FrachtÜb.) 1. Baumgarten, EisenbE. **25** (Sonderheft) 1. Die Eisenbahn haftet für Streikschäden schlechthin, wenn es sich um absichtliche und schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen seitens des Personals handelt, auch wenn die massenhafte und planmäßige Arbeitseinstellung selbst von dem Standpunkte der Eisenbahn aus als unabwendbares und unverschuldetes Ereignis zu betrachten wäre. Nur dann wäre die Haftpflicht zu verneinen, wenn die streikenden Angestellten nicht aus freien Stücken oder ohne Verschulden vorgegangen wären. Abgesehen von diesem Ausnahmefalle besteht die Haftpflicht in gleichem Maße für den Streik des ständigen wie des vorübergehend angenommenen Personals. Ferner erstreckt sich die Haftpflicht nicht bloß auf den Fall des Verlustes, der Beschädigung und Lieferfristüberschreitung, sondern auf die gesamte Haftung auf Grund des Frachtvertrags, so z. B. auch wegen Versäumung der in der VerkO. vorgeschriebenen Verständigungen, die infolge Streiks öfter vorzukommen pflegt (vgl. auch §§ 456, 466).

2. OLG. **16** 133, EisenbE. **25** 8, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 329 (Hamburg). Für unrichtige Tarifauskünfte seitens eines Eisenbahnbeamten vor Abschluß des Frachtvertrags haftet die Eisenbahn nicht, wenn der Beamte nicht zu Auskünften bahnseitig bestellt war.

§ 459. (§ 77 EisenbVerkO., Art. 31 Berner FrachtÜb.) I. *Boethke, EisenbE. **24** 306. Die Frage, ob in den Fällen des § 459 die Eisenbahn einen Anspruch auf Fracht oder Teilfracht hat, läßt sich nicht einheitlich entscheiden. Die Ent-

scheidung hängt davon ab, ob die Voraussetzungen des § 645 BGB. vorliegen. Auch bei Ausschluß der Eisenbahn-Ersatzpflicht kann unter Umständen ein Frachtanspruch verneint werden.

II. Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 3. 1. Nehse, EisenbVereinsZ. **08** 1599. Die Eisenbahn haftet für eine Beschädigung leicht verderblicher Güter, die infolge schuldhafter Transportverzögerung entsteht, nicht wenn die Lieferfrist gewahrt ist (ebenso LG. München, EisenbVereinsZ. **08** 1128). Die Transportverzögerung kann sogar vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt sein. Die Eisenbahn haftet dagegen, wenn die Beschädigung durch ein anderes Versehen eines Eisenbahnbediensteten verursacht ist. Ist die Transportverzögerung so erheblich, daß die Lieferfrist überschritten ist, so haftet die Eisenbahn gemäß § 466, falls der Nachweis eines Schadens erbracht wird, für den vollen Schaden einschließlich des entgangenen Gewinns, der aber, wenn ein Interesse an der Lieferung nicht angegeben ist, durch den Betrag der ganzen Fracht, anderenfalls durch den angegebenen Betrag des Interesses begrenzt wird.

2. EisenbVereinsZ. **08** 169 (LG. Karlsruhe). Mit Rücksicht auf den Massenbetrieb und die gebotene Eile des Eisenbahntransports können nur solche Anweisungen auf dem Frachtgute Beachtung verlangen, die nicht nur sofort in die Augen springen, sondern auch sofort für jedermann klar verständlich sind (z. B. „oben", „unten" usw.), nicht aber solche, die allein schon zum Lesen einige Zeit erfordern. Die Eisenbahn haftet daher nicht für den Schaden, der aus der Nichtbeachtung einer Anweisung der letztgenannten Art entsteht.

3. OLG. **16** 136 (Cassel). Wenn die Bahn trotz der Vereinbarung des Transports in offen gebauten Wagen freiwillig mit Plandecken versehene Wagen verwendet hat, so kann ihr in solchem Falle keine Haftung dafür obliegen, daß der verwendete bedeckte Wagen gegen diejenige Gefahr, für welche sie beim Transport in offen gebauten Wagen nicht zu haften hat, ausreichenden Schutz gewähre, sondern es muß auch hier nur die beschränkte Haftung der Bahn Anwendung finden, da rechtlich die Verwendung der Plandecken als eine bloße Liberalität erscheint.

III. Abs. 2. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 77 (SchweizBundesG.). Die Rechtsvermutung, daß der Schaden aus der betreffenden Gefahr wirklich entstanden ist, liegt nur vor, wenn man annehmen kann, daß im konkreten Falle und in Betracht der tatsächlichen Verhältnisse der Verlust oder die Beschädigung wirklich aus einer der bezeichneten besonderen Gefahren hervorgegangen ist (anders die Kommentatoren und die Praxis der Gerichte in anderen Staaten).

2. BadRpr. **08** 154 (Karlsruhe). Bei der Beförderung eines Tieres auf der Eisenbahn gehört zu der mit der Beförderung verbundenen besonderen Gefahr auch die naheliegende Möglichkeit, daß das Tier durch die Erschütterung des Wagens, welche der ordnungsmäßige Betrieb mit sich bringt, zu Falle kommt.

IV. Abs. 3. 1. EisenbE. **25** 173 (ÖstObGH.). Die Sorgfalt des ordentlichen Frachtführers obliegt der Eisenbahn auch bezüglich der im § 459 aufgeführten Transporte. Die Teilung einer einheitlichen Sendung toten Geflügels durch die Bahn sowie die verspätete Avisierung des später am Bestimmungsort angelangten Teiles der Sendung begründen ein Verschulden der Bahn, das diese ungeachtet der Einhaltung der Lieferfrist für das Verderben dieses Teiles der Sendung haftpflichtig macht (abw. LG. München, EisenbVereinsZ. **08** 1128).

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 231, EisenbE. **25** 10 (ÖstObGH.). Auch in den Haftbefreiungsfällen haftet die Eisenbahn für Verschulden, z. B. bei Unterlassung der Fürsorge für nicht begleitete Tiertransporte. Sie ist keineswegs von jeder Fürsorge für das Gut befreit, muß vielmehr auch hier nach den allgemeinen Grundsätzen über das Frachtgeschäft die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers beobachten

§ 466. Abs. 1. (§ 86 EisenbVerkO., Art. 39 BernerFrachtÜb.) Baumgarten, EisenbE. **25** (Sonderheft) 1. Bei Versäumung der Lieferfrist infolge eines Streiks der Eisenbahnbediensteten haftet die Eisenbahn nicht, wenn es sich um einen unverschuldeten und durch die Massenhaftigkeit und Gleichzeitigkeit unabwendbaren Streik handelt (vgl. auch §§ 456, 458, 459 Abs. 1).

§ 471. Eger, EisenbE. **25** (Sonderheft) 43. Der § 471 schließt die Gründung einer Eisenbahngesellschaft als GmbH. nicht aus. Es steht auch dem nicht im Wege, daß eine ein Eisenbahnunternehmen betreibende physische Person sich mit anderen zu einer GmbH. zusammenschließt.

§ 472. Vgl. § 27 EisenbVerkO.

Eisenbahnverkehrsordnung im einzelnen.

Literatur: Blume, Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 nebst allgemeinen Ausführungsbestimmungen. Textausgabe mit Anmerkungen. — EisenbVereinsZ. **08** 817, 833, Die neue Eisenbahnverkehrsordnung. — Weber, Bahnsteigkarten, EisenbE. **25** (Sonderheft) 121.

§ 7. (Art. 11 BernerFrachtÜb.) SeuffA. **63** 323 (Hamburg). Aus dem im § 7 ausgesprochenen Grundsatze, daß jede Preisermäßigung gegenüber den Tarifen verboten und nichtig ist, folgt ohne weiteres das Recht der Bahn auf Nachzahlung, wenn in dem Frachtbriefe versehentlich ein zu niedriger Frachtsatz bahnseitig vermerkt war.

Dritter Abschnitt. Beförderung von Personen.

§ 16. 1. EisenbA. **08** 1268, EisenbVereinsZ. **08** 841. Kommt ein Teil eines Eisenbahnzugs außerhalb des erhöhten Bahnsteigs zum Halten, weil dies nach den Betriebsverhältnissen unvermeidlich ist, und haben infolgedessen einzelne Reisende beim Aussteigen einen größeren Abstand zwischen Trittbrett und Erdboden zu überwinden, so ist es Sache der Bahnverwaltung oder ihrer Bediensteten, den Reisenden beim Aussteigen behilflich zu sein oder sie mindestens auf die besondere Gefährdung aufmerksam zu machen.

2. **RG.** EisenbA. **09** 279, EisenbVereinsZ. **08** 1114, EisenbE. **24** 389 (S. a. zu § 276 Ziff. 7 mß BGB.) Der Beförderungsvertrag verpflichtet den Eisenbahnunternehmer, für die Sicherheit der beförderten Personen auch bei Benutzung der Ausgänge Sorge zu tragen. Der Zugang zu den Zügen muß unter demselben Gesichtspunkte betrachtet werden; nur ist hier zu berücksichtigen, daß, bevor durch Lösung einer Fahrkarte der Vertrag mit dem Eisenbahnunternehmer geschlossen ist, von einer vertragsmäßigen Haftung des letzteren nicht wohl gesprochen werden kann, so daß der Weg bis zu den Fahrkartenschaltern der Regel nach außerhalb des Vertrags fällt. Wenn aber der Reisende, z. B. weil er im Besitz einer Monatskarte ist, zu dem Unternehmer bereits in das Beförderungsvertragsverhältnis getreten war, so müssen naturgemäß auch die Zugänge zu den Zügen nach Maßgabe des Vertrags den Reisenden in sicherem Zustande bereitgehalten werden. Die Ansicht, daß die Vertragspflicht des Eisenbahnunternehmers erst mit dem Augenblick und an der Stelle beginne, wo der Reisende die Bahnsteigsperre passiere, ist irrig. Die Sperre ist von der Eisenbahn zur Erleichterung der Fahrkartenkontrolle eingeführt und weder für den Anfang noch für das Ende der Vertragspflichten von maßgebender Bedeutung.

§ 27. EisenbE. **24** 400, SeuffA. **63** 469, R. **08** 281 (Cassel). Die Haftung der Eisenbahn für den Schaden, der durch das Entweichen eines von einem Reisenden mitgenommenen, in dem Hundeabteil untergebrachten Hundes aus diesem Abteil entsteht, ist, da die EisenbVerkO. keine Bestimmung über die Haftung der Eisenbahn für Verlust oder Beschädigung der von den Reisenden mitgenommenen Sachen enthält, nach §§ 276, 278 BGB. zu beurteilen.

§ 34. Abs. 6. EisenbVereinsZ. **08** 1032 (ÖstObGH.). Von dem Augenblick an, wo ein vom Reisenden vergessenes Handgepäck von Beamten im Zuge aufgefunden und dem Stationsbeamten übergeben wird, ist die Eisenbahn Verwahrerin geworden. Auch wer freiwillig eine Verwahrung übernimmt, muß die Pflichten des Verwahrers erfüllen.

§ 49. Vgl. § 453 HGB.

§ 50. (Artt. 2, 3 BernerFrachtÜb.) EisenbE. **25** 120 (ÖstObGH.). Die Unterlassung der Deklaration von bedingungsweise zum Transporte zugelassenen Gütern ist wenigstens einer ungenauen Deklaration im Sinne des § 89 gleichzustellen und hat unter allen Umständen die Verwirkung des Schadensersatzanspruchs zur Folge. Die Anwendung der Vorschriften des BGB. in einer durch das Handelsgesetz und das Betriebsreglement geregelten Frage ist ausgeschlossen.

§ 51. Abs. 1e. (Art. 6 BernerFrachtÜb.) EisenbE. **25** 128 (ÖstObGH.). Es ist nicht erforderlich, daß der Absender die Anwendung von Ausnahmetarifen dem Wortlaute nach verlangt. Die Ausnahmetarife sind vielmehr auch dann anzuwenden, wenn die Partei die Voraussetzungen für ihre Anwendung tatsächlich erfüllt hat.

§ 53. (Art. 7 BernerFrachtÜb.) 1. EisenbE. **25** 119 (ÖstObGH.). Wenn die unrichtige Inhaltsangabe geeignet ist, eine Frachtverkürzung herbeizuführen, so ist das Doppelte des Unterschieds der Fracht im Sinne des § 53 Abs. 8 zu entrichten, ohne Rücksicht darauf, ob eine solche Verkürzung vom Aufgeber beabsichtigt war und ob ein Schaden wirklich entstanden ist.

2. LeipzZ. **08** 715 (Hamburg). Der Frachtzuschlag von 12 M. ist eine reine Vertragsstrafe, die gefordert werden kann, auch ohne daß ein Schaden überhaupt entstanden ist.

§ 56. (Art. 5 Berner FrachtÜb.). Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 357 (HG. Wien, bestätigt vom ÖstObGH.). Bei der im Abs. 4 enthaltenen Bestimmung, daß die Güter in der zum Transport angenommenen Reihenfolge zu befördern sind, kommt nicht allein der eigentliche Transport, die Fortbewegung der Güter in Betracht, sondern auch die Ablieferung des Gutes sowie überhaupt jeder zur Eingehung und Ausführung des Frachtvertrags erforderliche Akt. Verstößt die Eisenbahn schuldhaft gegen diese Bestimmung, so haftet sie für den entstehenden Schaden, z. B. den Untergang leicht verderblicher Güter, auch wenn die Lieferfrist an sich gewahrt ist.

§ 68. (Art. 19 BernerFrachtÜb.). 1. Epstein, EisenbVereinsZ. **08** 34. Die im § 63 festgesetzten Lieferfristen bilden nicht die im gewöhnlichen Verkehre vorkommenden regelmäßigen Fristen, sondern die Höchstfristen, bemessen mit Rücksicht auf alle in der Abfertigung wie im Transport obwaltenden erschwerenden Verhältnisse im Interesse der Bahnen. Es geht daher nicht an, diese Höchstfristen noch zu erweitern und namentlich durch die Bestimmung des § 68 Abs. 2 betreffs des Ruhens der Benachrichtigungspflicht auszudehnen. Dieser Absicht soll durch den Schlußsatz „die Festsetzungen über die Lieferfrist werden hierdurch nicht berührt“ vorgebeugt werden, keineswegs dagegen ist damit gemeint, daß die Bahnen, wenn sie der Benachrichtigungspflicht nicht nachkommen, sich auf die gesetzliche Lieferfrist berufen können.

2. EisenbE. **25** 5 (LG. Karlsruhe). Wird einem von der Bahn nach § 68 Abs. 3 bestellten Güterbestätter ein Transport nach einem außerhalb seines Bestättereibezirks gelegenen Orte übertragen, so gilt er für diesen Transport nicht als amtlicher Rollfuhrunternehmer, auch dann nicht, wenn ihm die Transporte nach diesem Orte regelmäßig von der Bahn übertragen wurden.

§ 70. (Art. 24 BernerFrachtÜb.). Janzer, EisenbVereinsZ. **08** 269. Die frachtrechtliche Sondervorschrift des § 70 findet eine notwendige Ergänzung in den Bestimmungen des BGB. über den Verzug. Einmal mildert sich die Haftung des

Frachtführers wesentlich, wenn dem Vertragsgegner Gläubigerverzug zur Last fällt, da der erfüllungsbereite Schuldner von nun ab nur noch für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. Ferner kann aber § 70 manchmal gar nicht angewendet werden. Wenn nämlich der Empfänger schlechthin in den Frachtvertrag eingetreten ist und nicht mehr die Möglichkeit hat, gemäß § 90 die Annahme zu verweigern, ist ein Verfahren gemäß § 70 gegenstandslos, und an seine Stelle treten die Bestimmungen über den Gläubigerverzug nach dem BGB. Ebenso müssen diese Bestimmungen dem Absender gegenüber helfen, soweit sie etwa, abgesehen von der Haftungserleichterung, dem erfüllungsbereiten Schuldner einen weitergehenden Schutz gewähren als § 70.

§ 75. (Art. 30 BernerFrachtÜb.). Janzer, EisenbVereinsZ. **08** 269. Mit der Ablieferung, d. h. mit dem Augenblick, in dem die Eisenbahn den zum Zwecke der vereinbarten Beförderung erlangten Gewahrsam mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Empfängers wieder aufgibt und diesen in den Stand setzt, über das Gut zu verfügen, erlischt noch nicht die Haftung der Bahn aus dem Frachtvertrage. Das Gut muß daher, soweit es nicht zuzurollen ist, auf der Bestimmungsstation nicht nur bereit gestellt, sondern auch binnen einer angemessenen Frist bereit gehalten werden. Während dieser Zeit haftet die Bahn, zwar nicht mehr nach den strengen Grundsätzen des § 75, sondern nur noch wie ein Verwahrer, aber nicht auf Grund einer selbständigen Verpflichtung zur Verwahrung, sondern noch auf Grund des Frachtvertrags. Die Bahn hat außerdem noch weiter zu leisten zwecks Beendigung der Beförderung, sie hat sich aller Handlungen zu enthalten, die die Abnahme vereiteln oder unverhältnismäßig erschweren, und muß für allen Schaden aufkommen, der dem Berechtigten durch die mangelnde Bereitschaft des Gutes entsteht.

§ 77. (Art. 31 BernerFrachtÜb.). 1. EisenbE. **24** 341, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 326 (ÖstObGH.). Wenn ein Schaden aus dem äußerlich erkennbaren Mangel der Verpackung entstanden ist, kann sich die Bahn auf die die Haftpflicht ausschließende Bestimmung des § 77 Abs. 2 nur berufen, wenn der Aufgeber den Mangel der Verpackung auf dem Frachtbrief anerkannt hat. Eine von dem Absender abgegebene besondere Erklärung genügt nicht.

2. EisenbE. **25** 160, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 395 (ÖstObGH.). Der Gegenbeweis zur Entkräftung der im § 77 Abs. 2 aufgestellten gesetzlichen Vermutung kann in zweierlei Weise geführt werden, entweder unmittelbar durch den Beweis, daß der eingetretene Schaden nach den Umständen des Falles aus der von der Bahn nicht übernommenen Gefahr nicht entstehen konnte, oder mittelbar durch den Beweis, daß eine bestimmte andere, mit der gefährlichen Beschaffenheit des Frachtguts in keinerlei Zusammenhang stehende Ursache den Schaden bewirkt hat.

3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 357 (ÖstObGH.). Die Eisenbahn haftet unter Umständen für den an leicht verderblichen Gütern infolge Verzögerung der Auslieferung entstandenen Schaden auch dann, wenn die Lieferfrist gewahrt ist. Die Lieferfristen des Betriebsreglements (Verkehrsordnung) sind so weit gesteckt, daß innerhalb derselben Güter, die einem raschen Verderben unterliegen, wie das Fleisch frisch geschlachteter Tiere, ohne weiteres zugrunde gehen können. Wenn man also annehmen würde, daß durch die bloße Einhaltung der Lieferfristen die Bahn jedenfalls gedeckt ist, mögen während des Transports und bis zur Ablieferung was immer für Versehen unterlaufen sein, so käme man zu dem Resultate, daß die Parteien in solchen Fällen trotz des Verschuldens der Bahnorgane für den wirklich erlittenen Schaden fast niemals Ersatz verlangen könnten, weil die weite Lieferfrist nur selten überschritten sein wird. Dies ist vom Gesetze nicht gewollt. — Das Zentralamt f. d. IntEisenbTr knüpft an diese Entscheidung längere Erörterungen über ihre Bedeutung für den internationalen Eisenbahnverkehr, worin es unter anderem ausführt, daß der Abs. 3

des § 77 VerkO. zwar dem Berner Übereinkommen fremd sei, daß der darin ausgesprochene Grundsatz aber so natürlich sei, daß er auch als ungeschriebenes Recht für den internationalen Verkehr in Anspruch genommen werden dürfe (abw. LG. München, EisenbVereinsZ. **08** 1128).

4. Vgl. zu § 459 HGB.

§ 82. (Art. 36 BernerFrachtÜb.) Boethke, EisenbE. **24** 407. Das Wort „kostenfrei" ist dahin aufzufassen, daß keine Mehrkosten entstehen dürfen und daß bei Rückbeförderung an den Absendungsort keine Fracht zu erheben ist.

§ 88. (Art. 41 BernerFrachtÜb.) EisenbE. **25** 122 (ÖstObGH.). In der Verschleppung leicht verderblicher Güter ist eine grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn zu erblicken, die den Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens rechtfertigt.

§ 90. (Art. 44 BernerFrachtÜb.) I. 1. OLG. **16** 132, LeipzZ. **08** 83 (Hamburg). Die Ansprüche gegen die Eisenbahnverwaltung erlöschen im Falle des § 90 Abs. 1 auch bei frankierten Sendungen.

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 18 (ÖstHandels- u. WechselG.). Auf eine vorbehaltlose Annahme des Gutes kann sich die Eisenbahn nicht berufen, wenn der mit der Auslieferung des Gutes betraute Eisenbahnbedienstete von der Beschädigung vor der Auslieferung Kenntnis erhielt und es trotzdem unterließ, ein Tatbestandsprotokoll aufzunehmen.

3. HansGZ. **08** 213 (Hamburg). Eine in einem eingeschriebenen Paket enthaltene Reklamation ist in dem Augenblicke bei der Eisenbahn angebracht, in dem dem abholenden Boten der Bahn die Paketadresse postseitig übergeben ist, denn in diesem Augenblicke hat die Bahn die Möglichkeit erlangt, sich auf Grund der von ihr zu quittierenden Paketadresse in den Besitz des Pakets zu setzen.

II. Abs. 2. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 17 (ÖstObGH.). Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Versäumung der Lieferfrist ist an die für die Anbringung der Reklamation vorgeschriebene 14 tägige Frist nicht gebunden, wenn Arglist oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn vorliegt.

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 293 (ÖstObGH.). Wenn im Abs. 2 Ziff. 4 von Entschädigungsansprüchen wegen äußerlich nicht erkennbarer Mängel die Rede ist, so sind darunter offenbar im Gegensatze zu den im § 71 erwähnten, durch Verlust, Minderung und Schädigung entstandenen, äußerlich nicht erkennbare innere Mängel zu verstehen, welche die Qualität der Ware betreffen, da ja nur diese Mängel bei Übernahme der Ware trotz deren Untersuchung sich der Wahrnehmung entziehen können, während die Mängel des § 71 der Übernehmer der Ware bei deren Untersuchung sofort erkennen kann, bzw. erkennen muß. — Das Zentralamt f. d. Int. EisenbTr. erachtet diese Auslegung in der an die Entscheidung geknüpften Bemerkung für bedenklich.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr im einzelnen.

Literatur: Calmar, Bemerkungen zu dem Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890; seine organischen Mängel; die Streitfragen, welche es hervorruft, Bulletin des IntEisenbKongrVerb. **08** 609, 1329. — Eger, Das Verfügungsrecht des Absenders nach dem internationalen Eisenbahntransportrechte, HirthsAnn. **08** 669. — Eschenbach, Die neuen einheitlichen reglementarischen Bestimmungen für den Eisenbahn-Güterverkehr, EisenbVereinsZ. **08** 1521. — Reindl, Das Internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 nach den Ergebnissen der Berner Revisionskonferenz vom 4.—18. Juli 1905 und dem Zusatzübereinkommen vom 19. September 1906, EisenbE. Anlageheft 1 zu 25. — Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 226, über das Verfahren bei der Ablieferung und insbes. die Avisierung der am Bestimmungsort angekommenen Güter. — Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 3, Kommen die bei Anwendung von Spezialtarifen zu reduzierten Preisen zur Geltung

gelangenden Zuschlagsfristen der Gesamtheit der bei einem Transporte beteiligten Eisenbahnen oder nur der Strecke zugute, für welche die Taxe des Spezialtarifs bewilligt ist. — Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 263, Über die Streitverkündigung im Rückgriffsverfahren.

Zu Art. 1. 1. Calmar weist auf zahlreiche Mängel hin, die das Übereinkommen nach seiner Ansicht besitzt. Er findet solche namentlich in der wiederholten Bezugnahme auf die landesgesetzlichen Bestimmungen, wie sie z. B. im Art. 7 über das Recht und die Pflicht der Bahn zur Feststellung des Gewichts und der Stückzahl der Güter, im Art. 19 über das Verfahren bei der Ablieferung, im Art. 22 über die Wirkungen des der Bahn zustehenden Pfandrechts, im Art. 24 über das Verfahren bei Ablieferungshindernissen, im Art. 25 über die Feststellung des Tatbestandes bei teilweisem Verlust oder Beschädigung und im Art. 45 über die Unterbrechung der Verjährung enthalten ist, und hebt hervor, wie schwer es den Verfrachtern, den Eisenbahnverwaltungen und den Richtern der einzelnen Vertragsstaaten sein müsse, sich in dieser Beziehung auf dem laufenden zu erhalten. Weiter wird den Schöpfern des Übereinkommens der Vorwurf gemacht, daß die Begriffe der höheren Gewalt, des Zufalls, der Arglist und des groben Verschuldens nicht durch eine nähere Umschreibung festgelegt sind. — Im zweiten Teile der Abhandlung führt der Verf. unter der Überschrift „Die Streitfragen" eine lange Reihe von Fällen an, in denen die Bestimmungen des Übereinkommens zu sich widersprechenden Entscheidungen der angerufenen Gerichte oder zu zwiespältigen Erörterungen in der Presse Veranlassung gegeben haben. — Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 178 wird die Abhandlung von Calmar kritisch besprochen.

2. **RG. 67** 171, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 298, EisenbVereinsZ. **08** 377. Die Vorschrift des § 254 BGB. über konkurrierendes Verschulden findet auch Anwendung bei Schuldverhältnissen, die sich auf Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr gründen. S. a. BGB. § 254 Ziff. 8.

Art. 1. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 10 (SchweizBundesG.). Der von irgendeiner Station eines Staatsgebiets nach einer Grenzstation im benachbarten Staate aufgegebene Transport untersteht den für die Versandstation geltenden Gesetzen und Reglements, sofern die Beförderung nicht auf internationalen Frachtbrief erfolgt ist.

2. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 74 (OLG. Wien u. ÖstObGH.). Klagen auf Schadensersatz wegen Beraubung eines Reisekoffers können nicht auf das BernerFrachtÜb. gestützt werden.

Art. 7. 1. **RG. 67** 276, EisenbVereinsZ. **08** 1450, JW. **08** 117. Die Anwendung des Art. 7 Abs. 4 BernerFrachtÜb. ist nicht auf Güter beschränkt, die in einer Verpackung aufgegeben werden, sondern auch auf unverpackte Güter zu erstrecken. Eine Deklaration ist nicht schon deshalb als unrichtig im Sinne des Art. 7 Abs. 4 anzusehen, weil sie mit Rücksicht auf die Anwendung des Tarifs — insbesondere wenn dessen wahre Bedeutung nicht ohne weiteres klar ist, sondern erst mit den technischen Mitteln der Auslegung festgestellt werden kann — unzutreffend erscheint. Das Merkmal der Unrichtigkeit liegt vielmehr der Regel nach nur dann vor, wenn die Bezeichnung auch ohne Rücksicht auf den Tarif nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als falsch erscheinen muß. Nur dann wird man die Beziehung auf den Tarif allein für entscheidend ansehen dürfen, wenn sich der Deklarant der wahren Bedeutung des Tarifs wohl bewußt war und die hiernach unzutreffende Bezeichnung zu dem Zwecke gewählt hatte, um eine Frachtberechnung nach einer in Wahrheit nicht anwendbaren, ihm günstigeren Tarifposition herbeizuführen.

2. Abs. 4. Ztschr. f. IntEisenbTr. **08** 104 (ÖstObGH.). Die Versandbahn kann im internationalen Verkehre belangt werden, wenn eine spätere Bahn ungerechtfertigterweise einen Frachtzuschlag für unrichtige Inhaltsdeklaration erhebt. Die

Verpflichtung zur Zahlung des Frachtzuschlags ist von dem guten Glauben des Absenders unabhängig.

Art. 8. 1. Abs. 4. EisenbE. **24** 372 (SchweizBundesG.). Wenn das Aufladen der Ware nicht von der Bahn, sondern vom Absender besorgt wird, so sind die Angaben des Frachtbriefs über das Gewicht der Ware gegenüber der Endbahn nur dann beweiskräftig, wenn die Ware von den Organen der Aufgabebahn nachgewogen und deren Nachwiegung auf dem Frachtbriefe beurkundet wurde. Das letztere Erfordernis fällt auch da nicht fort, wo nach der Transportordnung des Landes der Aufgabebahn diese eine surveillance spéciale über die Ware übernommen hat.

2. Abs. 6. **RG.** EisenbE. **25** 164. Das Frachtbriefduplikat hat zwar nicht die Bedeutung der handelsrechtlichen Dispositionspapiere, es steht jedoch nichts im Wege, seine Übergabe als Ausdruck der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe aufzufassen.

Art. 10. Abs. 3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 261 (Bescheid des Zentralamts f. d. IntEisenbTr.). Nur in dem Falle, wo die Zollbehandlung am Bestimmungsorte der Sendung erfolgt, hat der Empfänger das Recht, sie selbst zu besorgen, wenn nicht im Frachtbrief etwas anderes festgesetzt ist. Daß auf Zwischenstationen dem Empfänger die Möglichkeit gegeben werden müßte, die Zollbehandlung vorzunehmen oder ihr beizuwohnen, ist im Übereinkommen nirgends ausgesprochen. Hierzu ist vielmehr nach Abs. 4 lediglich der Verfügungsberechtigte, d. h. solange das Gut unterwegs ist, der Absender befugt.

Art. 11. Abs. 3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 366, EisenbE. **24** 348 (KG.). Die Bestimmung, daß die Eisenbahn ihre Auslagen gehörig festzustellen und in dem Frachtbrief ersichtlich zu machen hat und daß die in dem Frachtbrief ersichtlich gemachten Auslagen zu ersetzen sind, ist nicht dahin zu verstehen, daß die Beträge in dem Frachtbriefe selbst zahlenmäßig verzeichnet sein müssen, es genügt vielmehr, wenn sie sich aus den in Bezug genommenen Reglements und Tarifen berechnen lassen.

Art. 12. Abs. 4. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 366, EisenbE. **24** 348 (KG.). Auch der Spediteur als Empfänger (Adreßspediteur) hat die zu wenig gezahlten, aus dem Frachtbrief ersichtlichen Beträge (Fracht, Zollgebühren rc.) nachzuzahlen, gleichviel ob er dieselben von dem eigentlichen Empfänger nachträglich beitreiben kann.

2. **RG. 67** 276, EisenbE. **24** 291, JW. **08** 117. Die im Art. 12 Abs. 4 Satz 2 BernerFrachtÜb. festgesetzte Frist ist keine Ausschluß-, sondern eine Verjährungsfrist. Diese Verjährung greift insoweit Platz, als der Anspruch auf Rückerstattung außer auf die unrichtige Anwendung des Tarifs noch auf andere Gründe, insbesondere auf die Behauptung gestützt ist, daß eine unrichtige Inhaltsangabe im Sinne des Art. 7 Abs. 4 nicht vorliege.

3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 328 (AppellSen. des Budapester Handels- u. WechselG.). Die kurze Verjährungsfrist findet keine Anwendung auf solche Ansprüche, die daraus entstehen, daß die Eisenbahn nach Erfüllung des Frachtvertrags irrtümlicherweise einen Frachtbetrag an die Partei zurückerstattete.

Art. 14. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 3 wird die Frage erörtert, ob die bei Anwendung von Spezialtarifen zu reduzierten Preisen zur Geltung gelangenden Zuschlagsfristen der Gesamtheit der bei einem Transporte beteiligten Eisenbahnen oder nur der Strecke zugute kommen, für welche die Taxe des Spezialtarifs bewilligt ist. Bestimmte Stellung zu dieser Frage wird nicht genommen.

2. (Ausführungsbestimmungen § 6 zu Art. 14.) Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 238, EisenbE. **24** 343 (BezirksG. f. HS. Prag). Eine Betriebsstörung ist ein Umstand, der ohne oder gegen den Willen der Bahn die Beförderung mechanisch stört, z. B. Einsturz (Brücken, Tunnel), Berstung des Schienenstranges, Zusammenstoß mit

folgender Verlegung des Weges ꝛc. Überfüllung eines Bahnhofs fällt nicht unter den Begriff der Betriebsstörung.

Art. 15. 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 172 (HG. Lüttich). Es ist dem Absender gestattet, auf das ihm gewährte Verfügungsrecht zu verzichten. Hat er dies getan, so ist der Empfänger befugt, die aus dem von jenem sowohl in seinem wie im Interesse des Empfängers abgeschlossenen Frachtvertrage sich ergebenden Rechte geltend zu machen.

2. Abs. 1 Satz 3. Eger, HirthsAnn. **08** 679. Unzulässig heißt, daß die Annahme anderer als der in Satz 1 und 2 angeführten Verfügungen seitens des Absenders von der Eisenbahn nicht gefordert werden darf und diese berechtigt ist, sie zurückzuweisen, sodaß sie sich den anderen beteiligten Bahnen gegenüber durch eine demungeachtet erfolgte Annahme und Ausführung verantwortlich macht. Hat aber die Eisenbahn eine derartige unzulässige Verfügung angenommen und zur Ausführung gebracht, so haftet sie dafür in gleicher Weise wie für die Erfüllung der anderen, ihr aus dem Frachtvertrag obliegenden Verpflichtungen. Sie kann sich einem Schadensersatzanspruche des Absenders gegenüber wegen Nichtausführung oder mangelhafter Ausführung nicht darauf berufen, daß die Verfügung an sich unzulässig gewesen, d. h. nichtig sei.

3. Abs. 2 Satz 1. Eger aaO. 683. Die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, daß für die Ausübung des Verfügungsrechts lediglich die formelle Legitimation des Absenders durch die Duplikatvorweisung maßgebend, jede andere (materielle) Art des Legitimationsnachweises dagegen ausgeschlossen sein soll. Hiervon ist nur bei Annahmeverweigerung des Empfängers gemäß Art. 24 Abs. 1 Satz 4 aus Zweckmäßigkeitsgründen eine Ausnahme gemacht. Hieraus ergibt sich, daß jede Verfügung des Absenders ohne die formelle Legitimation durch Vorweisung des Frachtbriefduplikats — abgesehen von der vorbezeichneten Ausnahme — ganz allgemein und absolut für nichtig erklärt und als eine besondere Folge dieser Nichtigkeit dem Empfänger, dem der Absender das Frachtbriefduplikat übergeben hat, gegen die Eisenbahn, welche die nichtige Verfügung ausgeführt hat, ein Schadensersatzanspruch verliehen ist. Hat der Absender das Frachtbriefduplikat verloren, so können die im Art. 15 Abs. 1 aufgeführten Verfügungsrechte überhaupt nicht ausgeübt werden. Ihre Ausübung ruht, bis der Absender es wiedergefunden oder die Amortisation veranlaßt hat oder der Empfänger gemäß Abs. 4 in den Frachtvertrag eingetreten ist oder den Eintritt durch Annahmeverweigerung erweislich abgelehnt hat.

4. Abs. 2 Satz 2. Eger aaO. 680. Der Schadensersatzanspruch des Empfängers gegen die Eisenbahn aus der unberechtigten Befolgung nichtiger Verfügungen des Absenders ist kein Anspruch aus dem Eisenbahnfrachtvertrage, sondern ein Anspruch ex lege, der dem Empfänger als designierten künftigen Kontrahenten mit Rücksicht auf sein hierdurch und durch die Übergabe des Frachtbriefduplikats begründetes rechtliches Interesse gegen die Bahn gewährt ist. — 683 werden die Abs. 3 und 4 näher erläutert.

5. Abs. 5. Eger aaO. 690. Die Störung des regelmäßigen Transportverkehrs ist nicht die einzige Voraussetzung, unter der die Ausführung der Anweisungen des Absenders verweigert, verzögert oder geändert werden darf. Vielmehr kann dies auch aus anderen triftigen Gründen, wie Mangel an regelmäßigen Transportmitteln, höhere Gewalt, Nichterfüllung der Bedingungen des Übereinkommens, geschehen.

6. Abs. 6. Eger aaO. 690. Die im Abs. 6 aufgeführten Formvorschriften beziehen sich ausschließlich auf die im Abs. 1 vorgesehenen Verfügungen. Andere aus dem Vertragsrechte sich ergebende Verfügungen des Absenders, sowie die Verfügungen des Empfängers bedürfen dieser Formen nicht und sind daher auch ohne deren Beobachtung rechtsgültig.

7. Abs. 7. Eger aaO. 692. Jede Verfügung des Absenders, bei der auch nur eine der im Abs. 6 vorgeschriebenen Formen nicht beachtet ist, ist nichtig. Mangels einer Bestimmung im Übereinkommen gelten die Grundsätze und Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach Maßgabe der einzelnen Landesgesetze.

8. Abs. 8. Eger aaO. 693. Der Abs. 8 trifft nur Bestimmung über den Kostenanspruch aus der Ausführung der Verfügungen des Absenders, nicht aber auch darüber, ob im Falle der gemäß Abs. 1 verfügten Rückgabe des Gutes auf der Versand- oder einer Zwischenstation die Eisenbahn den Anspruch auf die volle Fracht bis zur Bestimmungsstation behält oder mit Rücksicht auf ihre verringerte Leistung eine Minderung des Frachtanspruchs eintritt. Es greift vielmehr der allgemeine Grundsatz Platz, daß die Eisenbahn zwar nicht auf der ursprünglichen Ausführung des Frachtvertrags bestehen, daß aber durch die Verfügung ihre kontraktliche Lage nicht verschlechtert werden darf. Insofern also nicht in die internationalen Tarife eine entsprechende Beschränkung aufgenommen ist, hat die Bahn den Anspruch auf die volle Fracht bis zur Bestimmungsstation.

Art. 17. OLG. **16** 133, SeuffA. **63** 323, EisenbE. **25** 135 (Hamburg). Die Verpflichtung des Empfängers zur Zahlung der Fracht erstreckt sich auch im internationalen Verkehre nicht bloß auf die im Frachtbriefe notierten, sondern allgemein auf diejenigen Frachtbeträge, die tarifgemäß auf Grund des Frachtvertrags geschuldet werden. Der Empfänger ist zur Nachzahlung auch verpflichtet, wenn in dem Frachtbriefe von seiten der Bahn versehentlich ein zu niedriger Frachtsatz vermerkt ist (vgl. Artt. 11, 12, 19).

Art. 19. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 291 wird ausgeführt, daß der Empfänger, wenn ihm trotz vorheriger Feststellung des Verlustes des Gutes dessen Eingang avisiert wird und die Eisenbahn die Fracht und Nachnahme von ihm einzieht, bevor das Gut wieder aufgefunden ist, die gezahlte Summe zurückfordern kann.

Art. 26. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 106, EisenbE. **24** 342 (Französ. KassH.). Ist der Empfänger des Gutes der Mandatar oder Repräsentant des Absenders und dieser im Besitze des Frachtbriefduplikats geblieben, so steht dem Absender auch noch das Verfügungsrecht über das Gut zu und damit die Befugnis, die Eisenbahn gerichtlich zu belangen.

Art. 27. Vgl. Art. 7 Abs. 4.

Art. 30. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 173, EisenbE. **24** 379 (HG. Lüttich). Die Verweigerung der Auslieferung des Gutes durch die Eisenbahn muß gleichgeachtet werden dem gänzlichen Verlust, unter welchen Begriff alle Umstände fallen, die den Empfänger an der Besitznahme des Frachtguts hindern.

Art. 31. Abs. 3. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 135, EisenbE. **24** 345 (Französ. KassH.). Wenn auch gemäß dem jeweils in Betracht kommenden Spezialtarife die Verladung auf der Abgangsstation und die Ausladung am Bestimmungsorte dem Absender bzw. dem Empfänger obliegt, so ist die Eisenbahn doch verpflichtet, für die dazu erforderlichen Operationen ein Sicherheit bietendes Material zur Verfügung zu stellen, und für einen infolge Vernachlässigung dieser Verpflichtung entstehenden Schaden verantwortlich.

Art. 38. Vgl. Art. 40.

Art. 39. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 268, EisenbE. **25** 145 (App.- u. KassH. Bern). Schadensersatz wegen Überschreitung der Lieferfrist kann nicht gefordert werden, wenn diese durch Mängel der Begleitpapiere oder der Zollbehandlung herbeigeführt ist (vgl. außerdem Art. 14).

Art. 40. EisenbE. **24** 391 (AppSen. des Handels- u. WechselG. Budapest). Wenn eine Deklaration des Interesses an der Lieferung stattgefunden hat, kann der für die versäumte Lieferfrist zu zahlende Schadensersatz nicht geringer sein, als wenn die Sendung ohne Interessedeklaration aufgegeben worden wäre. Die im Art. 40 letzter

Absatz enthaltene Beschränkung, wonach die Vergütung den deklarierten Betrag nicht übersteigen darf, kann nur auf den Fall bezogen werden, daß der deklarierte Betrag den ohne Interessedeklaration gebührenden Ersatz übersteigt.

Art. 41. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 108 (Budapester Königl. Tafel). Die Verwechselung von zwei dieselben Warengattungen enthaltenden Wagenladungen bildet nicht ohne weiteres eine grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn. Der Anspruchsberechtigte muß vielmehr den Nachweis einer solchen, unter Bezeichnung der näheren Umstände, aus dem sie gefolgert werden soll, führen.

Art. 44. Abs. 4. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 294 wird die Frage erörtert, inwieweit der Adressat einer Sendung zur Zahlung einer Nachnahme trotz des Verlustes eines Teiles des Gutes verpflichtet sein kann.

Art. 50. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **08** 263 werden die Bestrebungen nach Vereinfachung der Streitverkündung im Rückgriffsverfahren in ihrer historischen Entwickelung dargestellt. Sie sind vorläufig gegenstandslos geworden, da die am Übereinkommen beteiligten Bahnen (mit Ausnahme der russischen) in dem am 1. Juli 1907 in Kraft getretenen Übereinkommen vereinbart haben, daß Entschädigungen aller Art, die aus internationalen Gütertransporten gezahlt werden müssen, ohne Rücksicht auf das etwaige Verschulden der einen oder der anderen Bahn unter die sämtlichen an dem betreffenden Transporte beteiligten Bahnen nach Verhältnis der vom Transporte durchlaufenen oder nach den Begleitpapieren zu durchlaufenden Kilometerzahl verteilt werden sollen. Besondere Vereinbarungen über den Rückgriff sind auch in den für den Verkehr mit den russischen Bahnen bestehenden Verbandstarifen getroffen.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Außer dem vorzüglichen, in der Göschenschen Sammlung erschienenen Werkchen von Otto Brandis (Das deutsche Seerecht, Leipzig 1908, 2 Bände) sind auf seerechtlichem Gebiete nur vereinzelte, unten berücksichtigte Abhandlungen und Kritiken erschienen. Der Quell der Judikatur ist dagegen reichlich, wie immer, geflossen. — Die Venediger Beschlüsse sind von Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 1 ff., **64** 289 ff. und Bredmann, GoldschmidtsZ. **64** 242 ff., eingehend kritisiert worden; s. auch Schaps, Dokumente des Fortschritts **08** 1070 ff. Sie stehen auf der Tagesordnung einer im Sommer 1909 in Brüssel abzuhaltenden diplomatischen Konferenz.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 481. 1. Brandis I 60 rechnet die zu Lade- und Löscharbeiten engagierten Stauer und die Schlepperbesatzung nicht zur Besatzung des Schiffes. Ebenso für die Stauer: Ritter, ABürgR. **32** 475, Boyens, GoldschmidtsZ. **63** 329; anders Schaps, JLBl. **20** 164, HansGZ. **08** Hptbl. 29 und 129 (Hamburg). Vgl. hierzu JDR. **6** 709.

2. SchlHolstAnz. **08** 234 (Kiel). Der Hafenlotse gehört zur Schiffsbesatzung.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **08** 58. Der Reeder haftet für Gesundheitsschädigungen, die den in seinen Diensten befindlichen Personen durch die mangelhafte Beschaffenheit der Diensträume erwachsen.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 484. 1. Brandis I 92. Zur Binnenschiffahrt bestimmte Schiffe, auch wenn sie gelegentlich einmal die See befahren, werden nicht nach dem Seerechte des IV. Buches des HGB. behandelt. Zweifelhaft aber ist, ob Artt. 6 und 7 EG. HGB. auch auf Binnenschiffe, die ausnahmsweise die See befahren, zu beziehen sind. Dies verneint Pappenheim 13, bejaht Schaps 73.

2. Ritter, ABürgR. 32 473. Der Reeder, der bewirkt, daß sein Schiff in das Seeschiffsregister eingetragen wird, oder der bewußt duldet, daß es dort eingetragen bleibt, kann nicht geltend machen, daß er das Schiff nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt habe.

§ 489. 1. SchlHolstAnz. **08** 136 (Kiel). Die Wirksamkeit des Reedereivertrags ist nicht von der Eintragung der Mitreeder ins Schiffsregister abhängig.

2. Brandis I 35. Die Reederei tritt nicht als selbständiges Rechtssubjekt auf: die einzelnen Mitreeder müssen daher klagen und verklagt werden (abgesehen von der prozessualen Stellvertretung durch den Schiffer). Vgl. JDR. **6** zu § 789.

3. Brandis I 43. Der einzelne Mitreeder hat keine Rechte gegen Dritte, sondern nur die Majorität oder der Korrespondentreeder. Zahlt der Dritte diesen, so wird er ganz, zahlt er dem einzelnen Mitreeder, so wird er gar nicht liberiert. Anders Schaps 95, 125.

§ 503. **RG. 68** 65, HansGZ. **08** Hptbl. 98, DJZ. **08** 593. Der Erwerb von Parten deutscher Schiffe durch einen Ausländer ohne Zustimmung aller Mitreeder ist nichtig. Den gezahlten Kaufpreis kann der Ausländer nur zurückfordern, wenn ihm das Verbot des deutschen Rechtes nicht bekannt war, anderenfalls ist mit Rücksicht auf BGB. § 817 die Zurückforderung nicht zulässig (bestätigt die JDR. **6** zu § 503 unter Ziff. 2 abgedruckte Entscheidung des HansOLG.).

§ 504. *Wimpfheimer 3. Auch bei der Reederei ist eine Liquidation möglich.

§ 506. 1. SchlHolstAnz. **08** 136 (Kiel). Der Korrespondentreeder ist im Liquidationsverfahren befugt, die Reederei in Prozessen gegen frühere Mitreeder auf Zahlung von Zubußen zu vertreten.

2. SchlHolstAnz. **08** 136 (Kiel). Die Zustimmung zur Abweichung von den Vorschriften des § 506 über die Liquidation der Reederei kann auch stillschweigend erfolgen.

§ 510. Brandis I 45. Dem Ausrüster fallen die Versicherungskosten zur Last (gegen Boyens I 302).

§§ 510. (662). Wüstendörfer, HansGZ. **08** Beil. 5 ff. kritisiert die herkömmlichen Begriffe des Chartervertrags und des Ausrüsterverhältnisses und akzeptiert die vom RG. angenommene Zwischenform der locatio navis et operarum magistri (**RG. 48** 89, **56** 360, **69** 129). Über die Folgerungen aus der Annahme dieser Zwischenform s. Boyens, GoldschmidtsZ. **63** 329, 339.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 511. Brandis I 48. Der Anstellungsvertrag des Schiffers ist regelmäßig ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. So auch Schaps 140; Perels, GoldschmidtsZ. **58** 17.

Zusatz zu § 511. Schiffsmakler. HansGZ. **08** Hptbl. 76 (Hamburg). Ein Schiffsmakler, der die Besorgung der Entlöschung eines Schiffes übernommen hat, handelt schuldhaft und ist dem Reeder schadensersatzpflichtig, wenn er dieselbe durch Beteiligung an der Aussperrung der Schauerleute, die an der Maifeier teilgenommen haben, verzögert.

§ 512. Brandis I 57. Der Schiffer muß sich den Ladungsbeteiligten gegenüber, soweit er als ihr Vertreter gehandelt hat, exkulpieren. So auch Schaps 144, 211; anders HansGZ. **90** Hptbl. 77, **01** Hptbl. 93 (Hamburg).

§ 513. Literatur: Schulze, Verschiffungspapiere, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis 1 334 ff.

Zusatz zu § 513. Schiffsklassifikation. 1. Thumm, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 64 ff., gibt gemeinverständliche Darlegungen über die Klassifikation der Seeschiffe.

2. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 77, **07** Hptbl. 15 (Hamburg). Haftung von Schiffsklassifikationsinstituten Dritten gegenüber bei Ausstellung unrichtiger Klassifikationszertifikate.

§ 514. Rühl, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 409 ff., gibt gemeinverständliche Ausführungen über die Stauung von Seeschiffen.

§ 526. Brandis I 50. Der Schiffer kann im Heimatshafen auch Schiffsleute entlassen (mit Wittich, GoldschmidtsZ. **57** 161).

§§ 526 ff. Wüstendörfer, HansGZ. **08** Beil. 4 ff., kritisiert die gesetzliche Vollmacht des Kapitäns nach dem HGB. im Hinblick auf die heutige Wirtschaftsentwickelung.

§ 547. HansGZ. **08** Hptbl. 2 (Hamburg). Der Reeder, welcher dem Schiffer oder Schiffsmanne freie Rückbeförderung zu gewähren hat, hat ihn nicht etwa selbst zurückzubefördern oder für die Rückbeförderung aufzukommen, ein Verschulden des befördernden Schiffes zu vertreten.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

Literatur: Schneider, Seefrachttarife, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 103 ff. — Wüstendörfer, Neue Ziele der Seerechtsentwickelung im Hinblick auf Wirtschaft und Technik des modernen Seeverkehrs, HansGZ. **08** Beibl. 1 ff.

§ 556. 1. **RG. 69** 127. Ein Vertrag, durch welchen der Reeder sein Schiff einem anderen gegen Vergütung auf Zeit zu beliebigen Reisen in bestimmten Gewässern überläßt, unter Bedingungen wie in dem Falle **RG. 48** 89 ff., ist kein Frachtvertrag, wenn auch eine von den Parteien sogenannte „Charteparrtie" vorliegt, sondern ein vom HGB. nicht besonders geregelter Mietvertrag. Die Mietvergütung ist trotz wirtschaftlicher Verwandtschaft jedenfalls versicherungsrechtlich der Fracht nicht gleichzustellen.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 79 (Hamburg). Prinzipiell haftet der Charterer dem Reeder für Schaden am Schiffe, der durch Verschulden des von ihm beauftragten Stauers entstanden ist. Läßt jedoch der Kapitän die gefährliche Art der Löschung zu, so ist dem Charterer kein Vorwurf daraus zu machen, daß er nicht sorgfältiger ist als der befugte Vertreter des Reeders.

3. **RG. 68** 203 behandelt eingehend die Frage des auf Seefrachtverträge zwischen Kontrahenten, die verschiedenen Rechten unterstehen, anzuwendenden Rechtes. S. auch HansGZ. **08** Hptbl. 111 (Hamburg).

4. Das JDR. **6** zu § 556 abgedruckte Urteil ist jetzt in die offizielle Sammlung (**RG. 67** 5) aufgenommen.

§ 557. Literatur: Juckenburg, Bodmerei und Charter, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 446 ff. (populär).

§ 559. **RG. 67** 75. Anlangend den dem Verfrachter durch § 559 Abs. 2 auferlegten Exkulpationsbeweis, sind die Grundsätze analog anzuwenden, die für die Auslegung des § 429 HGB. gelten. Das bedeutet, daß der Verfrachter die Ursache der Nichtentdeckung des Mangels aufzuklären und in bezug auf den hieraus sich ergebenden Tatbestand darzutun hat, daß ihm und den Personen, für die er verantwortlich ist, ein Verschulden nicht zur Last fällt.

§ 560. 1. SpeduSchiffZ. **08** 541 (Hamburg). Wenn die Charter auf Empfang der Ladung im Hafen von Hamburg ohne nähere Bestimmung eines Platzes lautet, so hat der Verfrachter einen Anspruch darauf, daß ihm an einer Stelle, wo anzukommen ist, der Ladeplatz bestimmt werde, einerlei, ob dem Verfrachter der Transport der Güter nach diesen Stellen unbequem ist und Mehrkosten verursacht.

2. Vgl. u. § 567 Ziff. 1.

§ 563. OLG. **16** 137, HansGZ. **08** Hptbl. 3 (Hamburg). Der Umstand, daß Güter unter gewissen Umständen, d. h. durch Beiladung zu gewissen anderen Gütern,

diese gefährden, kann den Verfrachter im Verhältnisse zum Befrachter (Ablader) nicht ohne weiteres zur Weigerung der Einladung berechtigen. Er kann es unter keinen Umständen, wenn der Verfrachter Güter zur Verschiffung angenommen hat, welche erfahrungsgemäß so geartet sind, daß sie eine relative Gefährdung anderer Güter mit sich bringen. Kennt der Verfrachter jene Beschaffenheit der Güter oder muß er sie nach Handels- oder Schiffsgebrauch kennen, so ist es auch beim Stückgütervertrage seine Sache, wie er sie unterbringt.

§§ 567 ff. Literatur: Rühl, Laden und Löschen, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 406 ff. (populär).

§ 567. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 83. Steht der vom Befrachter bezeichnete oder der gewöhnlich verwendete Ladeplatz wegen großen Andranges von Schiffen nicht zur Verfügung, so schließt das die Ladebereitschaft des Schiffes nur dann aus, wenn der Befrachter nicht in der Lage ist, einen anderen zur Verfügung stehenden Ladeplatz zu bezeichnen.

2. OLG. **16** 139 (Hamburg). Auch in einem Falle, wo weder eine Überliegezeit noch ein Liegegeld beim Vertragsschlusse vereinbart war, muß aus der Lieferung der Ladung und deren Abnahme nach Ablauf der Wartezeit das stillschweigende Einverständnis des Befrachters und des Verfrachters über eine der Ausführung der Beladung entsprechende Überliegezeit, für welche dem Schiffer Liegegeld zu vergüten ist, entnommen werden.

3. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 41. Wenn auch im Rechtssinne Liegegeld kein Schadensersatz, sondern Vergütung für verlängerte Inanspruchnahme des Schiffes ist, so folgt daraus nicht, daß eine Klausel, die unter gewissen Voraussetzungen dem Reeder „claims for damages" abspricht, nicht auch Liegegeldansprüche ausschließen soll.

§ 570. OLG. **16** 138 (Hamburg). Für die Wartezeit, die nicht Überliege-, sondern Ladezeit ist, ist, solange sie auch infolge Nichtabgabe der im § 570 vorgeschriebenen Erklärung läuft, Liegegeld nicht zu entrichten.

§ 573. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 41. Eine Verhinderung der Lieferung von Ladung an das Schiff liegt nicht vor, wenn die Lieferung nur erschwert ist, z. B. durch Überschwemmung im Hafen des Abladeplatzes.

§§ 594 ff. Literatur: Rühl, Laden und Löschen, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 406 ff. (populär).

§ 594. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 137 (Hamburg). Der einzelne Empfänger hat keinen Anspruch darauf, daß mit der Löschbereitschaft des Schiffes auch schon seine Güter vor die Hand kommen.

2. OLG. **16** 140 (Hamburg). Eine Unterbrechung der Löschbereitschaft liegt nicht schon dann vor, wenn die vom Schiffe zu leistende Arbeit auf kurze Zeit unterbrochen wird: hiermit muß der Empfänger rechnen. Anders bei Arbeitspausen, die behufs Durchführung von Maßregeln erfolgen, welche in erster Reihe die Sicherheit des Schiffes bezwecken.

3. HansGZ. **08** Hptbl. 111 (Hamburg). Durch die Charterklausel „time to commence when steamer is ready to unload and written notice given, whether in berth or not" wird das Risiko, das damit verknüpft ist, daß der am Bestimmungsort angekommene, zur Hergabe der Ladung bereite Dampfer infolge von Umständen, die das Schiff nicht zu vertreten hat, nicht alsbald zum ortsüblichen Löschplatze vordringen kann, auf den Empfänger übergewälzt. Vgl. HansGZ. **06** Hptbl. 126 (Hamburg).

§ 595. 1. OLG. **16** 139 (Rostock). Wird vor Erreichung des Bestimmungshafens teilweise geleichtert, so wird mangels anderweitigen Abkommens, Partikularrechts oder Ortsgebrauchs die Leichterungszeit nicht in die Löschzeit hineingerechnet.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 32 (Hamburg). Die Bestimmung des Konnossements, welche den Empfänger verpflichtet, die Ladung so schnell abzunehmen, wie das Schiff

aus allen Luken herausgeben kann, gibt dem Schiffer keinen Anspruch darauf, daß über die im Entlöschungshafen gebräuchlichen Arbeitsstunden hinaus Ladung abgenommen werde.

§ 597. 1. R. **08** 576 Ziff. 3180 (Hamburg). War nach dem Konnossement der Schiffer berechtigt, auch an Sonn- und Feiertagen zu löschen, und war die polizeiliche Erlaubnis zur Löschung am Sonntag erteilt, so kann sich der Empfänger nicht darauf berufen, daß die Erlaubnis nicht hätte erteilt werden dürfen und die Behörde bei ihrer Erteilung ihre Befugnisse überschritten habe.

2. DJZ. **08** 1351 (Oldenburg). Weder aus der nachträglichen Abrede, daß an einem bestimmten Feiertrage gelöscht werden soll, noch daraus, daß der Schiffer hierfür eine bestimmte Vergütung gezahlt hat, ist zu folgern, daß dieser Tag in die Löschzeit einzurechnen ist. Der Fall ist nicht anders zu beurteilen, als wenn vereinbart wird, es solle nicht nur tags, sondern auch nachts gearbeitet werden: auch das hat auf die Dauer der Löschzeit keinen Einfluß.

§ 606. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 109 (Hamburg). Wenn eine Schiffahrtsgesellschaft in ihrer Kaibetriebsordnung zum Ausdrucke gebracht hat, daß gewisse besonders gefährliche Gegenstände von der Lagerung auf ihren Kaischuppen ausgeschlossen oder nur bedingungsweise zugelassen sein sollen, so verpflichtet sie sich damit denjenigen gegenüber, deren Güter sie auf ihren Kaischuppen übernimmt, die auf die Lagerung gefährlicher Güter sich beziehenden einschränkenden Bestimmungen ihrer Betriebsordnung einzuhalten. Hält sie diese nicht inne und entsteht durch Explosion der gefährlichen Güter ein Schaden, so haftet die Gesellschaft, auch wenn sie sich von Explosionsschäden freigezeichnet hat.

2. **RG. 69** 26. Wird in die Konnossementsbedingungen ein Verzeichnis bestimmter Schadensursachen aufgenommen, für welche der Reeder die Haftung ablehnt, darunter auch bestimmte Verfehlungen des Schiffers und der Mannschaft, so darf in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte daraus nicht gefolgert werden, daß der Reeder die Haftung für Verschulden, soweit zulässig, überhaupt ablehne. Vielmehr ergibt gerade die Spezialisierung, daß eine allgemeine Freizeichnung für Nachlässigkeit nicht vorliegt.

3. HansGZ. **08** Hptbl. 132 (Hamburg). Enthält das Konnossement die Klausel „the responsability of the ship ceases in all cases in the moment, when the goods leave the ships deck“ und sind die Güter in Leichter geworfen, so muß der Empfänger beweisen, daß etwaige später konstatierte Beschädigungen schon an Bord des Schiffes erfolgt sind (anders Schaps Anm. 29 zu § 606).

4. HansGZ. **08** Hptbl. 145 (Hamburg). Die Klausel „cargo landed without marks or wrong marks, to be apportioned by the steamers agent among the consignees of cargo whose lots may be short, such apportionment to be accepted by said consignees against shortage“ räumt dem Agenten des Schiffes eine unmittelbare Verfügungsbefugnis über das zur Befriedigung des Empfängers zu verwendende Gut ein, mit dessen Ablieferung der Schiffer seine aus dem Empfangsbekenntnisse sich ergebende Verpflichtung zu tilgen berechtigt sein soll. Sie setzt mehrere Empfänger voraus.

5. HansGZ. **08** Hptbl. 142 (Hamburg). Ist vereinbart, daß Ansprüche wegen Verlustes gegen das Schiff dann ausgeschlossen sein sollen, wenn sie nicht innerhalb 24 Stunden nach der Landung erhoben sind, so läuft die Frist nicht ohne weiteres von der beendeten Löschung des Schiffes, sondern bei Beschädigungen und Teilverlusten von der Löschung des faktisch zur Ablieferung kommenden Quantums. Bei Totalverlust muß das Schiff zunächst beweisen, daß die verlorenen Stücke überhaupt entlöscht worden sind: alsdann läuft die Frist von diesem Zeitpunkt an, sonst beginnt sie gar nicht zu laufen.

6. Baratterie (vgl. JDR **6** zu § 606 Ziff. 3.) a) 1. **RG. 69** 25. Unter

B a r a t t e r i e ist ein deliktisches, vom Reeder nicht vorauszusehendes und nicht verhütbares Verhalten des Schiffers oder der Mannschaft zu verstehen, durch welches Untreue, Betrug, gesetzwidriger Eigennutz im weitesten Sinne (wenn auch im Interesse des Reeders selbst) betätigt wird und das deshalb immer außerhalb der Dienstobliegenheiten des Schiffers oder der Mannschaft gelegen ist. Die schlechte Erfüllung dienstlicher Verpflichtungen fällt als solche nicht darunter, wenn in ihr nicht zugleich eine verbrecherische oder in dem eben bezeichneten Sinne eigennützige Handlungsweise zum Ausdrucke kommt. Ausschütten von Frachtgut (Leinsaat) aus den Säcken zum Zwecke der Stauung muß hiernach nicht notwendig als unter Baratterie fallend angesehen werden.

b) HansGZ. **08** Hptbl. 105 (Hamburg). Auch ein Diebstahl am Frachtgute, begangen vom Schiffer oder einem sonstigen Mitgliede der Schiffsbesatzung, fällt unter den Begriff der Baratterie, sowohl nach deutschem wie nach englischem Rechte.

§ 608. 1. LeipzZ. **08** 252, R. **08** 71 Ziff. 411 (Colmar). Einer Schadensfeststellung durch „amtlich bestellte Sachverständige" steht nicht eine solche durch Zollbeamte, die das Gut im fiskalischen Interesse besichtigt haben, gleich.

2. R. **08** 678 Ziff. 3697 (Hamburg). Zur Feststellung der Beschädigung oder Minderung des Gutes durch amtlich bestellte Sachverständige genügt es nicht, wenn die Sachverständigen sich die von beeidigten Wägern aufgestellten Wiegezettel geben lassen und danach ein Gewichtsmanko ermitteln; Voraussetzung ist vielmehr, daß die für die Besichtigung und Prüfung erforderlichen Verrichtungen auf Anweisung und unter Aufsicht der Sachverständigen erfolgen (s. auch S c h a p s Anm. 13 zu § 608).

§ 614. H a f t u n g m e h r e r e r E m p f ä n g e r f ü r L i e g e g e l d e r. 1. B r a n d i s I 75. Da der Liegegeldanspruch des Schiffes ein einheitlicher ist, kann er sich gegen jeden einzelnen Empfänger und gegen deren Gesamtheit richten, die als eine Interessengemeinschaft oder Gelegenheitsgesellschaft anzusehen ist. Der Wille der Interessenten ist nun zunächst dahin zu unterstellen, daß dem einzelnen in Anspruch Genommenen die Gesamtheit hafte, also jeder nach der Größe (Schwere) seiner Ladung, ferner aber dahin, daß ein einzelner Schuldiger den übrigen ersatzpflichtig sei, soweit diese nachweisen können, daß gerade seine Verzögerung die Überliegetage oder doch einzelne derselben verursacht hat.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 73 (Hamburg). Mehrere Empfänger haften, falls nach ihren Konnossementen bzw. der darin in Bezug genommenen Charter „an absolute lien upon the cargo for demurrage" vereinbart ist, solidarisch für das erwachsene Liegegeld. U n t e r s i c h haften sie im Zweifel nach Quanten analog § 748 BGB. (s. auch JDR. **6** Ziff. 2 zu § 614).

3. B o y e n s, GoldschmidtsZ. **63** 338, nimmt Solidarhaftung sämtlicher Teilempfänger für das Liegegeld an, falls die Konnossemente auf eine Chartepartie Bezug nehmen.

§§ 614. (651.) HansGZ. **08** Hptbl. 78 (Hamburg). Nimmt das Konnossement auf die Charter Bezug und enthält letztere die Klausel „the captain has an absolute lien upon the cargo for all freight, deadfreight and demurrage", so haftet der Empfänger auch für das bei der Abladung erwachsene Überliegegeld. ➛ Das Urteil geht von der früheren Judikatur des HansOLG. ab und schließt sich dem Urteile des **RG. 64** 77 an. Ebenso schon S c h a p s 453; anders B r a n d i s II 58. Red. ⟵

§§ 614. (651, 662.) RG. HoldheimsMSchr. **08** 111. Wer auf Grund eines Konnossements Stückgüter aus einem Seeschiff empfängt, hat die Konnossementsfracht für diese Güter zu entrichten. Ob der Verfrachter von dem Befrachter, der das ganze Schiff beladen hat, schon Vorschüsse auf die Charterfracht erhalten hat, ist eine Angelegenheit, die den Empfänger als solchen nicht berührt. Nur wo der Empfänger als Vertreter des Befrachters dem Schiffe gegenübertritt, würde er derartige Vorschüsse kürzen können.

§ 630. Brandis I 71 nimmt beschränkte Haftung mit der Ladung für den Anspruch des Verfrachters auf Distanzfracht an. Dagegen Schaps, JLBl. **20** 164; vgl. auch JDR. **6** § 630.

§ 651. 1. OLG. **16** 141 (Hamburg). Die Skripturobligation des Konnossements duldet keine Einschränkung aus vermeintlichen Billigkeitsgründen. Denn es handelt sich nicht um die Parteien des Seefrachtvertrags, sondern um die Rechte des Empfängers gegen das Schiff aus dem Konnossemente. Eine Grenze findet das Recht des Empfängers nur darin, daß er sich durch die Geltendmachung seines formalen Rechtes nicht ungerechtfertigt bereichern darf.

2. SchlHolstAnz. **08** 119 (Kiel). Die Konnossementsklausel: „Fracht und alle anderen Bedingungen laut Charterpartie" macht solche Bedingungen des Frachtvertrags nicht zum Bestandteile des Konnossements, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie nicht nur das Verhältnis zwischen Befrachter und Verfrachter regeln sollen.

3. Frachtvorschüsse des Hauptbefrachters: s. zu §§ 614, 651, 662.

4. Haftung des Empfängers für Liegegeld, das im Abladehafen entstanden ist: s. zu §§ 614, 651.

§ 658. Wüstendörfer, HansGZ. **08** Beil. 3, hält die Worte „widrigenfalls er (der Schiffer) dem Empfänger . . . verantwortlich ist" für ein Redaktionsversehen, da offenbar die Verantwortung des Verfrachters gemeint sei. ➛ Dem kann nicht beigestimmt werden: es handelt sich um einen Fall der Haftung des Schiffers aus §§ 511, 512, neben der diejenige des Reeders aus § 485 steht. Red. ⟵

§ 662. 1. HansGZ. **04** Hptbl. 72 (Hamburg). Der Reeder haftet dem Unterbefrachter für die Erfüllung des Unterfrachtvertrags nur dann, wenn dem Schiffer von der Unterverfrachtung Kenntnis gegeben ist (zustimmend Knitschky-Rudorff [4] zu § 662 HGB. unter Berufung auch auf die in Ziff. 2 erwähnten Erkenntnisse).

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **63** 329, führt aus, beim Unterfrachtvertrage trete die Abwälzung der Haftung des Unterverfrachters auf den Reeder nur dann ein, wenn der Unterbefrachter wußte, daß die Beförderung mit dem fremden gecharterten Schiffe geschehen sollte (unter Berufung auf **RG. 59** 115; vgl. auch HansOLG., HansGZ. **04** Hptbl. 67). Anders Schaps Anm. 4 zu § 662.

3. Frachtvorschüsse des Hauptbefrachters: s. zu §§ 614, 651, 662.

4. Vgl. o. zu § 510 (Wüstendörfer).

Sechster Abschnitt. Bodmerei.

Literatur: Juckenburg, Bodmerei und Charter, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 446 ff. (populäre Darstellung!).

§ 679. Mittelstein, DJZ. **08** 756. Die Verbodmung eines Bruchteils eines in Deutschland eingetragenen, im Alleineigentume stehenden Seeschiffs ist nicht zulässig (gegen Reichhelm vgl. JDR. **6** § 679). Das ergibt sich daraus, daß das HGB. ein Schiffsgläubigerrecht, wie es durch die Verbodmung erzeugt wird (§ 754 Ziff. 6), nur am ganzen Schiffe kennt (§ 755). Der Schiffer kann nicht einmal eine Schiffspart verbodmen.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

Literatur: Mayer, Havarie und Dispache, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 135 ff. (populär).

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

§ 734. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 60 (Hamburg). Der Mieter eines Fahrzeugs kann dann Kollisionsansprüche im eigenen Namen geltend machen, wenn ihm diese

vom Reeder abgetreten sind. Schon im Mietvertrage können ihm etwaige künftige Kollisionsforderungen abgetreten sein.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 5 (Hamburg). Der Eigentümer des angerannten stillliegenden Fahrzeugs, der die Exkulpationspflicht des anrennenden Schiffes behauptet, muß im Bestreitungsfalle nachweisen, daß sein Fahrzeug an erlaubter Stelle gelegen habe.

3. ZVersWes. **08** 49, HansGZ. **08** Hptbl. 14 (Hamburg). Wird ein stillliegendes Fahrzeug von einem anderen Fahrzeuge, das geankert hatte und infolge von Sturm ins Treiben gekommen ist, angerannt, so liegt eine Exkulpationspflicht des letzteren nicht vor. Einen prima facie-Beweis für dessen Verschulden anzunehmen, würde nur dann ein Grund vorhanden sein, wenn davon auszugehen wäre, daß das Vertreiben von Schiffen regelmäßig die Folge eines Verschuldens der Besatzung sei. Dies ist aber nicht der Fall.

4. **RG. 69** 432. Die von der Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich ausgebildeten Regeln über den prima facie-Beweis in Kollisionssachen haben nicht zur Folge, daß eine gesetzliche Vermutung für das Verschulden des Beklagten streitet, welche diesem den vollen Gegenbeweis auferlegt. Sie haben vielmehr dem Gesetze gegenüber nur die Bedeutung, daß derjenige, gegen den der Verdacht eines Verschuldens besteht, zu seiner Exkulpation Momente beibringen muß, durch die der Verdacht entkräftet wird, mag auch die bloße Möglichkeit eines Verschuldens nicht ausgeschlossen sein.

5. HansGZ. **08** Hptbl. 72 (Hamburg). Wenn ein Fahrzeug verkehrshindernd liegt und in dieser Lage angerannt wird, so läßt sich nicht ohne weiteres sagen, daß es die Schuld an dem Vorgang hat. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob es seine Lage verschuldet hat und ob nicht trotz derselben das anrennende Schiff die Kollision hätte vermeiden können, wobei die verschuldete verkehrshindernde Lage des angerannten Schiffes event. als Mitschuld in Frage käme.

6. HansGZ. **08** Hptbl. 45 (Hamburg). Schaden, der durch das Volllaufen des beschädigten Schiffes entstanden ist, weil dessen Kollisionsschott nicht dicht war, ist gemäß § 254 BGB. nicht zu ersetzen.

§ 735. 1. Das JDR. **6** § 735 abgedruckte Urteil ist jetzt in die offizielle Sammlung (**RG. 67** 49) aufgenommen.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 159, HansGZ. **08** 141 Hptbl. 34, R. **08** Ziff. 854. Ein Schiff, das schuldhafterweise das andere in die Zwangslage versetzte, auf das ihm an sich zustehende Wegerecht zu verzichten, ist regelmäßig als Haupturheber der Kollision anzusehen, welche dadurch entsteht, daß das andere Schiff der ihm damit widerrechtlich zugemuteten Ausweichepflicht nur ungenügend nachkommt.

§ 738. 1. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 106 bestätigt die JDR. **6** § 738 unter Ziff. 2 gebrachte Entsch. des HansOLG.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 144 (Hamburg). Die Entscheidung, ob im Kaiser-Wilhelms-Kanal mit oder ohne Schlepperhilfe gefahren werden soll, steht dem Zwangslotsen, nicht dem Kapitän zu, der freilich verpflichtet ist, ersteren auf besondere, ihm unbekannte Eigenschaften des Schiffes, die von Bedeutung sind, aufmerksam zu machen.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

§ 740. 1. R. **08** Ziff. 189 (Oldenburg). Zur Annahme von Seenot ist nicht der Beweis erforderlich, daß ein Schiff ohne fremde Hilfe nicht wieder flott werden kann, sondern es genügt, daß es sich in solcher Lage befand, daß die berufenen Beurteiler der Sachlage, und zwar nicht nur der Schiffer, sondern auch der Retter bei gewissenhafter Prüfung der Umstände ohne übertriebene Ängstlichkeit annehmen können, das Schiff werde aus eigener Kraft nicht oder wahrscheinlich nicht wieder flott werden können.

2. **RG. 69** 210. Wenn der Berger die Arbeit des völligen Einschleppens in einen Hafen, die er unternommen hat, nicht selbst zu Ende bringt, weil sich ein Vertreter des Eigentümers schon vor dem Hafen zur Übernahme des Besitzes bereit fand und sie forderte, so ist das ein Umstand, der auf die Bemessung des Bergelohns Einfluß haben mag, den Anspruch selbst aber nicht beseitigt.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754. 1. Rechtliche Natur des Schiffsgläubigeranspruchs. a) Brandis I 105 hält ein wahres Forderungsrecht mit ausschließlich dinglicher Richtung auf das Schiffsvermögen (actio in rem scriptam), verbunden mit gesetzlichem Pfandrechte, für vorliegend. ➻ Übereinstimmend mit Cosack, Schaps und jetzt Ehrenberg. Red. ⟵ Jeder Dritte, auf den das Schiffsvermögen übergehe, werde kraft Gesetzes Schuldner des Schiffsgläubigers für die früher gegen einen anderen begründete Forderung. ➻ Dagegen zum Teil Schaps, JLBl. **20** 163, nach welchem derjenige dritte Besitzer des Schiffes, der nicht Reeder oder Ausrüster ist, nicht persönlicher Schuldner des Schiffsgläubigers, sondern nur Pfandschuldner ist. Red. ⟵ b) Gegen die Theorie von der Rechtspersönlichkeit des Schiffes Ritter, ABürgR. **32** 472.

2. Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe. Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 19 ff. Das Bedürfnis des Verkehrs drängt dahin, anzuerkennen, daß der Reeder selbst als Ladungsinteressent des eigenen Schiffes gegenüber dem Schiffsvermögen dieses Schiffes, als Eigentümer eines Schiffes gegenüber dem Schiffsvermögen eines ihm gehörigen anderen Schiffes Schiffsgläubigeransprüche erwerben kann und muß, daß er ferner die Möglichkeit haben muß, sich von anderen Schiffsgläubigern deren Rechte abtreten zu lassen und den abgetretenen Anspruch bei Verteilung der Schiffsmasse für sich geltend zu machen. Die Anerkennung dieser Grundsätze gewährleistet auch allein eine richtige Ausgleichung unter den Versicherern des Kaskos und der Ladung des einen Schiffes untereinander und gegenüber den Versicherern des Kaskos und der Ladung eines anderen Schiffes desselben Reeders.

§ 756. 1. Brandis I 102 und Boyens, GoldschmidtsZ. **63** 338, entscheiden sich für die Zugehörigkeit der Charterfracht, nicht der Konnossementsfracht zum Schiffsvermögen. Vgl. JDR. **6** § 756.

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 29. Der Fracht als Haftungsobjekt für Schiffsschulden stehen die Liegegelder gleich. S. zu dieser Streitfrage die Zitate JDR. **6** § 756.

§ 761. **RG. 67** 353. Der Schiffsgläubiger, der sein Pfandrecht geltend macht, kann nicht schlechtweg auf Zahlung klagen, sondern sachgemäß nur den Antrag stellen, daß der Beklagte verurteilt werde, die Zwangsvollstreckung in das Schiff und seine Fracht für die Klageforderung zu dulden — es müßte denn sein, daß ein Rechtsgrund für eine persönliche Haftung behauptet wird. Geschieht dies nicht, so darf das Gericht, auch wo keine diesbezügliche Einrede erhoben wird, nur mit jener Beschränkung verurteilen. ➻ Übereinstimmend Schaps 588 und Brandis I 31; auch **RG.** LeipzZ. **08** 535, R. **08** 347 Ziff. 2085, 383 Ziff. 2254, HansGZ. **08** Hptbl. 86. Red. ⟵

§ 774. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 108, R. **08** 311 Ziff. 1877 (Hamburg). Dem Falle der Aussendung des Schiffes auf eine neue Reise ist der Fall gleichzustellen, daß der Reeder in Kenntnis der Schiffsschuld das Schiff veräußert und dabei weiß, daß der neue Erwerber sofort nach der Eigentumsübertragung das Schiff in See gehen lassen wird.

2. Brandis I 112. Die singuläre Vorschrift des § 774 für Gefährdung durch Reisen läßt sich nicht analog ausdehnen auf Fälle sonstiger Gefährdung des Schiffsgläubigers, z. B. durch eine Veräußerung des Schiffes an Ausländer. Denn eine Veräußerung, mag sie dem Erwerber z. B. auch eine Möglichkeit gewähren, zur

Ausschließung unbekannter Schiffsgläubiger zu gelangen, läßt an sich die Schiffsgläubigerrechte unberührt.

3. Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 22. Wenn der Reeder, unter dem die Schiffsschuld entstanden ist, das Schiff veräußert, so haftet der Erwerber nicht nur dinglich, sondern er wird, sobald er das Schiff zu neuen Reisen aussendet, auch beschränkt persönlich auf den Wert haftbar. ➠ Ebenso Schaps 775 und die bei ihm zitierten Schriftsteller; anders HansOLG., HansGZ. **03** Hptbl. 128 und Sieveking 387. Red. ←

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Literatur: v. Rohony, Die Technik der Seeversicherung, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 177 ff., 213 ff. (populär).

§ 778. 1. Hagen, ZVersWiss. **8** 619. § 484 HGB. verlangt für den Begriff des Reeders, daß ihm sein Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt diene; § 778 sieht von diesem Erfordernis ab und erklärt ganz ausdrücklich jedes in Geld schätzbare Interesse, welches jemand daran hat, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seefahrt besteht, für einen zulässigen Gegenstand der Seeversicherung. Es kann also nicht etwa bloß ein Kaufmann, sondern auch jede andere Person sich der Seeversicherung bedienen.

2. Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 36 ff., polemisiert gegen Brodmann, GoldschmidtsZ. **59** 224 ff., nach welchem für den Reeder eines mit Schulden beschwerten Schiffes, soweit nicht persönliche Haftung gegeben ist, ein versicherbares Interesse nicht vorliegt. Dies treffe nur dann zu, wenn auf der versicherten Reise solche Schiffsschulden entstehen, auf Freihaltung von welchen die Police sich nicht erstrecke. Habe aber der Versicherer die Freihaltung von solchen Schäden mitversichert (Hauptfall: indirekter Kollisionsschaden), so behalte der Reeder insoweit das Interesse an der ungefährdeten Ankunft des Schiffes.

§ 779. Literatur: Ehrenberg, Das künftige Rückversicherungsrecht.

2. **RG. 69** 127 bestätigt die JDR. **6** 717 zu § 779 unter Ziff. 1 abgedruckte Entsch. des HansOLG.

§ 788. RG. LeipzZ. **08** 240, R. **08** Ziff. 153. Doppelversicherung beim Zusammentreffen von Kaskoversicherung und Haftpflichtversicherung (das Urteil hebt die JDR. **6** zu § 788 zitierte Entsch. des HansOLG. auf). Für die Frage, welche Versicherung bei einer Doppelversicherung die spätere und deshalb ungültig ist, gilt die Prolongation einer bestehenden Versicherung auch dann als Abschluß eines neuen Versicherungsvertrags, wenn keine Prämienerhöhung stattfindet und keine neue Police erteilt wird.

§§ 788, 789. Schaps, ZVersWiss. **8** 476 ff. (LG. Hamburg). Bei Vorliegen einer Doppelversicherung ist es, wenn dem Vertrage die Allg. Seeversicherungsbedingungen zugrunde liegen, nicht ausgeschlossen, den Kreis der im § 12 derselben aufgezählten Ausnahmen durch Parteivereinbarung zu erweitern. Eine solche stillschweigende Vereinbarung nahm das Gericht in einem Falle an, in welchem ein Reeder, der daran zweifelte, ob eine Versicherung „nur für Seegefahr" einen Minenschaden nach Beendigung des Krieges deckte, bei einem mit dieser Sachlage bekannten Versicherer eine Spezialversicherung gegen Minengefahr nahm: dieselbe wurde als primär und gültig erachtet (mißbilligend Sieveking, ZVersWiss. **8** 13).

§ 793. RG. LeipzZ. **08** 853. Gegenüber der ordnungsmäßig dargelegten und mit Belegen versehenen Berechnung über den Versicherungswert des Dampfers war die allgemeine Behauptung der Unrichtigkeit nicht zu beachten; vielmehr war eine genaue Begründung der erhobenen Beanstandung erforderlich. Daß bei solcher Wertberechnung dem subjektiven Ermessen ein weiter Spielraum gelassen ist, liegt

auf der Hand und wird vom Gesetze dadurch anerkannt, daß bei taxierter Police der Versicherer eine Herabsetzung der Taxe nur verlangen kann, wenn sie „wesentlich" übersetzt ist.

§§ 806, 808. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 122. Durch unrichtige Angabe des Erbauungsjahrs eines Dampfers geht der Versicherte seines Anspruchs aus der Police auch dann verloren, wenn diese Angabe nicht von ihm selbst, sondern vom Assekuranzmäkler gemacht worden ist.

§§ 813, 814. (823.) **RG.** LeipzZ. **08** 618, HansGZ. **08** Hptbl. 117. Begriff der versicherten Reise. Anzeigepflicht bei einer Variation der versicherten Reise. Das Urteil hebt die JDR. **6** zu §§ 813, 814 zitierte Entsch. des HansOLG. auf.

§ 820. Über Baratterie: s. o. zu § 606 Ziff. 6.

§ 849. 1. Sieveking, ZVersWiss. **8** 8 ff., LeipzZ. **08** 200 ff.; Schaps, ZVersWiss. **8** 474 ff. Der Versicherer „nur für Seegefahr" haftet für den Verlust eines nach dem Friedensschluß auf eine Seemine gelaufenen Schiffes schon deshalb, weil der Schaden nicht zunächst durch Kriegsgefahr entstanden ist.

2. **RG. 67** 251 ff. Ist „nur für Seegefahr" versichert, so üben Veränderungen des Risikos, die infolge von Kriegsereignissen eintreten, keine die Versicherung beendigende Wirksamkeit aus, auch wenn sie die vom Versicherer übernommene Gefahr erhöhen. Der Versicherer haftet nur nicht für die zunächst durch Kriegsgefahr verursachten Schäden. Ein durch Kriegsgefahr verursachter Totalverlust aber ist die Beschlagnahme eines neutralen Kauffahrteischiffes durch eine kriegführende Macht nach völkerrechtlichen Grundsätzen nicht: erst wenn durch Entscheidung des Prisengerichts festgestellt ist, daß sich das Schiff gegen die Pflichten der Neutralen vergangen hat und als gute Prise erklärt ist, geht es mit der Rechtskraft des Urteils dem Eigentümer verloren und in das Eigentum des Nehmerstaats über. Freilich liegt in jener Beschlagnahme eine „Nehmung" im Sinne des § 849; diese aber ist nur ein provisorischer Akt, der die Fortdauer der Haftung des Versicherers für Seegefahr bestehen läßt. Nur für Schäden, die durch die Nehmung zunächst entstanden sind, haftet er nicht. (Über die entgegenstehenden Entscheidungen des englischen Supreme Court in der gleichen Sache — Fall Romulus — vgl. BlVerglR. **3** 156 und **4** 223.)

§ 851. **RG. 69** 238 ff. Die Klausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" zielt auf eine Unterscheidung nach der schadenstiftenden Ursache ab; ein Ereignis, das seiner Natur nach nur geeignet ist, die Güter in ihrer Beschaffenheit anzugreifen, ist „Beschädigung", selbst wenn es sie im Einzelfalle gänzlich entwertet, ein Ereignis, das die Existenz der Güter im wirtschaftlichen Sinne unmittelbar bedroht, „Verlust". Demnach erscheint das Überbordspülen als Verlust.

§ 854. Literatur: ZVersWes. **08** 99: Totalverlust bei versicherten Gütern.

§ 861. Hikosaburo Kitada, ZVersWiss. **8** 646 ff., gibt vergleichende Ausführungen über den versicherungsrechtlichen Abandon nach japanischem und deutschem Rechte.

§ 864. Literatur: Ehrenberg, Das künftige Rückversicherungsrecht.

§ 878. HansGZ. **08** Hptbl. 38 (Hamburg). Verlust der Fracht liegt auch dann vor, wenn der Versicherte nach Verlust des Schiffes von den Abladern für eine neue Verschiffung der Güter Fracht erhalten hat.

§ 882. **RG.** ZVersWes. **08** 78. Enthält die Police die Klausel .... „falls der Dampfer nach den Bestimmungen des HGB. wegen Seeschadens kondemniert wird, ist die versicherte Summe als Totalschaden mit 100 pCt. zu bezahlen", so kann, wenn eine solche Kondemnation durch das zuständige Gericht erfolgt ist, die Verpflichtung des Versicherers nicht dadurch von neuem in Frage gestellt werden, daß das Vorhandensein der Voraussetzungen der Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit bestritten wird.

Seerechtliche Nebengesetze.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Literatur: Perels, Die Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906 und die ihr verwandten Vorschriften.

Einleitung. HansGZ. 08 Hptbl. 20 (Hamburg). Die Seestraßenordnung gilt auch im Vorhafen von Brunsbüttel.

Art. 10. RG. LeipzZ. 08 936, HansGZ. 08 Hptbl. 143. Die Auslegung der Seestraßenordnung bezüglich der Lichterführung sog. schwoiender Schiffe ist zweifelhaft. Das HambHafenG. bestimmt im § 32, daß Seeschiffe, die aus der Fahrt um ihren Anker schwoien, um an ihren Liegeplatz zu gelangen, die Lichter der in Fahrt befindlichen Schiffe zu führen, Seeschiffe dagegen, die vor Anker liegen und durch den Gezeitenwechsel zum Schwoien veranlaßt werden, das Ankerlicht beizubehalten haben. Es spricht manches dafür, daß damit zugleich die richtige Bestimmung des „vor Anker liegen" und des „in Fahrt" im Sinne des Abs. 4 der Einleitung der SeestraßenO. bei schwoienden Schiffen gegeben ist. Jedenfalls sind, wenn ein in Fahrt befindliches Schiff plötzlich stoppt, den Anker wirft und um diesen herumschwoit, um sich gegen den Strom zu legen, häufig ähnliche Vorsichtsmaßregeln erforderlich, wie Art. 10 SeestraßenO. für überholte Schiffe vorschreibt.

Art. 19. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 543, R. **08** Ziff. 2087. Unrichtig ist die Meinung, der Begriff „Kurs" setze nicht unbedingt eine gerade Linie voraus, sondern treffe auf jede Linie zu, der ein Fahrzeug folgen müsse, wenn es ohne Rücksicht auf andere Fahrzeuge sein Ziel erreichen wolle. In diesem Sinne wäre der Kurs eines Schiffes dem anderen Schiffe kaum je erkennbar. Art. 19 hat die Erkennbarkeit des Kurses zur Voraussetzung.

2. Vgl. o. § 735 HGB. unter Ziff. 2.

Artt. 19, 21. (27.) RG. HansGZ. **08** Hptbl. 34, R. **08** 147 Ziff. 889. Wenn ein dem anderen Schiffe als ausweichpflichtig erscheinendes Schiff in erkennbarer Weise seiner Ausweichpflicht nicht nachkommt und dadurch die Gefahr eines Zusammenstoßes entsteht, der durch Kurshalten des anderen Schiffes nicht begegnet werden kann, dann muß dieses letztere alles ihm zugebote Stehende tun, um die Kollision zu verhüten, es ist daher von der etwaigen Verpflichtung, Kurs und Geschwindigkeit beizubehalten, entbunden.

Art. 21. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 21 (Hamburg). Kurs im Sinne des Art. 21 ist derjenige Kurs, den die Schiffe in dem Momente hatten, als die Konstellation des Art. 19 für sie eintrat.

2. **RG. 69** 436. In engen und gewundenen Fahrstraßen bedeutet „Kurshalten" regelmäßig derjenigen Seite des Fahrwassers folgen, auf der man sich befindet. Vgl. **RG.** HansGZ. **03** Hptbl. 58.

3. Vgl. Art. 19.

Art. 24. SchlHolstAnz. **08** 234 (Kiel). Ein Verstoß gegen Art. 24 liegt nicht vor, wenn der Führer des überholenden Schiffes nach Abgabe der vorgeschriebenen Warnungssignale sich darauf verläßt, daß das zu überholende Fahrzeug seinen Kurs nicht ändern werde.

Art. 27. RG. R. **08** Ziff. 2425. Fehler in der Navigation können dann entschuldigt sein, wenn es sich dabei um Maßnahmen des letzten Augenblicks handelt, für welche im Drange der Umstände die richtige Überlegung fehlte.

Art. 28. RG. HansGZ. **08** Hptbl. 52. Die im Art. 28 vorgeschriebenen Signale sind nur obligatorisch, wenn das betreffende Fahrzeug „einen diesen Vorschriften entsprechenden Kurs einschlägt", also dann nicht, wenn es ein Rudermanöver nur zur Unterstützung des von der anderen Seite zu erwartenden Manövers gibt.

Verordnung, betr. Lichter- und Signalführung der Fischerfahrzeuge und Lotsendampffahrzeuge vom 10. Mai 1897 (nicht mehr in Geltung).

Art. 1. (Ersetzt durch SeestraßenO. Art. 9.) **RG.** R. **08** Ziff. 888. Wenn der Schiffer eines mit dem Schleppnetze fischenden Fahrzeugs, der erkennt, daß ein anderes Schiff sich auf kreuzendem Kurse unter Gefahr eines Zusammenstoßes nähert, der Vorschrift des Art. 1 Abs. 2 zuwider kein grünes Kunstfeuer zeigt, so daß der Schiffer des anderen Fahrzeugs die Beschaffenheit und Fahrt des fischenden Fahrzeugs nicht erkennen kann, so ist ihm allein die Schuld an einem erfolgten Zusammenstoß auch dann beizumessen, wenn der Schiffer des anderen Fahrzeugs vorübergehend an die Möglichkeit gedacht hat, das andere Schiff sei ein Fischerfahrzeug, er den Gedanken aber wieder hat fallen lassen, als kein Flackerfeuer aufleuchtete.

Gesetz, betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1897.

§ 1. SeuffA. **63** 187 (Hamburg). Auch ein Bagger kann ein zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmtes Schiff sein; daß der Erwerb nicht unmittelbar durch die Seefahrt gemacht, sondern durch diese nur ermöglicht wird, macht keinen Unterschied.

§§ 7, 10. Wittig, Ztschr. f. Handelswissenschaft u. Handelspraxis **1** 32 ff., behandelt in gemeinverständlicher Weise Vermessung und Registrierung der Seeschiffe, Schiffszertifikat, Unterscheidungssignal und Freibordvorschriften.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§§ 4, 21. RG. 69 209. § 4 bezieht sich auch auf Kriegsschiffe, folglich § 21 auch auf deren Zubehör.

§ 36. RG. 69 208 ff. Lehnt das Strandamt die Einleitung des Verfahrens überhaupt ab, so ist hiergegen nicht etwa der Rechtsweg in dem Sinne eröffnet, daß die Gerichte nach Art einer höheren Instanz das Strandamt zum nachträglichen Eingehen auf die Sache nötigen könnten. Vielmehr läßt sich höchstens sagen, daß der Bergungsanspruch nunmehr ohne weiteres im Rechtswege verfolgt werden kann, da die Angehung der Verwaltungsinstanz vergeblich gewesen ist. Außerdem steht dem Antragsteller aber der Versuch frei, die Weigerung des Strandamts, auf die Sache einzugehen, durch eine Verwaltungsbeschwerde zu korrigieren.

§ 39. 1. **RG. 69** 208 ff. a) Ist von dem Bergelohnsschuldner innerhalb der 14 tägigen Ausschlußfrist des § 39 Abs. 2 gegen den Bescheid des Strandamts Klage erhoben, so ist eine Widerklage auf Erhöhung des Bergelohns an jene Ausschlußfrist nicht gebunden. b) Hat das Strandamt den Anspruch nicht aberkannt, sondern sich nur für unzuständig erklärt, so braucht dieser Bescheid nicht binnen der Ausschlußfrist des § 39 durch Klage bei dem für den Ort des Strandamts zuständigen Gericht angefochten zu werden. Vielmehr kann der Berger seinen Anspruch bei jedem für die Klage zuständigen Gericht erheben.

2. R. **08** Ziff. 190 (Oldenburg). Gegen den Bescheid der Aufsichtsbehörde kann schon vor Zustellung desselben der Rechtsweg beschritten werden.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

Literatur: Bauer, Das Dienstverhältnis der Schiffsmannschaft nach der Seemannsordnung. Leipziger Diss. 1908.

§ 1. SeuffA. **63** 187 (Hamburg). Auch ein Bagger kann ein zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmtes Schiff sein, auf welches alsdann die Seemannsordnung Anwendung findet.

§ 69. 1. SeuffA. **63** 67, HansGZ. **07** Hptbl. 121, **08** Hptbl. 102 (Hamburg). Der im § 69 erwähnte Ausreisehafen, nach welchem der Seemann frei zurückzubefördern ist, ist der Hafen der Ausreise des Schiffes, nicht derjenige Hafen, in dem der Seemann geheuert oder angemustert ist (vgl. § 60 Abs. 2).

2. „Freie Rückbeförderung" s. o. zu HGB. § 547.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895
(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser Wilhelms-Kanal. 1. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 87. § 1 Abs. 2 BetriebsO. für den Kaiser Wilhelms-Kanal, wo bestimmt ist, daß das Deutsche Reich eine Verpflichtung zum Ersatze von Schäden auch dann nicht übernimmt, wenn ein Verschulden der Kanallotsen oder anderer Angestellter der Kanalverwaltung vorliegt, ist ungültig, auch Vereinbarungen, welche die Haftung des Reichs in diesem Umfang ausschließen, sind nichtig.

2. Vgl. § 738 HGB. unter Ziff. 2.

3. Vgl. Zusatz zu § 4 unter 4.

§ 2. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 84, R. **08** 458 Ziff. 2603 (Hamburg). Ein Ausrüsterverhältnis im Sinne des § 2 wird nur dann begründet, wenn lediglich der Schiffskörper vermietet, einem anderen zur Verfügung gestellt wird und dieser das Schiff auf seine Kosten ausrüstet und die Mannschaft anstellt; diese darf nur im Verhältnisse zum Ausrüster, nicht zum Eigentümer stehen. Ebenso Schaps, Seerecht Anm. 2 zu § 510 HGB., anders HansGZ. **06** Hptbl. 105 (Hamburg).

2. HansGZ. **08** Hptbl. 99 (Hamburg). Eine Haftung des Schiffseigners gegenüber dem Ausrüster für Verschulden der von letzterem übernommenen Schiffsbesatzung besteht nicht.

§ 3. ZVersWes. **08** 27, HansGZ. **08** Hptbl. 8 (Hamburg). Die Ladescheinsklausel „frei von Beschädigung" berechtigt den Frachtführer nicht zur Ablehnung jeder Haftung für die Beschädigung des Gutes. Sie soll ihn befreien von der ihm nach § 58 BinnenSchG. obliegenden Verpflichtung, die Entstehung des Schadens darzutun und den Nachweis zu erbringen, daß dieser durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnte. Aber sie entlastet ihn nicht von der gesetzlichen Haftung für das Verschulden der Schiffsbesatzung in Ausführung ihrer Dienstvorrichtungen: eine Befreiung hiervon hätte in anderer Weise zum Ausdrucke gebracht werden müssen.

§ 4. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 130 (Hamburg). „Führung" im Sinne von § 4 Abs. 2 Satz 2 ist nicht bloß Navigation, sondern es fallen darunter alle Handlungen, welche die Führung des Schiffes mit sich bringt.

2. **RG. 68** 181. Das Gesetz sagt nicht, daß der Schiffseigner, abgesehen vom Falle der böslichen Handlungsweise, nur mit Schiff und Fracht hoftet, wenn sich sein eigenes Verschulden auf die fehlerhafte Führung des Schiffes oder auf sog. nautische Versehen bezieht. Vielmehr wird vorausgesetzt, daß er selbst der Führer des Schiffes ist. Ein Verschulden des Schiffseigners, das in einer schuldhaften, dem Schiffer erteilten Anweisung oder schuldhaften Unterlassung einer solchen besteht, führt somit zu persönlicher Haftung.

3. HansGZ. **08** Hptbl. 53, R. **08** 283 Ziff. 1686 (Hamburg). Unter eigenem Verschulden des Schiffseigners ist bei Vertragsverletzungen nicht nur persönliches Verschulden zu verstehen, sondern auch Verschulden der Erfüllungsgehilfen, für welche der Schiffseigner gemäß § 278 BGB. haftet. Diese Haftung ist durch § 4 Nr. 2 insofern auf Schiff und Fracht beschränkt, als die Ausführung des Vertrags zu den Dienstobliegenheiten des Schiffers gehört. Für denjenigen Teil der Vertragsausführung aber, der sich sozusagen auf dem Kontor oder doch auf dem Lande abspielt,

haftet der Schiffseigner für persönliches wie für seiner Erfüllungsgehilfen Verschulden unbeschränkt. Zu diesem Teile der Ausführung des Vertrags gehört auch die Auswahl des Schiffers.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. 1. ZVersWes. **08** 59, HansGZ. **08** Hptbl. 18 (Hamburg). In einem Rechtsstreite des Eigners der auf der Schleppfahrt beschädigten Ladung des geschädigten Schiffes gegen den Schleppereigentümer kann der Eigner des geschleppten Schiffes, dem von letzterem der Streit verkündet ist, als Nebenintervenient auftreten, da ihm wegen des Unfalls sowohl Ansprüche der Ladung drohen, als Regreßansprüche des Schleppers angedroht sind. Es ist nicht ausgeschlossen, daß bei angenommenem Schaden durch Schuld des Schleppdampfers auch das geschleppte Schiff mit haftbar gemacht werden könnte. Wenn auch der bisher von diesem Gerichte wie vom RG. befolgte Grundsatz, daß bei Schleppzügen die Besatzung des einen Schiffes dann zugleich als Besatzung des anderen anzusehen sei, wenn sie eine dem anderen Schiffe dienende Verrichtung ausführt, neuerdings in einer Entscheidung des **RG.** (**65** 90) verlassen ist, so steht doch nicht fest, daß diese Entscheidung in Zukunft für alle Fälle maßgebend ist. Vgl. JDR. **6** Zusatz zu § 4.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 50 (Hamburg). Der geschleppte Kahn haftet nach Binnenschiffahrtsrecht nicht für Verschulden seines Schleppers. ➳ Das HansOLG. schließt sich hiermit der JDR. **6** Ziff. 2 zum Zusatz zu § 4 abgedruckten Entscheidung des RG. an. Red. ⬻

3. HansGZ. **08** Hptbl. 49 (Hamburg). Verantwortlich für die richtige Bildung des Schleppzugs, insbesondere für die geeignete Beschaffenheit der Verbindungstrossen, ist der Schlepperführer.

4. SchlHolstAnz. **08** 134 (LG. Kiel). Die Übernahme der Durchschleppung eines Schiffes durch den Kaiser Wilhelms-Kanal durch einen der Kaiserl. Kanalverwaltung gehörigen Schlepper ist ein privatrechtlicher Schleppvertrag, wenn auch die Kanalverwaltung nach ihrem Ermessen fremde Schlepper vom Schleppdienst ausschließen kann. Das Reich haftet daher aus diesem Vertrage nach privatrechtlichen Grundsätzen.

5. HansGZ. **08** Hptbl. 28 (Hamburg). Länge der Verjährungszeit für Ansprüche aus dem Schleppvertrage. Das Urteil leugnet unter Kritik der entgegenstehenden Urteile des RG., daß neben dem Kontraktsanspruche mit der Verjährung des § 638 BGB. noch ein Deliktsanspruch mit anderweiter Verjährung stehe. S. BGB. § 638 Ziff. 2b.

§ 7. 1. **RG.** R. **08** Ziff. 649, 650. Der Eigenschaft als Schiffsführer steht der Umstand nicht entgegen, daß diese Stellung nur vorübergehend, für einen einzelnen Transport, übertragen war oder daß der Schiffer zur Ausübung seines Kommandos sich einen geeigneten Standplatz außerhalb der Schleppschiffe (auf der geschleppten Badeanstalt) gewählt hatte.

2. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 80, R. **08** Ziff. 1688; HansGZ. **08** Hptbl. 44 (Hamburg). Der Führer eines geschleppten Schiffes braucht einen besonderen Kanalsteuerer in der Regel dann nicht zuzuziehen, wenn der Zwangslotse, unter dessen Befehl der Schleppzug stand, es nicht verlangt hat; anders läge die Sache dann, wenn das geschleppte Schiff schon an und für sich ein schlecht steuerndes Schiff gewesen wäre.

§ 26. ZVersWes. **08** 2 (Hamburg). a) Wenn eine Schiffergenossenschaft, welche keine eigenen Schiffe besitzt, sondern nur den Zweck hat, Transporte durch ihre Mitglieder der Reihe nach ausführen zu lassen, einen Frachtvertrag schließt, so gelten dessen Bedingungen zwischen dem Befrachter und dem den Transport ausführenden Schiffer, gleichviel ob dieser als Gehilfe oder Beauftragter oder Substitut der

Genossenschaft anzusehen ist. b) Bedingungen, auf welche im Frachtvertrage Bezug genommen wird, werden nicht dadurch wieder ausgeschaltet, daß dem Befrachter ein Ladeschein gegeben wird, der diese Bedingungen nicht erwähnt.

§§ 28, 29. BadRpr. **08** 14 (Karlsruhe). Wenn ein Schiff im ganzen verfrachtet, die Ladung aber in verschiedenen Häfen einzunehmen ist, so beginnt in jedem Hafen für das dort einzunehmende Quantum eine neue Ladezeit, die nach Maßgabe von § 29 Abs. 2 zu berechnen ist.

§ 47. SpeduSchiffZ. **08** 15 (HK. Berlin). Wenn im Ladeschein vermerkt ist, daß der Frachtführer volle drei Tage behufs Entgegennahme der Ausladeorder zu warten hat, so sind nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise die drei Tage nicht von Minute zu Minute zu berechnen, sondern von 12 Uhr mittags ab, wenn der Schiffer sich im Laufe des Vormittags, vom Beginne des folgenden Tages, wenn er sich nachmittags anmeldet.

§ 48. SpeduSchiffZ. **08** 15 (HK. Berlin). Der Schiffer ist über die ortsübliche Arbeitszeit hinaus zur Entlöschung nicht verpflichtet, selbst dann nicht, wenn nur ein geringer Teil der Ladung noch zu löschen ist, hat aber nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise in diesem Falle die Löschung zu dulden, sofern sein und seiner Leute Hilfe dabei nicht in Anspruch genommen wird. Eine ortsübliche Arbeitszeit für Schiffer läßt sich für das Berliner Wirtschaftsgebiet nicht feststellen.

§ 50. SpeduSchiffZ. **08** 17 (Cöln). Es ist zulässig, durch Vereinbarung zu bestimmen, daß Sonntage und allgemeine Feiertage bei Berechnung der Überliegezeit in Anrechnung zu bringen sind.

§ 58. 1. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 25. Auch wenn nach den Verschiffungsbedingungen der Ladungsbeteiligte ein Verschulden des Frachtführers oder seiner Leute nachzuweisen hat, genügt er dieser Verpflichtung, wenn er einen Tatbestand dartut, der unter normalen und im Regelfalle vorauszusetzenden Verhältnissen ein solches Verschulden ergibt. Einem solchen prima facie-Beweise gegenüber ist es Sache des Frachtführers, außergewöhnliche Umstände darzutun, durch welche ausnahmsweise der Schluß auf ein Verschulden nicht gerechtfertigt erscheint.

2. Klausel „frei von Beschädigung" s. o. zu § 3.

§ 61. Vgl. o. zu § 608 HGB.

§ 66. 1. SpeduSchiffZ. **08** 15 (HK. Berlin). Die Bedingung des Ladescheins „frei aufs Land" verpflichtet den Schiffer nicht zur Tragung des Ufergeldes.

2. SpeduSchiffZ. **08** 188 (HK. Berlin). Hat in einem Ladescheine der Schiffer erklärt: „Nach richtiger und guter Ablieferung erhalte ich die inkl. sämtlicher Kosten mit M.... franko gegen Lieferschein bedungene Fracht", so sind die Ufergelder dem Schiffer zu erstatten. Die Worte „inkl. Kosten" beziehen sich nur auf die Hafen-, Schleusen-, Kanal- und Brückengelder, Lotsengebühren, Schlepplohn, Ableichterungskosten u. dgl., nicht aber auf die Ufer-, Krahn- und Wiegegelder u. dgl.

§§ 68, 71. **RG.** LeipzZ. **08** 459, HoldheimsMSchr. **08** 259, HansGZ. **08** Hptbl. 101, R. **08** 216 Ziff. 1288, 1289. Niedriger Wasserstand, der die Schiffahrt behindert und vorübergehend unmöglich macht, kann an sich nicht als dauerndes, sondern nur als zeitweiliges Hindernis gelten, und zwar auch dann, wenn er zu ungewöhnlicher Zeit und in ungewöhnlichem Grade auftritt. (Das Urteil hebt die JDR. **6** zu § 68 zitierte Entsch. des OLG. Hamburg auf.)

§ 103. **RG. 67** 354. Vgl. o. zu § 761 HGB.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Literatur: Aschenborn, Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 und die Vorschriften der Reichsverfassung über das Post- und Telegraphenwesen. — Coermann, Die Beförderungspflicht der Deutschen Reichspost, EisenbE. 24 411. — Fiedler, Postzwang und Postpflicht. — Hellner, Die Rechte des Empfängers einer Postsendung. — Kittel, Die Ansprüche der Reichspostverwaltung und ihrer Angestellten für Schäden aus Eisenbahnunfällen, EisenbE. 24 420. — Meili, Die drahtlose Telegraphie im internen Rechte und Völkerrechte. — Müller, Die Verträge der Post, ihre Erfüllung und die Rechtslage des Empfängers unter der Wirkung eines zwischen Empfänger und Post abgeschlossenen Abkommens auf Überlassung eines Postschließfachs.

Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871/20. Dezember 1899.

Vor § 1. Coermann, EisenbE. **24** 411, erörtert die Beförderungs- und Verwahrungspflicht der deutschen Reichspost. Die einzelnen Fälle, in denen der Beförderungszwang aufgehoben oder beschränkt ist, werden aufgezählt.

§ 1. EisenbE. **25** 57, R. **08** I 303 (KG.). Erklärt die Reichspostverwaltung einer Privatperson gegenüber, daß sie gegen ihr Postmonopol verstoße, und droht sie ihr mit der Einleitung eines Strafverfahrens, so ist für eine Feststellungsklage gegen die Postverwaltung dahin, daß sein Verfahren nicht gegen das Monopol verstoße, Anlaß nicht gegeben. Der Rechtsweg ist unzulässig, weil es sich um Ausübung eines Hoheitsrechts handelt.

§§ 11, 12, 14. **RG.** 3. 12. 07, **67** 182, JW. **08** 71, EisenbE. **24** 369, R. **08** 148. Der Reichspostfiskus haftet dem bei Benutzung eines Postfuhrwerkes durch Verschulden der Postbeamten verletzten Reisenden jedenfalls dann nur nach Maßgabe des Reichspostgesetzes und nicht auch außervertraglich wegen unerlaubter Handlung, wenn eine solche objektiv überhaupt nicht vorliegt, sondern die Handlung zu einer unerlaubten nur dadurch geworden ist, daß sie bei der Erfüllung des von dem Reisenden mit der Post geschlossenen Vertrags geschah.

§ 12. Coermann, EisenbE. **24** 411. Die Annahme der Sendungen durch die Post erfolgt zur Beförderung, und solange diese währt, kommt die besondere Haftpflicht der Post zur Geltung, wie sie das Post- und Telegraphengesetz aufstellt und gemäß § 452 HGB. durch die Vorschriften des BGB. ergänzt wird. Die Sondergesetzgebung läßt nun nicht erkennen, wann die Beförderung beendigt ist, als Teil der Beförderung gilt jedenfalls auch die Aufbewahrung postlagernder Sendungen. Da hierüber sowie über die Behandlung nicht angenommener oder sonst unbestellbarer Sendungen Vorschriften nur im Zusammenhange mit denjenigen über die Beförderung erlassen sind, rechtfertigt sich die Annahme, daß die Haftpflicht der Post eine einheitliche ist, solange sie die Sendung in Verwahrung oder Beförderung hat. Von einer besonderen Verwahrungspflicht wie bei den Eisenbahnen kann hiernach bei der Post keine Rede sein.

§ 48. Literatur: Müller, Die Verträge der Post, ihre Erfüllung und die Rechtslage des Empfängers unter der Wirkung eines zwischen Empfänger und Post abgeschlossenen Abkommens auf Überlassung eines Postschließfachs.

*Müller 37 ff., 45 f., 57 f. Bestellung in dem im § 36 PostO. definierten Sinne aufzufassen und scharf zu scheiden von der Aushändigung an den Abholer des Empfängers bzw. an letzteren selbst. Die Aushändigung der abzuholenden Gegenstände, Briefsendungen im Sinne von § 1 PostO., Postanweisungen, Paketadressen, Ablieferungsscheine zu Wert- und Einschreibbriefen, sowie der zugehörigen Sendungen hat auch in den Fällen der Abholung reglementmäßig (§ 49), d. i. postordnungsmäßig zu erfolgen, es besteht aber in den Fällen des § 48 nicht, wie in denen, wo die Post auch für richtige Bestellung haftbar ist, eine Verpflichtung zur Aushändigung an den Abholer des richtigen Empfängers, sondern nur eine Verpflichtung,

a) nur an denjenigen bzw. nicht an einen anderen auszuhändigen als den, der die Sendungen verlangte, und b) nicht auszuhändigen an den, dessen Nichtbefugnis die Post kennt. Die Post haftet daher nach Maßgabe des § 6 für Schaden, der z. B. entsteht aus der Verwechselung von Postanweisungen zweier Abholer bei der Aushändigung. Beweispflichtig für die zur Vertragserfüllung gehörige richtige Aushändigung in vorstehendem Sinne ist, ebenso wie im Falle der Verantwortlichkeit für richtige Bestellung, die Post. Hat der Empfänger für die Abholung ein Postschließfach gemietet, so tritt an die Stelle der Aushändigung am Schalter die Einlegung in das richtige Schließfach; für diese ist die Post beweispflichtig.

§ 49. *Müller 30, 34, 40, 46 f. Die reglementmäßige Auslieferung gestaltet sich ganz verschieden, je nachdem es sich um Bestellung, gewöhnliche Abholung oder Abholung mittels Postschließfachs handelt. Reglementsmäßig = postordnungsmäßig (vgl. § 50 PostG.; bezüglich gewöhnlicher Abholung vgl. Note 1 zu § 48). Bei Abholung mittels Schließfachs besteht die reglementsmäßige Auslieferung in der Einlegung in das richtige Fach (vgl. Bem. 1 zu § 42 PostO.).

Postordnung für das Deutsche Reich vom 20. März 1900.

§ 33. *Müller aaO. 97 f., 103 f. Aushändigung ist ein postrechtlicher Akt, der in den Fällen der Bestellung und der gewöhnlichen Abholung in Übergabe von Hand zu Hand, bei Abholung mittels Postschließfachs in Einlegung in letzteres besteht. Hinsichtlich der Sendungen, für die der Empfänger nach §§ 36 Abs. 1, 42 Abs. 7 zunächst nur den Ablieferungsschein, die Paketadresse oder die Postanweisung ausgehändigt erhält, besteht das Rückforderungsrecht bis zur Aushändigung der Sendung selbst. Die Rückgabe hebt sonstige, bereits eingetretene, nicht postrechtliche Wirkungen im Verhältnisse des Absenders zum Empfänger nicht auf (vgl. unten zu § 42 und oben zu § 130 Ziff. I 1 BGB.). Bei Zurückziehung einer Sendung sind schon ausgehändigte Postanweisungen und Paketadressen zurückzugeben, auch die schon abgetrennten Abschnitte.

§ 42. *Müller aaO. Die Aushändigung darf a) nur erfolgen an den, der den abzuholenden Gegenstand verlangt, b) nicht an den, der der Post als nichtberechtigt bekannt ist. Die Haftung hierfür ist der Post durch § 48 PostG. nicht erlassen (vgl. Bem. 1 zu § 48). Im Falle der Abholung mittels Postschließfachs ist die Post haftbar für richtige Einlegung der Gegenstände, insbes. Postanweisungen, Paketadressen, Ablieferungsscheine zu Wert- und Einschreibbriefen in das Fach des Empfängers. Für Aushändigung der zugehörigen Sendungen gilt auch bei Schließfachabholung § 49 PostG. (38, 39, 46). — Zu „Aushändigung" im Abs. 2 ist in Verb. mit Abs. 7 zu ergänzen: „der Sendung bzw. des Gegenstandes, der zunächst auszuliefern ist" (Postanweisungen ꝛc.) (46). — Die Post ist nach Abs. 2 nicht berechtigt, wenn der Empfänger ein Postschließfach gemietet hat, in das Schließfach eingelegte oder einzulegende Gegenstände am Schalter auszuhändigen, da dies keine reglementmäßige Auslieferung (§ 49 PostG.) wäre, und haftet für den dadurch herbeigeführten Verlust der Sendung, z. B. wenn auf diese Weise ein Unbefugter die Postanweisung oder Paketadresse oder den Ablieferungsschein ausgehändigt erhalten, dann auf Grund gefälschter Unterschrift nach § 49 PostG. die Sendung selbst in Empfang genommen und sie unterschlagen hat (62 ff.). — Bei Gegenständen, die in ein Schließfach eingelegt sind, wird es, wenn nach Abs. 8 die Bestellung zu erfolgen hat, so angesehen, als wäre die Einlegung gar nicht erfolgt und als läge kein Schließfachabkommen vor, mit anderen Worten, es sind die postrechtlichen Wirkungen der Einlegung nicht eingetreten. Dies gilt aber nur für die Beziehungen der Post zum Absender. Daher Rückforderungsrecht des Absenders trotz der etwa im Verhältnisse des Absenders zum Empfänger schon eingetretenen, die Post grundsätzlich nicht kümmernden Wir-

kungen, die von der Zurückziehung unberührt bleiben, so ein erfolgter Eigentumsübergang an der Sendung (vgl. Bem. 1 zu § 866 BGB.) und ein erfolgtes Zugehen einer Willenserklärung (vgl. oben zu § 130 Ziff. I 1 BGB.) (43, 51, 100). — Als der lagernde Gegenstand ist im Falle der Lagerung sowohl der Sendung selbst als der zugehörigen Paketadresse oder des Ablieferungsscheins oder einer Postanweisung nur die nach Abs. 7 zunächst allein auszuliefernde Paketadresse, der Ablieferungsschein oder das Postanweisungsformular verstanden; dies folgt aus § 43 Abs. 3 (vgl. auch Bem. 1 zu § 43) (43) .— Der Empfänger, der ein Schließfachabkommen mit der Post trifft, kann daraus nicht selbständig Ansprüche aus Verletzung der Vorschriften der PostO., betr. ordnungsmäßige Einlegung in das Schließfach, klageweise geltend machen. Legitimiert ist immer nur der Absender, dessen Vertrag mit der Post durch das Schließfachabkommen modifiziert wird (6, 28).

§ 43. *Müller aaO. 43. Mit Zitierung von § 42 Abs. 7 ist § 42 Abs. 8 gemeint. Durch Einfügung der jetzigen Abs. 2 und 3 im § 42 1901 wurde Abs. 6 zu Abs. 8; in den Zitierungen der Absätze von § 42 ist die entsprechende Änderung versehentlich unterblieben.

Weltpostvereinsübereinkommen vom 15. Juni 1897, betr. den Austausch von Briefen und Kästchen mit Wertangabe.

Art. 12. **RG. 68** 286, EisenbE. **25** 58, JW. **37** 468. Bei dem Versande von Briefen mit Wertangabe hört die Ersatzverbindlichkeit der Postverwaltung für den Inhalt der Sendung nicht schon mit dem Augenblicke der tatsächlichen Aushändigung des Briefes an den Adressaten auf. Die „Empfangnahme" der Wertsendung setzt vielmehr auch den Willen des Empfängers voraus, die Aushändigung der Sendung als die aus dem Frachtvertrage geschuldete Leistung anzunehmen. Sie ist daher erst vollendet, wenn sich aus der Gesamtheit des Vorganges die Übernahme als endgültig gewollt darstellt. Die Ersatzverbindlichkeit der Post bleibt daher bestehen, wenn der Empfänger noch auf dem Postamt in unmittelbarem Anschluß an den tatsächlichen Akt der Besitzergreifung — wenn auch nach Quittierung über den Empfang — durch Öffnung der Sendung feststellt, daß sie den angegebenen Wert nicht enthält, und hiervon unverzüglich der Post Anzeige macht.

Gesetz, betr. die Abänderung des § 3 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, vom 20. Dezember 1875 (Eisenbahnpostgesetz).

Art. 2. Kittel, EisenbE. **24** 420. Die Verpflichtung des Eisenbahnunternehmers zur Beförderung der Postwagen und des Begleitpersonals beruht unmittelbar und ausschließlich auf dem EisenbPostG. Sie ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, es liegt ihr kein Fracht- oder Personenbeförderungsvertrag im Sinne des Handelsrechts zugrunde.

Art. 8. Kittel aaO. Bei Eisenbahnunfällen verletzte oder getötete Postbeamte bzw. ihre Hinterbliebenen haben einen Anspruch gegen die Postverwaltung auf Grund des UnfFürsG., im Arbeiterverhältnisse stehende Bedienstete auf Grund des GewUVG. Wo diese Personen noch weitergehende Haftpflichtansprüche gegen die Eisenbahnverwaltung erheben können, was bei Tötung oder Verletzung von Postbeamten auf Privatbahnen oder von Postarbeitern denkbar ist, steht der Eisenbahnverwaltung gemäß Art. 8 EisenbPostG. der Rückgriff gegen die Postverwaltung zu. Hinsichtlich des beim Eisenbahnbetrieb an Posteigentum entstandenen Sachschadens haftet der Eisenbahnunternehmer nach Reichsrecht (anders z. B. nach dem preußischen Eisenbahngesetze) nur für eigenes Verschulden, nicht aber für Verschulden seiner Leute (außer nach § 831 BGB.) und nicht für Zufall.

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§ 6. RG. 18. 3. 07, KleinbZ. **08** 344. Der Unternehmer einer Kleinbahn kann Kostenfreiheit nach § 6 Abs. 2 Satz 1 TelWG. nicht aus dem Grunde beanspruchen, weil zufolge der Ausführung der Kleinbahn die Wegeunterhaltungspflicht auf ihn übergegangen ist. Dagegen kommt die Vergünstigung dem (alleinigen) Unternehmer der späteren besonderen Anlage, die auf dem Wege eines dritten Unterhaltungspflichtigen errichtet wird, hinsichtlich dieses Weges zugute, wenn sich die Gesamtanlage auch auf eigene Wege des Unternehmers erstreckt.

Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869.

§§ 13, 14. RG. 13. 12. 07, **67** 214, JW. **08** 78. Der Anspruch des Zollfiskus auf Entrichtung des Zolles haftet nicht ausschließlich an der zollpflichtigen Ware, sondern richtet sich nach § 13 VerZollG. auch persönlich gegen denjenigen, der zur Zeit der Fälligkeit des Zolles Inhaber (natürlicher Besitzer) des zollpflichtigen Gegenstandes ist. Daß dieser Inhaber nur mit der Ware hafte und nur deshalb, weil er sie als durch die Zollpflicht gebunden besitze, ist aus dem Gesetze nicht zu entnehmen. Nur ist die dingliche Haftung nicht nach Art eines streng akzessorischen Pfandrechts unter allen Umständen von dem Bestehen einer persönlichen Zollschuld abhängig, vielmehr äußert sie ihre Wirkung selbständig, auch wenn ein persönlich haftender Zollschuldner fehlt. Der Fiskus kann sich wegen des Zolles aus der Ware befriedigen, auch wenn ein persönlich haftender Zollschuldner fehlt. Bei Teilung einer einheitlichen Sendung haftet bis zu der Erledigung der im § 50 Abs. 2 VerZollG. vorgesehenen zollamtlichen Behandlung jeder Teil der Sendung für die Zollforderung. Wenn ein dritter dinglich Berechtigter den Fiskus wegen der Zollforderung befriedigt, so geht diese mit der dinglichen Haftung und mit dem dem Fiskus nach § 61 Abs. 2 KO. zustehenden persönlichen Vorrecht auf den Dritten über.

§ 59. RG. 15. 1. 08, **67** 335, JW. **08** 209, EisenbA. **08** 971, EisenbE. **24** 385, R. **08** 177, 346, 348. Nach Auswantwortung der Güter an die Zollbehörde im Zollschuppen der Eisenbahn kann eine Haftung der Eisenbahn nur aus ihrer Eigenschaft als Bauherrin, aus ihrer im § 59 VerZollG. festgesetzten Verpflichtung zur Herstellung und Bereithaltung der zur zollamtlichen Behandlung der Güter erforderlichen Räume, niemals aber aus einem in Ansehung der Güter eingegangenen Vertrag oder Quasi-Kontrakte hergeleitet werden. Eine Aufbewahrungspflicht der Eisenbahn folgt weder aus der Tatsache, daß sie die zur einstweiligen Niederlegung der zollpflichtigen Güter bestimmten Räume mit der Zollbehörde gemeinschaftlich unter Verschluß zu halten hat, noch aus dem Umstande, daß sie für solche Güter, wenn sie aus Anlaß der zollamtlichen Behandlung über einen bestimmten Zeitraum hinaus in diesen Räumen verweilen, einen Lagerzins zu erheben berechtigt ist. Dagegen wird durch die Ablieferung des Gutes an die Zollverwaltung zum Zwecke der zollamtlichen Behandlung ein Rechtsverhältnis zwischen der Zollbehörde und dem Empfänger geschaffen, das die Zollbehörde privatrechtlich und quasi-kontraktlich verpflichtet, das Gut zum Zwecke der zollamtlichen Behandlung in Gewahrsam zu nehmen und demnächst nach der Zollabfertigung in unversehrtem Zustand an den durch den Frachtbrief legitimierten Empfänger herauszugeben.

Bankdepotgesetz.

Vom 5. Juli 1896.

§ 1. Düringer, LeipzZ. **07** 45 f. Die Bestimmungen über die Verwahrung unverschlossen übergebener Wertpapiere gelten für jeden Kaufmann (Vollkaufmann), der im Betriebe seines Handelsgewerbes solche Werte annimmt, also beispielsweise auch für jeden Prinzipal, der Effekten seines Angestellten als Kaution erhält, ja präsumtiv in allen Fällen, in welchen ein Kaufmann fremde Wertpapiere aufbewahrt.

§§ 2, 9. BankA. 7 122, LeipzZ. **08** 57 (BayObLG.). Ermächtigt ein Kunde seine Bank, die von ihm zur Verstärkung seines Depots gebrachten Stücke noch vor Übernahme in das Depot gegen andere umzutauschen, derart, daß erst die umgetauschten Stücke als deponiert gelten sollen, so bedarf diese Erklärung nicht der durch § 2 DepG. vorgeschriebenen Schriftform.

§§ 3, 4. 1. **RG.** BankA. **6** 199. Ein „ausdrücklicher" Verzicht auf Mitteilung des Stückeverzeichnisses liegt nur dann vor, wenn der Verzichtswille in der schriftlichen Ecklärung seinen vollen und unzweideutigen, nicht erst durch Auslegung zu ermittelnden Ausdruck findet. Daher ist eine Erklärung, welche den Gegenstand des Verzichts nur durch Anführung der betreffenden Gesetzesvorschriften bezeichnet — z. B. ich entbinde von den Bestimmungen der §§ 3—5 G. vom 5. Juli 1896 —, nicht verbindlich. Verweigert der Kommissionär auf ergangene Aufforderung die Übersendung des Stückverzeichnisses vor Ablauf der dreitägigen Nachfrist, so ist der Kommittent zur sofortigen Zurückweisung des Geschäfts und zum Anspruch auf Schadensersatz berechtigt.

2. SchlHolstAnz. **08** 227 (Kiel). Schon die Nichtabsendung des Stückverzeichnisses innerhalb der dreitägigen Frist setzt den Schuldner in Verzug.

§§ 5, 7. RG. BankA. 7 157, LeipzZ. **08** 233. Hat ein mit dem Umtausche von Wertpapieren beauftragter Kommissionär die eingetauschten Stücke in einen mit dem Namen des Kunden versehenen Umschlag gelegt, so erwirbt der Kommittent an denselben auch ohne Übersendung eines Stückeverzeichnisses Eigentum. Wenn die für mehrere Kommittenten auf Grund gesondert erteilter Aufträge eingetauschten Stücke unter einer gemeinsamen Bezeichnung ausgesondert werden, so erwerben die mehreren Kommittenten an ihnen Miteigentum, wie beim sog. Sammeldepot. Welche Person innerhalb des Bankgeschäfts die Aussonderung vorgenommen hat, ist für diese rechtlichen Vorgänge ohne Erheblichkeit. Die Eigentumsübertragung erfolgt mittels Konstituts nach § 930 BGB. kraft des zwischen der Bankfirma und dem Kunden bestehenden Kommissionsvertrags.

§ 8. RG. BankA. 7 347, LeipzZ. **08** 542, JW. **08** 312, R. **08** 314. Das BankdepG. hat die allgemeinen Bestimmungen, wonach der Erwerb des Pfandrechts an Inhaberpapieren, die dem Verpfänder nicht gehören, von dem guten Glauben des Pfandnehmers abhängt (§§ 1293, 1207, 932 BGB.), unberührt gelassen. Dieser gute Glaube konnte infolge sonstigen Wissens oder Wissenmüssens fehlen, obwohl die durch § 8 DepG. vorgeschriebene Mitteilung unterblieben war. Dabei greift für den hier in Frage kommenden Verkehr allerdings die Bestimmung des § 366 HGB. ein, wonach der Pfandnehmer, selbst wenn er weiß, daß die Sache dem pfändenden Kaufmanne nicht gehört, schon durch den guten Glauben an dessen Verfügungsbefugnis geschützt ist. Daß die Beklagte im vorliegenden Falle angenommen hat, die ihr von dem Provinzbankier übersandten Effekten seien diesem nur zur Besorgung der neuen Zinsbogen übergeben, erklärt ihre auffällige und ungewöhnliche Maßnahme, daß sie den Provinzbankier um die Bestätigung ersuchte, daß ihm das Verfügungsrecht über die Effekten zustehe.

§ 9. BadRpr. 07 61 (LG. Offenburg). Eine Verurteilung aus § 9 Abs. 2 setzt Bekanntschaft des Angeklagten mit dem Inhalte der §§ 8 u. 9 DepG. voraus. Diese Bestimmungen sind ein Tatumstand im Sinne des § 59 StGB., sie sind entweder eine Rechtsnorm des Zivilrechts, verwandt mit §§ 675, 662 ff. BGB., oder eine gewerbepolizeiliche Vorschrift. (Vgl. Stenglein, Strafr. Nebengesetze 257: Die Unterlassung muß „mit dem Bewußtseine der entgegenstehenden Verpflichtung" erfolgt sein, und Rießer, DepG. 60 „im Bewußtseine der Rechtswidrigkeit").

§ 11. **RG.** (FStraff.) BankA. 8 43, R. 08 552. Das Verbrechen gegen § 11 DepG. ist nichts anderes als eine mit höherer Strafe bedrohte Unterschlagung und fällt deshalb unter diejenigen Handlungen, wegen deren nach Art. 1 Nr. 12 AuslVt. mit der Schweiz eine Auslieferung erfolgen darf.

Hypothekenbankgesetz.

Vom 13. Juli 1899.

§§ 24, 27, 28. 1. BankA. 7 381, BayRpflZ. **08** 209, LeipzZ. **08** 468 (Bamberg). Eine Übertragung von Konten auf andere, zumal wenn sie ihrem inneren Wesen und dem Gegenstande nach verschieden sind mit der Wirkung, daß einzelne Konten vollständig verschwinden, ist als eine grobe Verletzung der am Kopfe bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen zu qualifizieren. Eine Übertragung und Vermengung der Konten über Agiogewinn, Baugelderprovisionen, Pfandbriefumsatzkosten und des Dubiosenkontos mit dem ihnen völlig fernstehenden Kontokorrentzinsenkonto läßt die Bilanz als unvollständig und verschleiert erscheinen und berechtigt zur Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses.

2. BankA. 7 347 (Bamberg). Als „rückständige Hypothekenzinsen" im Sinne der §§ 24 Ziff. 2, 28 Ziff. 5 HypBankG. gelten auch Zinsrückstände, welche als uneinbringlich oder zweifelhaft abgeschrieben worden sind.

§§ 29 ff. Kohler, Hypothekenbanktreuhänder, BankA. **6** 121 ff. a) Die Pfandbriefgläubiger haben ein Beschlagsrecht am Deckungsvermögen, welches in bestimmter Weise erworben und verloren wird. Das Beschlagsrecht unterscheidet sich vom Pfandrechte darin, daß es nicht ein Einzelrecht bildet, sondern ein soziales Gesamtrecht. Das Vorzugsrecht des HypBankG. ist ein eigenartig gestaltetes Absonderungsrecht, dessen Besonderheit namentlich darin besteht, daß seine Befriedigung nicht außerhalb, sondern innerhalb des Konkurses erfolgt. b) Der Treuhänder ist Vertreter der Pfandbriefgläubiger, allerdings nur mit beschränkter Funktion und beschränkter Vollmacht. Er schließt also einen Vertreter im Sinne des Briefgemeinschaftsgesetzes nicht aus.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 4. Vgl. GVG. § 13 Ziff. 4 g.

§ 5. RheinA. **105** I 88 (Cöln). Die Prozeßprivilegien des Standesherrn sind durch die Reichsjustizgesetze beseitigt.

§ 11. 1. Gravenhorst, Der sog. Konflikt bei gerichtlicher Verfolgung von Rechten (Heft 15 der Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrechte, herausgegeben von Brie und Fleischmann [Breslau]) 63 ff. Mit der Bestimmung, daß gewisse Vorschriften „unberührt bleiben" sollen, ist zum Ausdrucke gebracht worden, daß nicht nur die bestehenden Landesgesetze aufrechterhalten bleiben, sondern diese Materie auch künftig der Landesgesetzgebung vorbehalten bleiben soll.

2. **RG.** II. **67** 78. Ist die Klage gegen einen Beamten bei einem nicht in dem Staate, dessen Gesetz die Vorentscheidung anordnet, gelegenen Gericht erhoben worden, so ist für die Einholung der — für das Prozeßgericht doch unverbindlichen — Vorentscheidung kein Raum.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Eine Übersicht über die — immer mächtiger anschwellende — Literatur zur Justizreform ist vorausgeschickt. — Die Entscheidungen betreffend die Zulässigkeit des Rechtswegs sind bei § 13 insoweit wiedergegeben, als sie nicht von lediglich partikularrechtlicher Bedeutung sind. — Entscheidungen und Literatur betreffend die Zuständigkeit und das Verfahren der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte sind bei § 14 zusammengestellt.

Literatur: Adickes, Der Kampf um die Justizreform (Referat über einen Vortrag), R. **08** 193. — Beinert, Der Gerichtsassessor als Richter im Zivilprozesse. — Bausteine zur Gesetzesreform (Crönert, von Kujawa, Michels, Glasewald, Liebling, Lehmer, Heuer, Lönnies, Senckpiehl, Remy), R. **08** 23, 60, 108, 150, 152, 269, 319, 361. — Coumont, Das erste Jahrzehnt der ÖstZPO. und die Reform des deutschen Zivilprozesses, DJZ. **08** 1244. — Dispeker, Die Reform des Prozeßverfahrens, ARWirtschPhil. **1** 276. — Dittenberger, Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes ꝛc. mit kritischem Kommentar 1908. — Dittenberger, Die Justiznovelle in ihrer neuen Fassung, JW. **08** 177. — Düringer, BayRpflZ. **08** 1 ff. — Ephraim, Der Entwurf über die Justizreform, ZIndR. **2** 265. — Fischer, Richterkraft und Fiskus, DJZ. **08** 1375. — Frormann, Der Amtsrichter und seine Zuständigkeit, R. **08** 274. — Fuchs, Die Erneuerung unseres Rechtslebens, HoldheimsMSchr. **08** 161, 189, 265. — Fuld, Die Zivilprozeßnovelle und die Rechtsausübung auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbes, UnlW. **7** 19. — Goldenring, Die Zuständigkeit der Amtsgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, BuschsZ. **37** 518. — Hachenburg, Die Zivilprozeßreform und die Interessen des Handelsstandes, BankA. **7** 161. — Hellmann, Zur Prozeßnovelle, Bay. RpflZ. **08** 133. — Herr, Die geplante Justizreform und die ländlichen Landgerichte, JW. **08** 264. — Hörle, Amtsgerichtliche Betrachtungen, R. **08** 199, 273, 363. — Josef, Die richterliche Individualität und die Kollegialgerichte, Grenzboten **52** Nr. 66. — Kleinrath, Die Zivilprozeßnovelle, R. **08** 242. — Derselbe, Zur Zivilprozeßreform, JW. **08** 708. — Korn, Zur Reform des amtsgerichtlichen Verfahrens, ARWirtschPhil. **1** 269. — Landsberg, Einzelwünsche zur Justizreform, PosMSchr. **08** 22, 68. — Löwenstein, Ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das Kollegialprinzip zugunsten des Einzelrichtertums einzuschränken? DJZ. **08** 891. — Magnus, Die Prozeßnovelle und der gewerbliche Rechtsschutz, GewRschutz **13** 109. — Mothes, Zur Zivilprozeßreform, SächsRpflA. **08** 162. — Müller, Zur Justizreform. Eindrücke vom außerordentlichen Anwaltstag in Leipzig, WürttRpflZ. **1** 157—166. — Neumann, Prozeßreformen, JW. **08** 633. — Derselbe, Die finanzielle Seite der Novelle zur ZPO., JW. **08** 170. — Orgler, Der Entwurf zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. **08** 73. — Peiser, Die Justizreform und die Zwangsvollstreckung, JW. **08** 289. — Peters, Das englische Streitverfahren und die deutsche Zivilprozeßreform (Referat über einen Vortrag), R. **08** 25. — Rausnitz, Die Zivilprozeßreform vom wirtschaftlichen Standpunkte, DWirtschZ. **4** Nr. 7. — Reichel, Referendarien als Bagatellrichter, DJZ. **08** 69. — Schmersahl, Materielles, kein formelles Recht, DJZ. **08** 238. — Schmidt, Die deutsche Zivilprozeßreform und ihr Verhältnis zu den ausländischen Gesetzgebungen, ZPol. **1** Heft 2. — Schneider, Das amtsgerichtliche Verfahren nach den Verbesserungsvorschlägen des Reichsjustizamts, BuschsZ. **34** 354. — Schrutka von Rechtenstamm, Die deutsche Zivilprozeßreform, GrünhutsZ. **35** 225 ff. — Seuffert, Die Reichstagsvorlage des Entwurfes zum Zivilprozeßrechte, DJZ. **08** 1185. — Striemer, Zur Justizreform, JW. **08** 417, 538. — Strobel, Zur Zivilprozeßreform, DJZ. **08** 134. — Tittel, Soll die Zuständigkeit der Amtsgerichte im Zivilprozeß erhöht werden? DJZ. **08** 1394. — Wach, Über die Justiznovelle (Referat über einen Vortrag), R. **08** 23. — Derselbe, Die Justiznovelle, DJZ. **08** 9. — Derselbe, Eine Bemerkung zur Sprache des Entwurfes zum Zivilprozeßrechte, DJZ. **08** 304. — Weischlich, Laien-Bagatellgerichte, RheinZ. **1** 45. — Wielutzky, Schöffen-Zivilgerichte, R. **08** 27, 72. — Wolff, Die Novelle zu den Justizgesetzen, DJZ. **08** 161. — Zelter,

Die Vorschläge für das amtsgerichtliche Verfahren, JW. **08** 511. — Derselbe, Die wirtschaftliche Beurteilung der Kompetenzerhöhung im Reichstage, JW. **08** 697. — Derselbe, Zur Zivilprozeßreform. Eine Replik, JW. **08** 98, 121, 182.

Erster Titel. Richteramt.

§ 11. DJZ. **08** 1229 (PrKompGH.). Zum Klagegrunde gehören neben den Tatsachen, welche das Recht des Klägers inhaltlich begründen, auch die Rechtsschutzvoraussetzungen, also namentlich auch die Tatsachen, aus welchen sich das Rechtsschutzinteresse des Klägers ergibt. Bei Klagen aus absoluten Rechten gehört daher zum Klagegrunde der Eingriff in das Recht, durch welchen der Anspruch erzeugt wird. Der Rechtsweg ist somit für Klagen aus absoluten Rechten ausgeschlossen, wenn es sich um den Eingriff einer Behörde handelt, über dessen Zulässigkeit das ordentliche Gericht zu entscheiden nicht befugt ist.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Zulässigkeit des Rechtswegs. 1. Ausschließung durch Parteivereinbarung? **RG.** VII. R. **08** II 310 Ziff. 1866. Die Vereinbarung, daß der Rechtsweg ausgeschlossen sein solle, ist gegenüber der zwingenden Vorschrift des § 13 GVG. unwirksam. Den beabsichtigten Erfolg können die Parteien nur durch den Abschluß eines Schiedsvertrags erzielen.

2. Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs. **a) RG.** I. PrVerwBl. **30** 26. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs ist die Klagebegründung maßgebend. Wird die Zulässigkeit bejaht, so kann eine nachträgliche Prüfung des Streitstoffs nur dann zu einer abweichenden Beurteilung der Zulässigkeitsfrage führen, wenn der Kläger inzwischen die Klage in zulässiger Weise geändert hat. **b) RG.** V. JW. **08** 245 Ziff. 20. Wenn sich nicht schon aus der Klage die von Amts wegen zu berücksichtigende Unzulässigkeit des Rechtswegs ergibt, so muß es dem Beklogten unbenommen bleiben, die von ihm erhobene prozeßhindernde Einrede durch den Nachweis zu begründen, daß die aus einem privatrechtlichen Grunde (Eigentum) erhobene Klage sich in Wahrheit gegen eine polizeiliche Verfügung richtet, über deren Rechtmäßigkeit nur die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu erkennen haben. ➠ Diese Entscheidung steht nicht etwa im Widerspruche mit der zu a mitgeteilten. Nach beiden Entscheidungen kommt es für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs allein auf den Inhalt des Rechtsschutzgesuchs an. Die Entscheidung zu b hebt lediglich hervor, daß der Kläger nicht dadurch, daß er das Streitverhältnis als ein solches des bürgerlichen Rechtes darstellt, nach Gutdünken den an sich ausgeschlossenen ordentlichen Rechtsweg eröffnen kann. Denselben Standpunkt nehmen die Entscheidungen zu c—g ein. Red. ⇽ **c) RG.** IV. PrVerwBl. **29** 498. Für den Streit der Interessenten an einem von der Schulaufsichtsbehörde angeordneten Schulhausneubaue darüber, wer die Baukosten zu tragen bzw. nach Verauslagung derselben zu erstatten habe, ist der Rechtsweg ausgeschlossen; daß der Anspruch im Gewande der ungerechtfertigten Bereicherung erhoben wird, macht den Rechtsweg nicht zulässig. **d) RG.** VII. JW. **08** 286 Ziff. 28, PrVerwBl. **29** 601. Für die Klage auf Rückgabe einer Sicherheit, welche gemäß Ortsstatuts für die Straßenbaukosten hinterlegt ist, ist der Rechtsweg auch dann ausgeschlossen, wenn die Rückforderung auf den nachträglichen Wegfall der Voraussetzungen der Hinterlegung gestützt wird. **e) RG.** VII. JW. **08** 221 Ziff. 46, Pr. VerwBl. **29** 897. Für Streitigkeiten betreffend die Zahlung von Gemeindeabgaben ist in Preußen der Rechtsweg ausgeschlossen. Das gilt auch für den Anspruch auf Rückvergütung einer auf Grund einer Biersteuerordnung erhobenen, durch die Wiederausfuhr des Bieres erloschenen Steuer. Durch den Eintritt der Bedingung, von welcher die Rückforderung abhängt, wird nicht etwa ein neuer privatrechtlicher An-

spruch erzeugt. f) R. **08** II 634 Ziff. 3483 (Hamburg). Für die Klage auf Rückgabe einer im Strafverfahren hinterlegten Sicherheit ist der Rechtsweg selbst dann ausgeschlossen, wenn die Sicherheit unter einer nach Behauptung des Klägers ungültigen Bedingung hinterlegt ist. g) **RG.** IV. JW. **08** 535 Ziff. 23, PrVerwBl. **29** 872. Für die Klage auf Schadensersatz wegen Verzugs in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit ist der Rechtsweg nicht zulässig. Es ist nicht statthaft, die Frage des Verzugs und der Verzugsfolgen von dem öffentlich-rechtlichen Grunde loszulösen und sie unter ausschließlich privatrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten.

h) Naumburger AK. **08** 49 (Naumburg). Der Rechtsweg ist zulässig, wenn sich aus den klägerischen Anführungen ergibt, daß das beanspruchte Recht *möglicherweise* privatrechtlicher Natur ist.

3. *Der Zulässigkeit des Rechtswegs steht nicht entgegen, daß die Entscheidung von der Beurteilung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse abhängt.* a) **RG.** VII. 30. 12. 07, **67** 293, JW. **08** 147 Ziff. 21. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind nicht nur solche, welche ausschließlich die Anwendung privatrechtlicher Normen betreffen; sie sind vielmehr bei privatrechtlicher Grundlage des erhobenen Anspruchs stets als gegeben anzusehen, mag es auch zur Entscheidung des Streites erforderlich sein, dabei über Rechtsfragen zu befinden, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Für die Klage des Straßenanliegers auf Rückzahlung eines zur Erlangung der Bauerlaubnis auf Grund eines entgeltlichen (wegen Irrtums angefochtenen) Vertrags an die Stadtgemeinde gezahlten Betrags ist daher der Rechtsweg zulässig. b) **RG.** V. R. **08** II 379 Ziff. 2231. Für die Klage auf Unterlassung eines Einbaues in den vom Kläger als Eigentum in Anspruch genommenen See sowie für die Widerklage, daß der Kläger zur Duldung der Seebenutzung durch den Beklagten verpflichtet sei, ist in Preußen der Rechtsweg zulässig. c) **RG.** V. JW. **08** 153 Ziff. 27. Der Rechtsweg findet überall insoweit statt, als er nicht durch besondere reichs- oder landesgesetzliche Vorschriften, aus welchen sich die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte ergibt, ausgeschlossen ist. Danach ist der Rechtsweg in Preußen zur Feststellung des Nichtbestehens eines auf einen privatrechtlichen Titel gestützten Rechtes zum Verbote der Wegebenutzung zulässig. d) **RG.** VI. 21. 9. 08, JW. **08** 653 Ziff. 2, BayRpflZ. **08** 436. Für die Klage des Jagdpächters einer Gemeindejagd auf Unterlassung jagdstörenden Lärmes, welchen der königliche Förster an der Grenze des benachbarten fiskalischen Waldes verübt, ist der Rechtsweg auch dann zuläsisg, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß er in Ausübung seines Amtes gehandelt habe.

4. *Einzelheiten.* a) OLG. **17** 31 (KG.). Die Frage, ob jemand adeligen Standes ist, ist nach öffentlichem Rechte zu entscheiden. Für sie ist in Preußen ausschließlich das Heroldsamt zuständig; eine Nachprüfung der Entscheidungen dieser Behörde durch die ordentlichen Gerichte ist ausgeschlossen. — Ebenso OLG. **17** 39 (Darmstadt). b) **RG.** III. JW. **08** 411 Ziff. 14. Wird gegen den Defektenbeschluß der Rechtsweg beschritten (§ 144 RBG.), so ist das Gericht keineswegs darauf beschränkt, zu prüfen, ob die besonderen sachlichen Voraussetzungen des Beschlusses vorliegen; es hat vielmehr, indem es die tatsächlichen Behauptungen frei zu würdigen und die rechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen hat, ohne Rücksicht darauf, wie die Verwaltungsbehörde das Verhalten des Beamten rechtlich gekennzeichnet hat, zu entscheiden, ob eine Ersatzpflicht des Beamten besteht und in welcher Höhe (**RG.** **12** 143). c) **RG.** III. JW. **08** 448 Ziff. 11. Für den Anspruch eines Beamten gegen den preußischen Staat auf Schadensersatz gemäß §§ 618, 278 BGB. ist der Rechtsweg zulässig: § 1 des G. über die Erweiterung des Rechtswegs vom 24. Mai 1861 schließt den Rechtsweg nur für solche Ansprüche des Beamten aus, welche auf die mit dem Amte als solchem verbundenen, durch die Anstellung begründeten Diensteinkünfte gerichtet sind. d) **RG.** VII. JW. **08** 221 Ziff. 46, PrVerwBl. **29** 897.

Nach den im Gebiete des preußischen Rechtes herrschenden Grundsätzen ist in Ansehung der Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Umlagen und Abgaben der Rechtsweg ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für die Gemeindeabgaben, hinsichtlich deren die Rechtsmittel durch §§ 69 ff. KommAbgG. geregelt worden sind. **e)** R. **08** II 212 Ziff. 1270 (PrKompGH.). Für den Anspruch auf Ersatz des Schadens, welchen ein Zolldampfer bei Ausübung des Zolldienstes einem Schiffe beim Anborden durch Zusammenstoß zufügt, ist in Preußen der Rechtsweg zulässig, da hier nicht ein Akt des Staatshoheitsrechts streitig ist. **f)** R. **08** II 212 Ziff. 1271 (PrKompGH.). Wegen eines Schadens, welchen die Zollbehörde dadurch bewirkt, daß sie Gerste, welche nicht als Malz-, sondern als Futtergerste verzollt werden sollte, durch Anschroten unbrauchbar machte, ist, da der Schaden nur eine naturgemäße Folge der Zollerhebung ist, der Rechtsweg unzulässig. **g)** **RG.** VI. **68** 26, JW. **08** 246 Ziff. 21. Das Verfahren betreffend Versagung eines Gewerbebetriebs ist durch § 40 Abs. 2, §§ 20, 21 GewO. ausschließlich den Verwaltungsbehörden übertragen. Damit ist der Rechtsweg ausgeschlossen, eine Klage auf Abhilfe aus § 24 HambVerhältnisG. vom 23. April 1879 vor den ordentlichen Gerichten daher unzulässig. — Dazu H a r t m a n n , DJZ. **08** 729 ff. Nach § 4 EGGVG. ist den Einzelstaaten die Befugnis eingeräumt, ihren Gerichten die Gerichtsbarkeit in anderen als bürgerlichen und Strafsachen, insbesondere also auch in Verwaltungsstreitsachen zu übertragen. Diese Befugnis ist auch in Sachen gegeben, für welche der in §§ 20, 21 GewO. geordnete Instanzenzug besteht, da die Landesgesetzgebungen nicht behindert sind, über diese reichsrechtlich angeordneten Mindestgarantien hinaus weiteren Rechtsschutz zu schaffen. Dagegen kann die Landesgesetzgebung, indem sie von der Befugnis des § 4 EG. Gebrauch macht, niemals die Zuständigkeit des RG. in verwaltungsrechtlichen Streitsachen begründen. **h)** R. **08** II 526 Ziff. 2979 (Hamburg). Wegen des polizeilichen Verbots der Aufführung eines Bühnenstücks ist — soweit nicht für solche Fälle reichs- oder landesgesetzlich ein Rekursverfahren eingerichtet ist — der Rechtsweg zulässig, da es sich um einen Eingriff in die private Rechtssphäre, die des freien Gewerbebetriebs sowie des literarischen Urheberrechts handelt. **i)** **RG.** V. JW. **08** 301 Ziff. 8. Gegen Anlagen, welche gemäß § 16 GewO. einer besonderen Genehmigung bedürfen, können gemäß §§ 17—19 GewO. in dem die Genehmigung betreffenden Verfahren Einwendungen binnen bestimmter Frist erhoben werden. Soweit dieselben auf dem öffentlichen Rechte beruhen, unterliegen sie lediglich der Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Soweit sie sich auf privatrechtliche Titel gründen, sind sie, sofern es sich um einen allgemeinen Titel (z. B. Eigentum) handelt, bei der Entscheidung über die Genehmigung — vorbehaltlich des Rechtswegs — zu erörtern, soweit ein besonderer Privatrechtstitel in Frage steht (Vertrag, Privileg, letztwillige Verfügung), ohne Prüfung zur richterlichen Entscheidung zu verweisen (**RG. 13** 55). Daraus folgt, daß die den Einwendungen gegen den Unternehmer der Anlage entsprechenden Unterlassungsansprüche den ordentlichen Gerichten nicht entzogen sind. **k)** **RG.** V. JW. **08** 153 Ziff. 27. Für eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines auf einen privatrechtlichen Titel gestützten Rechtes zum Verbote der Wegebenutzung ist in Preußen der Rechtsweg zulässig.

5. S t r e i t i g e o d e r f r e i w i l l i g e G e r i c h t s b a r k e i t ? PosMSchr. **08** 162 (Posen). Streiten die getrennt lebenden Ehegatten nicht über die Befugnis eines von ihnen, mit den Kindern zu verkehren, sondern nur über die Art und Weise, in welcher dieser Verkehr zu regeln ist, so ist nicht das Prozeßgericht, sondern ausschließlich der Vormundschaftsrichter zuständig: vor die ordentlichen Gerichte gehören nur solche bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten, für welche nicht — abgesehen von den Verwaltungsinstanzen — reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

§ 14. Sondergerichte. 1. a) Jäger, LeipzZ. **08** 140, bekämpft die Ansicht des RG., daß die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts im Gegensatze zu der des Gewerbegerichts nur für Streitigkeiten der ursprünglichen Vertragschließenden, nicht der Rechtsnachfolger derselben begründet sei: durch § 1 KfmGG. sei der § 1 GewGG. authentisch dahin interpretiert worden, daß auch das Gewerbegericht ungeachtet eines Wechsels in der Person der Vertragsparteien zuständig bleibe. b) **RG.** III. **67** 115, JW. **08** 22 Ziff. 28, LeipzZ. **08** 166, GewG. **13** 113. Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse zwischen Kaufleuten und deren Handlungsgehilfen gehören auch dann vor die Kaufmannsgerichte, wenn der Anspruch von einem Rechtsnachfolger der einen oder der anderen Partei erhoben wird. — Ebenso SächsOLG. **28** 252, GewG. **13** 242. c) GewG. **13** 237 (LG. Cöln). Für die Klage des Angestellten gegen den Verwalter im Konkurse des Prinzipals auf Feststellung der Gehaltsforderung ist das Kaufmannsgericht zuständig.

2. Reichel, SächsRpflA. **08** 73. Der Bürge eines vor dem Gewerbe- oder Kaufmannsgerichte zu belangenden Schuldners ist vor dem ordentlichen Gerichte zu verklagen, ebenso der — privative oder kumulative — Schuldübernehmer, es sei denn, daß die Schuld sowohl wie er selbst vor das Spezialforum gehören (Beispiel: ein Handlungsgehilfe verpflichtet sich, die einem anderen vertragsmäßig obliegenden Leistungen auszuführen).

3. **RG.** III. GruchotsBeitr. **52** 1157, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 36, BayRpflZ. **08** 479. Kann die Feststellung, daß der Handlungsgehilfe mehr als 5000 M. verdient, wegen der Unsicherheit seiner Bezüge nicht getroffen werden, so ist das Kaufmannsgericht zuständig.

4. a) Hilse, BuschsZ. **38** 220 ff. Für Streitigkeiten einer GmbH. aus dem gewerblichen Arbeits- oder Lehrverhältnis ist nicht die Innungsbehörde oder das Innungsschiedsgericht, sondern stets nur das Gewerbegericht bzw. das ordentliche Gericht zuständig. b) Gorden, EisenbE. **25** 83, 221. Für die gewerblichen Angestellten der Eisenbahnen sind die Gewerbegerichte nicht zuständig. c) GewG. **14** 179 (LG. Hamburg). Für Rechtsstreitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren kaufmännischen Angestellten ist das Kaufmannsgericht zuständig. Ebenso, sofern es sich um einen Versicherungsverein handelt, der auch Nichtmitglieder versichert, Naumb. AK. **08** 54 (LG. Halle). d) KGBl. **08** 97 (KG.). Der Schadensersatzanspruch gegen den Prinzipal wegen Verletzung der ihm gemäß § 62 HGB. obliegenden Verpflichtungen beruht nicht auf dem Dienstvertrage, sondern unmittelbar auf dem Gesetze; für ihn ist daher die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet. AM. LeipzZ. **08** 960 (LG. Hamburg): Die Verletzung der dem Prinzipal im § 62 HGB. auferlegten Verpflichtungen ist Vertragsverletzung. e) GewG. **13** 87 (LG. Cöln). Für die Klage gegen einen Werkmeister auf Rückzahlung des zur Zeit der Entlassung noch nicht verdienten Lohnvorschusses ist das Gewerbegericht zuständig. f) SächsOLG. **29** 124, SeuffA. **63** 158 (Dresden). Die Gewerbegerichte sind zuständig für Ansprüche der Arbeiter, nicht aber der Arbeitgeber auf Rückgabe von Gerätschaften. Daher gehören Schadensersatzansprüche der Arbeitgeber wegen der den Arbeitern übergebenen Gerätschaften nur dann zur Zuständigkeit des Sondergerichts, wenn sie unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnisse hervorgehen (§ 4 Ziff. 2). g) OLG. **17** 72 (KG.). Für die Klage eines Hausgewerbetreibenden wird die Zuständigkeit des Gewerbegerichts nicht dadurch ausgeschlossen, daß er rechtlich selbständig ist, sofern er nur für einen Arbeitgeber beschäftigt, also wirtschaftlich von einem solchen abhängig ist.

5. a) Unwirksamkeit der Prorogation in Kaufmannsgerichtssachen vgl. § 38 Ziff. 1 a. b) **RG.** III. GruchotsBeitr. **52** 1154, LeipzZ. **08** 701, BayRpflZ. **08** 479. Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs ist auch für die Widerklage selbständig zu prüfen; der rechtliche Zusammenhang mit der Klage kann die Zuständigkeit

des Kaufmannsgerichts nicht ausschließen, ebensowenig der Umstand, daß das KfmGG. erst in der Zeit zwischen der Erhebung der Klage und der Widerklage in Kraft getreten ist. Dagegen ist die Aufrechnung mit einem zur Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte gehörenden Anspruche zulässig.

6. a) GewG. **13** 184 (LG. München I). Der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung (§ 27 GewGG., § 16 KfmGG.) ist nicht begründet, wenn der Prinzipal die Niederlassung erst nach Auflösung des Dienstvertrags begründet hat. **b)** LeipzZ. **08** 328 (Karlsruhe). Wird aus einem im Auslande geschlossenen Vertrage bei dem Gerichte des inländischen Wohnsitzes des Beklagten Klage erhoben, so kann die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht unter Hinweis darauf bestritten werden, daß für den Rechtsstreit ein ausländisches Gewerbe- oder Kaufmannsgericht sachlich und örtlich zuständig sei.

7. BadRpr. **08** 168 (LG. Karlsruhe). Nach § 55 GewGG. ist die Berufung zulässig, wenn der Streitgegenstand erster Instanz den Betrag von 100 M. übersteigt, auch wenn der Beschwerdegegenstand geringer ist.

8. OLG. **17** 135 (KG.), ebenda 136 (Dresden). Die Vorschrift des § 157 Abs. 3 ZPO., daß der Beschluß, durch welchen ein geschäftsmäßiger Bevollmächtigter oder Beistand zurückgewiesen wird, nicht anfechtbar ist, findet auch auf Beschlüsse der Gewerbegerichte gemäß § 31 GewGG. Anwendung.

9. Reform. Neumann, Soziale Zivilprozeßreform und die Sondergerichte, PrVerwBl. **29** 802, Blobel, Juristen und Laien als Richter und Prozeßbevollmächtigte vor dem Kaufmannsgericht, ebenda 385, Viezens, Sondergerichtssachen, ebenda 576. Hilse, R. **08** 710, will die Zuständigkeit der Gewerbegerichte, um sie mit der der Kaufmannsgerichte in Übereinstimmung zu bringen, erweitern. Meyer, JW. **08** 507, will die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte überhaupt beseitigen.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. 1. Ziff. 1. Reform. Gegen jede Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit sind Wolff, DJZ. **08** 161, Hörle, R. **08** 199, Mothes, SächsRpflA. **08** 164. Eine Erweiterung der Amtsgerichtszuständigkeit hinsichtlich der Materien befürwortet Zelter, JW. **08** 511 und 697, ebenso Jastrow, 29. DJT. **2** 108 ff. Eine Erhöhung bis zu 500 M. billigen Volkmar, R. **08** 232, und Wach, DJZ. **08** 14. Mit der vom Entwurfe vorgeschlagenen Erhöhung bis zu 800 M. sind Hellmann, BayRpflZ. **08** 133, Löwenstein, DJZ. **08** 891, und ebenso Coumont, ebenda 1248, einverstanden. Erhöhung bis zu 1000 M. verlangt Tittel, DJZ. **08** 194. (Die Reichstagskommission hat Erhöhung der Zuständigkeit bis zu 600 M. beschlossen).

Die Frage, ob das Kollegialsystem zu Gunsten des Einzelrichtertums zu beschränken ist, wird von Walker, 29. DJT. **4** 270 ff. bejaht: die Zuständigkeit der Amtsgerichte sei daher zu erweitern, die Senate der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts mit je 3 Richtern zu besetzen. Heinsheimer, ebenda 304, lehnt jede Einschränkung des Kollegialsystems ab.

2. Ziff. 2. DJZ. **08** 711 (Dresden). Verlangt der Kläger Räumung, indem er sich auf das Eigentum am Grundstücke stützt und gleichzeitig die Nichtigkeit des mit dem Beklagten geschlossenen Mietvertrags darlegt, so liegt nicht eine Streitigkeit zwischen Vermieter und Mieter im Sinne des § 23 Nr. 2 GVG. vor.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 58. Brettner, DJZ. **08** 132, Gumbinner, ebenda 243, Hellmann, BayRpflZ. **08** 133, halten den Vorschlag der Novelle, wonach Amtsrichter gleichzeitig Mitglieder des am Orte befindlichen Landgerichts sein können, im Interesse

der Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit für bedenklich. Demgegenüber weist Müller, DJZ. 08 420, darauf hin, daß die von der Novelle geplante Änderung für Schaumburg-Lippe bereits geltendes Recht ist (die Reichstagskommission hat durch den Beschluß, daß sämtliche Amtsrichter des Bezirks Landgerichtsmitglieder sein können, diesen Gedanken sogar noch erweitert).

§ 70. RG. WürttJ. 20 22. Zu den Beamten im Sinne des § 70 Abs. 3 gehören die württembergischen öffentlichen Notare.

§ 77. Neumann, JW. 08 630, schlägt vor, die Landgerichte mit einem, die Oberlandesgerichte mit drei, die Revisionsgerichte mit fünf ordentlichen Richtern zu besetzen und daneben für jede Instanz zwei Schöffen, welche ganz oder zum Teil der Anwaltschaft zu entnehmen sind, zu berufen.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

§ 105 a. (Entwurf.) Den Vorschlag des Entwurfes, daß für die Berufung und Beschwerde in Handelssachen die Kammern für Handelssachen zuständig sein sollen, billigt Seuffert, DJZ. 08 1186. Dittenberger, JW. 08 178 und Stranz, DJZ. 08 406, haben sich dagegen ausgesprochen (ebenso auch die Reichstagskommission).

§ 106. BuschsZ. 38 415 (Karlsruhe). Der Antrag auf Verweisung an die Kammer für Handelssachen ist unzulässig, wenn bereits über prozeßhindernde Einreden verhandelt worden ist.

Neunter Titel. Reichsgericht.

Vor § 125. Vorschläge zur Entlastung des RG. machen Bolze, R. 08 844, Hugo Neumann, JW. 08 630, Wildhagen, DJZ. 08 924, Düringer, BayRpflZ. 08 1, Friedländer, SeuffBl. 08 935. Vgl. auch das Vor § 545 Bemerkte.

Zwölfter Titel. Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte.

§ 155. Zur rechtlichen Stellung der Gerichtsvollzieher vgl. Brückner, R. 08 467. Dem Auftraggeber steht der Gerichtsvollzieher sowohl als Beamter wie als nach den privatrechtlichen Grundsätzen über die Geschäftsbesorgung Verpflichteter gegenüber; er hat den Weisungen des Auftraggebers, soweit sie gesetzmäßig sind, nachzukommen.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Vor § 157. Begriff des Rechtshilfeersuchens. 1. **a)** OLG. 17 41 (Cassel). Ein Rechtshilfeersuchen liegt nur dann vor, wenn das Ersuchen auf eine Handlung gerichtet ist, die sachlich in den dem ersuchenden Gerichte zugewiesenen Geschäftskreis fällt. Geht das Ersuchen über diesen Geschäftskreis hinaus, so ist auch, abgesehen von dem Falle des § 159 Abs. 2, die Ablehnung des Ersuchens gerechtfertigt. **b)** **RG.** IV. PosMSchr. 07 168, DNotV. 08 412, ebenso **RG.** IV. **67** 417, JW. 08 254 Ziff. 27, DNotV. 08 412. Dem Ersuchen eines auswärtigen Vormundschaftsgerichts, den Mündelvater über die Anerkennung der Vaterschaft zu vernehmen und eine vollstreckbare Verpflichtungserklärung von ihm entgegenzunehmen, ist stattzugeben, da es sich hierbei um eine in den Rahmen der vormundschaftsgerichtlichen Obliegenheiten fallende Tätigkeit handelt (die in **RG. 57** 396 aufgestellte abweichende Ansicht wird ausdrücklich reprobiert).

2. OLG. 17 42 (München). Daß das ersuchte Gericht die Amtshandlung in seinem Bezirke vornehme, bildet begrifflich den Inhalt jedes Rechtshilfeersuchens (§ 158 GVG.). Die Ablehnung des Ersuchens um Vernehmung einer Person (im vorliegenden Falle des zu Entmündigenden) ist daher berechtigt, wenn dieselbe in dem betreffenden Bezirke weder ihren Wohnsitz noch ihren Aufenthalt hat. — Ebenso

HessRspr. **9** 69 (Darmstadt). Das ersuchte Gericht ist nur für solche Amtshandlungen zuständig, welche mit Rücksicht auf die örtlichen Beziehungen der in Betracht kommenden Personen oder Sachen in seinen örtlichen Geschäftskreis fallen. Für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen insbesondere entspricht es der Natur der Sache und der Übung der Gerichte, daß sie — von besonderen Umständen abgesehen — im Bezirk ihres Aufenthaltsorts erfolgt. Es ist auch ein berechtigtes Interesse dieser Personen anzuerkennen, daß sie nicht grundlos von einem anderen Gerichte vernommen werden.

3. *Ortlieb, Ausländische Rechtshilfeersuchen, BuschsZ. **38** 378—418. Die Vorschriften über die Gewährung von Rechtshilfe sind durch das HaagProzeßAbk. auf Rechtshilfeersuchen ausgedehnt, die von ausländischen Gerichten der Vertragsstaaten in Zivilsachen gestellt werden. Danach müssen die Gerichte ihnen stattgeben, und zwar auch bezüglich solcher Beweismittel, die die deutsche Prozeßordnung nicht kennt (eidliche Vernehmung der Parteien), denn die ausländischen Gerichte können Rechtshilfe nach Maßgabe ihrer Gesetzgebung erbitten. Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, daß die vorzunehmende Rechtshilfehandlung selbst nach deutschem Rechte verboten ist. Bei Rechtshilfeersuchen solcher Staaten, die dem HaagProzeßAbk. nicht beigetreten sind, finden nicht die Vorschriften des GVG. und der ZPO., sondern die einschlagenden Vorschriften der Landesgesetze Anwendung. Als deutsches Reichsgesetz unterliegt das HaagProzeßAbk. der Auslegung durch die Gerichte, die insbesondere auch — unbeschadet der vorherigen Prüfung im diplomatischen Wege — selbständig darüber entscheiden, ob das Ersuchen abzulehnen ist.

§ 157. RheinARV. **16** 97, RheinA. **105** I 203 (Cöln). Gemäß § 144 GewUVG. haben die Amtsgerichte dem Ersuchen der Berufsgenossenschaften um eidliche Zeugenvernehmung zu entsprechen. AM. JDR. **6** § 157 Ziff. 2 (Nürnberg). Vgl. auch JDR. **5** § 157 Ziff. I.

§ 159. 1. SächsOLG. **29** 256. Das Ersuchen des Prozeßgerichts, Verwandte einer Partei, welche zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, entgegen der Vorschrift des § 393 sofort zu beeidigen, kann nicht abgelehnt werden. Der Umstand, daß die Beeidigung vom Prozeßgericht erst in einem späteren Stadium des Beweisverfahrens hätte angeordnet werden dürfen, macht die dem ersuchten Richter angesonnene Amtshandlung nicht zu einer verbotenen.

2. **RG.** VI. SächsRpflA. **08** 247. Das ersuchte Gericht darf die Rechtshilfe nicht deswegen versagen, weil die vorzunehmende Rechtshandlung nicht zweckmäßig oder nicht notwendig sei.

3. **RG.** III. JW. **08** 751 Ziff. 22. Die AVf. des preuß. Justizministers vom 10. Juli 1884 betr. das Verfahren bei Zuziehung von Sachverständigen, welche in einem anderen Bundesstaat wohnen, hat nicht die Bedeutung einer Rechtsnorm, durch welche den Amtsgerichten verboten wird, dem Ersuchen des Prozeßgerichts eines anderen Bundesstaats um mündliche Vernehmung eines Sachverständigen zu entsprechen.

§ 160. BayRpflZ. **08** 211 (LG. Bamberg). Gegen die Verweigerung einer gemäß § 172 JnvVG. vom Schiedsgerichtsvorsitzenden nachgesuchten Rechtshilfe gibt es weder eine Dienstaufsichtsbeschwerde, noch, wie Böhm-Delius, Handbuch 72, annehmen, eine Beschwerde an das Oberlandesgericht.

§ 167. OLG. **17** 43 (Cöln). Über die Zustimmung ist nach vernünftigem Ermessen zu entscheiden. — Die Versagung der Zustimmung ist eine Ablehnung im Sinne des § 160 GVG.; gegen sie findet daher die Beschwerde bei dem höheren Instanzgerichte, nicht die Dienstaufsichtsbeschwerde statt.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 178. SächsOLG. **29** 1. Eine Beschwerde gegen die gemäß § 178 getroffenen Anordnungen ist unzulässig (§ 183 GVG.).

§ 179. 1. Weißler, DNotV. **08** 339. Die wahrheitswidrige Behauptung eines Prozeßbeteiligten, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, ist nicht als Ungebühr vor Gericht aufzufassen. Vgl. zu der Frage JDR. 5 § 178 und DJZ. **07** 248.

2. a) R. **08** II 70 Ziff. 401 (Hamburg). Auch eine in Notwehr begangene Handlung kann sich als Ungebühr vor Gericht darstellen, sofern sie die Grenzen des vor Gericht Zulässigen überschreitet und der Täter sich dieser Überschreitung bewußt ist. b) Weitere Fälle einer Ungebühr vor Gericht behandeln OLG. **17** 43 (Hamburg), ElsLothJZ. **33** 373 und 376 (Colmar).

3. SeuffBl. **08** 295 (BayObLG.). Das Gericht, nicht der Vorsitzende, verhängt die Ordnungsstrafe wegen Ungebühr.

§ 184. SeuffBl. **08** 295 (BayObLG.). Die Unzulässigkeit eines nach Schluß der Sitzung ergehenden Strafbeschlusses folgt daraus, daß der Beschluß in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist.

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§ 187. v. Kujawa, R. **08** 405. Der § 187 schreibt die Zuziehung des Dolmetschers nur für die Verhandlung mit Personen, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind, vor. Doch wird man, um den der deutschen Sprache unkundigen Beteiligten nicht in seinen Rechten zu beeinträchtigen, die Zuziehung des Dolmetschers auch bei selbständigen Amtshandlungen des Gerichtsschreibers, bei der Amtstätigkeit des Gerichtsvollziehers (z. B. bei der Zwangsvollstreckung und im Falle des § 840 ZPO.), sowie bei der dienstlichen Mitwirkung des Gerichtsdieners fordern müssen, sofern nicht der amtierende Beamte selbst der fremden Sprache mächtig ist. Eine Beeidigung des Dolmetschers ist freilich in diesem Verfahren nicht möglich, da die genannten Beamten weder zur Beeidigung des Dolmetschers noch zur Entgegennahme einer Versicherung auf einen ein für allemal geleisteten Eid zuständig sind, noch der Richter um die Beeidigung angegangen werden kann; doch läßt das Gesetz auch in einem anderen Falle (§§ 811 Abs. 4, 813, 814) die Zuziehung unbeeidigter Sachverständiger zu.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. Vorschläge zur Erweiterung des Kreises der Feriensachen machen Andres, DJZ. **08** 757, Volkmar, R. **08** 234, Krönert, ebenda 23, Ermel, DJZ. **08** 245. Andres will alle Amtsgerichtssachen zu Feriensachen machen, Volkmar alle Zivilprozesse (jedoch vorbehaltlich der Befugnis des Richters, kontradiktorisch werdende Sachen auf die Zeit nach den Ferien zu vertagen), ferner Armenrechtsgesuche, Läuterungs- und Entmündigungssachen; Krönert die Armenrechtsgesuche, Ermel die Entmündigungssachen.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§ 8. 1. **RG.** II. JW. **08** 144 Ziff. 15. Die Einreichung der Revisionsbegründung bei dem Obersten Landesgericht ist wirkungslos, wenn sie nach dem Zeitpunkt erfolgte, in welchem dem Revisionskläger der Unzuständigkeitsbeschluß zugestellt worden ist.

2. BayObLG. **9** 125. Die Zurücknahme der Revision kann, sobald das Oberste Landesgericht sich für zuständig erklärt hat, nur durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen, welcher von einem bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist.

Zivilprozeßordnung.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vor § 1. 1. Prozeßrechtsverhältnis. Degenkolb, ACivPr. **103** 385, gibt eine kritische Würdigung der Lehre Bülows vom Prozeßrechtsverhältnis und der Stellung der neueren Dogmatiker zu derselben.

2. Klag- und Sachurteilsvoraussetzungen. **a)** Nußbaum, Prozeßhandlungen 133 ff., versucht, zu einem Systeme der prozessualen Tatbestände zu gelangen, indem er die Voraussetzungen einer gültigen Klage einerseits und die eines Urteils zur Sache andererseits voneinander sondert. Zur ersteren Gruppe gehören a) die Existenz des Klägers und des Beklagten, b) die Zugehörigkeit des Beklagten zur inländischen Gerichtsbarkeit, c) die Beachtung der wesentlichen Vorschriften über die Form und d) die Zustellung der Klage, e) Parteifähigkeit, f) Prozeßfähigkeit, g) gehörige Vertretung, h) Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters. Sachurteilserfordernisse sind: I. die allgemeinen: A. von Amts wegen zu beachtende: a) Zulässigkeit des Rechtswegs, b) sachliche und örtliche Zuständigkeit, c) Zulässigkeit der gewählten Prozeßart, d) Zulässigkeit der Klagänderung; B. auf Verlangen des Beklagten zu beachtende (§§ 274 Nr. 3, 5, 6, 269 Abs. 3 ZPO., 272 Abs. 3 HGB.); II. die besonderen (§§ 256—259; bei Konstitutivurteilen bildet das Gestaltungsrecht nicht ein besonderes Sachurteilserfordernis, sondern den Prozeßgegenstand). **b)** Klagerecht. α. **RG.** II. JW. **08** 479 Ziff. 10. Ein Anspruch kann in der Regel nur von demjenigen eigenen Namens gerichtlich geltend gemacht werden, dem derselbe zusteht, denn zur Klagebegründung gehört die Angabe der rechtsbegründenden Tatsachen, insbesondere derjenigen, die geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers bestehend erscheinen zu lassen. Soweit daher ein Kläger einen Anspruch als in der Person eines anderen bestehend lediglich als Bevollmächtigter des letzteren gerichtlich geltend macht, trifft die erwähnte Voraussetzung nicht zu. β. **RG.** VII. **67** 390, JW. **08** 222 Ziff. 48, DJZ. **08** 483. Die Vereinbarung, wodurch für eine Forderung der Klageweg ausgeschlossen wird, ist gültig. Sie bewirkt, daß die Forderung mit der peremtorischen Einrede der Unklagbarkeit behaftet wird. ➾ Die Entscheidungen zu α und β sind nicht miteinander zu vereinigen. Nach der zu α kann das Klagerecht nicht ohne das zugrunde liegende materielle Rechtsverhältnis veräußert werden. Die Entscheidung zu β läßt dagegen eine selbständige Verfügung über das Klagerecht, nämlich den Verzicht zu. Die erstere Entscheidung entspricht der neueren Klagerechtstheorie, wie sie insbesondere von Hellwig vertreten wird. Die Divergenz zwischen den beiden Entscheidungen beweist, daß auch der Praktiker nicht umhin kann, zur Lehre vom Klagerecht Stellung zu nehmen. Red. ⇽ **c)** Rechtsschutzbedürfnis. α. **RG.** VII. WarnE. **08** 567. Hat der Kläger, trotzdem bereits ein Vollstreckungstitel vorliegt, ein Interesse an der Erlangung eines weiteren Vollstreckungstitels, so ist die Klage zulässig, so z. B. wenn sich der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung durch Prozeßvergleich verpflichtet hatte, da dieser nicht wie die Verurteilung aus § 894 ZPO. die Willenserklärung ersetzt. β. LeipzZ. **08** 474 (München). Ein Anspruch, welcher bereits zur Konkurstabelle festgestellt worden ist, darf nicht mehr zum Gegenstand einer Klage gemacht werden, es sei denn, daß ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist.

3. Prozeßhandlungen. **a)** Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 27 ff. Prozeßhandlungen sind nicht nur diejenigen Handlungen, welche Teile eines Prozesses sind oder aus denen sich der Prozeß in seiner konkreten Erscheinung zusammensetzt: das Gesetz spricht im § 78 Abs. 2 sogar ausdrücklich

von Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können. Andererseits ist auch nicht alles Prozeßhandlung, was von den Parteien „ex causa des Prozesses" geschieht. Auch die zeitliche Beziehung einer Handlung zum Prozesse, die örtliche zur Gerichtsstätte, die Normierung durch die Prozeßordnung, die Zweckbestimmung ist nicht entscheidend. Zu den Prozeßhandlungen gehören zunächst, wie aus § 78 Abs. 2 zu folgern ist, alle Gesuche, welche die Parteien an ein Gericht als Rechtspflegeorgan richten, selbst wenn sie den Prozeß erst vorbereiten und nur in losem Zusammenhange zu ihm stehen, und ferner jede sonstige prozeßerhebliche Handlung, insoweit sie nach ihrer gedachten, in dem Gesetze bestimmten abstrakten Erscheinung unmittelbar das Prozeßverhältnis zu begründen, fortzuentwickeln oder zu beendigen bestimmt ist. Danach scheiden alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen aus dem Kreise der Prozeßhandlungen aus. Insbesondere sind daher die Aufrechnung, Wandelung, Anfechtung, Rücktritt keine Prozeßhandlungen; erst die Geltendmachung der geschehenen Aufrechnung ꝛc. ist Prozeßhandlung. Auch der Prozeßvergleich ist keine Prozeßhandlung, sondern ein Geschäft des bürgerlichen Rechtes; dagegen ist die Erklärung des Vergleichs zu Gerichtsprotokoll eine Prozeßhandlung. **b)** Nußbaum, Prozeßhandlungen 73 ff. Mit der Ansicht, daß Geschäfte des bürgerlichen Rechtes ihren rein zivilistischen Charakter dadurch, daß sie im Prozesse vorgenommen werden, nicht ablegen, läßt sich die Ansicht des RG., daß die Erklärung der Aufrechnung, Mahnung, Kündigung u. dgl. Prozeßhandlungen im Sinne des § 81 ZPO. seien, zu welchen der Prozeßbevollmächtigte einer besonderen Vollmacht nicht bedürfe, sehr wohl vereinigen: die Ansicht des RG. stützt sich auf eine durch den praktischen Zweck gerechtfertigte erweiternde Auslegung des § 81 ZPO. **c)** Anfechtung von Prozeßhandlungen wegen Irrtums (vgl. oben § 119 BGB. Ziff. II A 7). α. **RG.** VII. **68** 168 läßt die Frage offen; die Vorinstanz (Cöln) hatte die Möglichkeit der Anfechtung grundsätzlich verneint. β. **RG.** I. **69** 261, JW. **08** 718 Ziff. 17. Prozessuale Erklärungen sind nicht gemäß § 119 BGB. wegen Irrtums anfechtbar, sondern unterliegen, wie sich aus § 290 ZPO. ergibt, ihren eigenen Regeln. Ergibt sich, daß der Erklärende (z. B. der Schwurpflichtige, welcher die Eidesleistung weigert) über den Inhalt der Erklärung im Irrtume war oder diese Erklärung in Wirklichkeit nicht abgeben wollte, so liegt eine wirksame Erklärung überhaupt nicht vor. γ. PosMSchr. **08** 151 (Posen) läßt die Anfechtung einer Prozeßhandlung wegen Irrtums zu, indem es die Vorschriften der §§ 119 ff. BGB. auf das Prozeßrecht anwendet. (Der Anwalt des Berufungsklägers hatte in der Meinung, daß ihm der Auftrag dazu erteilt sei, die Berufung zurückgenommen, nachdem sich aber herausgestellt hatte, daß der Auftrag sich auf eine andere Sache bezog, die Zurücknahmeerklärung sofort angefochten, was für zulässig erachtet wurde.) δ. AM. PosMSchr. **08** 152, R. **08** II 710 Ziff. 3873 (Frankfurt). Die Regeln des Privatrechts sind grundsätzlich auf das Verfahren nicht anwendbar. Indem das Prozeßrecht zwar Vorschriften über die Änderung und Zurücknahme von Anträgen enthält, dagegen über den Bestand von Erklärungen sich nicht äußert, erklärt es sie für prinzipiell bindend und unabänderlich. Wären die Prozeßhandlungen jederzeit wegen Willensmängel anfechtbar, so würde ein geordnetes, zur endgültigen Feststellung des Rechtsverhältnisses vorschreitendes Verfahren unmöglich. Die Anfechtung der Rechtsmittelzurücknahme insbesondere ist jedenfalls mit Erlaß des Verlustigkeitsurteils ausgeschlossen. ε. Landsberg, Ist die Rechtsmittelzurücknahme anfechtbar? PosMSchr. **08** 152, tritt der Ansicht des OLG. Frankfurt bei. ➡ Die Ansicht, daß im Prozeßrechte der Irrtum, abgesehen von den Fällen, in welchen dies ausdrücklich vorgeschrieben ist, nicht zu berücksichtigen sei, ist m. E. unhaltbar. § 290 ZPO. behandelt nur den Irrtum im Motive (Geständniswiderruf, falls das Geständnis „durch Irrtum veranlaßt" ist) und ist daher, insoweit es sich

um den Geschäftsirrtum handelt, im Sinne eines argumentum e contrario nicht verwertbar. Die unmittelbare Anwendung der Regeln des BGB. über die Anfechtung von Willenserklärungen ist allerdings ebensowenig möglich wie vor dem 1. Januar 1900 die des damals in Geltung gewesenen Privatrechts. Mittelbar aber ist § 119 BGB. insofern maßgebend, als aus ihm der Begriff des Irrtums, wie er auch dem Prozeßrechte zugrunde zu legen ist, entnommen werden muß; nur ein Irrtum, welcher einem der im § 119 BGB. behandelten Tatbestände entspricht, ist auch im Prozeß erheblich. Die Wirkung des Irrtums kann, da eine der zivilrechtlichen Anfechtung entsprechende Regelung in der Prozeßordnung fehlt, nur Nichtigkeit der irrtümlichen Prozeßhandlung sein. Red. ←

4. Wahrheitspflicht und Lügenverbot. **a)** Die Wahrheitspflicht im Zivilprozesse hat, nachdem die Frage in einem populär gehaltenen Aufsatze Hellwigs in der „Woche" **08** Nr. 40 berührt war, zu einer lebhaften Auseinandersetzung zwischen Hellwig und Neumann, JW. **08** 641, 665, 667 geführt. Ferner haben sich zu der Frage Binding, DJZ. **09** 161, Richard Schmidt, ebenda 39 und 255, und Kleinrath, SächsRpflA. **08** 565, geäußert. Auf den Aufsatz von Schmidt endlich hat Hellwig, DJZ. **09** 137, erwidert. — Schmidt vertritt den Standpunkt, daß die Lüge im Prozesse, wenngleich nichts sittlich Erlaubtes oder gar Lobenswertes, so doch nicht immer unzulässig und unter Umständen sittlich indifferent sein könne, so z. B., wenn ein Anwalt zur Vereinfachung des Prozeßstoffs gewisse Tatsachen falsch vorträgt oder auf Befragung nach gewissen Tatsachen, über welche er nicht informiert ist, der Vorsicht halber zunächst bestreitet. Im übrigen besteht zwischen Hellwig, Binding und Neumann insofern Übereinstimmung, als die Prozeßlüge als ehrwidriges und pflichtwidriges, vom Standpunkte der Anwaltsdisziplin aus strafwürdiges Handeln anzusehen ist, wobei hervorzuheben ist, daß das Aufstellen von Behauptungen über solche Tatsachen, welche die behauptende Partei nicht kennen kann, auch von Hellwig als nicht verwerflich betrachtet wird. Wesentliche Meinungsverschiedenheit besteht nur über die Frage, ob es erforderlich ist, im Gesetz ein ausdrückliches Lügeverbot auszusprechen, sowie an die Übertretung desselben rechtliche Nachteile zu knüpfen. Diese Frage wird von Hellwig und mit besonderem Nachdrucke von Binding, welcher übrigens nur die extremen Fälle der bewußten Erhebung einer unbegründeten Leistungsklage und der bewußten Leugnung eines berechtigten Klaganspruchs behandelt, bejaht, während Neumann, Schmidt und Kleinrath sich dagegen aussprechen. **b)** R. **08** II 708 Ziff. 3856 (Colmar) führt aus, daß die Behauptungen einer Partei, welche bewußt wahrheitswidrigen Vorbringens in einzelnen Punkten bereits überführt worden ist, ohne Beweisaufnahme wegen Unglaubwürdigkeit als unwahr erachtet werden können.

5. Gestaltungsurteile. **a)** Nußbaum, Prozeßhandlungen 56, geht mit Seckel (Festgabe für Koch 244) davon aus, daß die urteilsmäßige Gestaltung eines Tatbestandes auf einem Doppeltatbestande beruht, nämlich auf einem privaten Rechtsakte, der Klage, und dem Urteile. Hat aber das Urteil Rechtskraft erlangt, so ist die Rechtsgestaltung eingetreten, ohne daß es, wie Seckel meint, darauf ankommt, ob der private Akt gültig vollzogen war oder nicht. **b)** Kohler, RheinZ. **1** 39 ff., verwirft die Kategorie der Gestaltungsurteile überhaupt: er zählt die Urteile dieser Gruppe zu den feststellenden.

6. Rechtskraft. **a)** Kohler, DJZ. **08** 277. Die Wirkung der res iudicata ist eine Verschiebung der bürgerlichrechtlichen Verhältnisse derart, daß diese nunmehr so gestaltet werden, wie es das Urteil besagt, auch wenn sie bisher anders gestaltet waren. **b)** Pagenstecher, BuschsZ. **37** 229 ff., bespricht in Anknüpfung an die Entsch. des **RG. 56** 73 die Frage, ob, nachdem die gütergemeinschaftliche Ehefrau in einem ohne Genehmigung des Mannes geführten Prozeß auf Schadensersatz wegen

unerlaubter Handlung rechtskräftig verurteilt wurde, der nunmehr wegen des gleichen Anspruchs gemäß § 1459 BGB. verklagte Ehemann einwenden könne, daß ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen die Ehefrau gar nicht begründet gewesen sei. Der Verf. kommt von seiner Rechtskraftlehre aus zu folgendem Ergebnisse: mit der Rechtskraft des Urteils gegen die Ehefrau steht freilich fest, daß diese den dem Kläger zugesprochenen Betrag schuldet und zwar entweder aus dem von ihr begangenen Delikt oder, falls das Gericht dies zu Unrecht festgestellt haben sollte, aus dem materiell unrichtigen Urteile, welches bewirkt, daß die Ehefrau dem Kläger auf Grund des Urteils das zu gewähren verpflichtet ist, was sie zu gewähren hätte, wenn das Urteil richtig wäre; der Ehemann kann daher der Klage gegenüber nicht einwenden, daß die Ehefrau nicht schuldig sei, wohl aber, daß sie nicht aus einem Delikte, sondern nur aus dem materiell unrichtigen Urteile schulde. **c**) Der Ansicht Hellwigs (vgl. JDR. **6** § 578 Ziff. 1), daß die von einem Ehegatten nach rechtskräftiger Scheidung der ersten Ehe geschlossene zweite Ehe gültig bleibe, auch wenn das Scheidungsurteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt worden sei, tritt Waldecker, R. **08** 592, entgegen. Das von Hellwig angenommene Prinzip, wonach der frühere Zustand insoweit nicht wiederhergestellt werde, als inzwischen Rechte Dritter durch konstitutiven Staatsakt begründet seien, habe keinen Anhalt im Gesetz; insbesondere enthalte § 1348 Abs. 2 Satz 2 BGB. (Forterxistenz der nach Todeserklärung des anderen Ehegatten geschlossenen zweiten Ehe, auch nachdem die Todeserklärung mit Erfolg angefochten worden ist) kein allgemeines Prinzip, sondern eine Ausnahmebestimmung. Mangels einer Sondervorschrift sei daher der Wiederaufnahme des Eheprozesses keine von den allgemeinen Bestimmungen abweichende Wirkung beizulegen. Auch eine Unbilligkeit sei in dem Wiederaufleben der ersten Ehe nicht zu erkennen; der Ehegatte müsse mit der Möglichkeit rechnen, daß innerhalb der fünfjährigen Frist das Scheidungsurteil wieder beseitigt werde.

7. Ausbeutung der Rechtskraft. **a**) Nußbaum, Prozeßhandlungen 25. Wer ein rechtskräftiges Urteil in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt hat, darf die Rechtskraft nicht geltend machen, ebensowenig der, welcher gerade durch die Benutzung der Rechtskraft gegen die guten Sitten verstoßen würde. Dagegen ist der gutgläubige Erwerber der Judikatsforderung zur Benutzung des Urteils befugt. **b**) Pagenstecher, JW. **08** 187. Die Klage auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung, Herausgabe des Titels und Verzicht auf den durch das unrichtige Urteil entstandenen Anspruch (§ 397 Abs. 2 BGB.) ist schon durch die Herbeiführung des Urteils begründet; der Verurteilte braucht also mit der Klagerhebung nicht zu warten, bis der Kläger das Urteil benutzt. — Nicht nur das durch eine vorsätzliche, sondern auch das durch eine fahrlässige unerlaubte Handlung herbeigeführte falsche Urteil unterliegt der Anfechtung. — Der auf Grund eines einwandsfrei erwirkten Urteils vorgenommene Vollstreckungsakt bildet auch dann keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn der Kläger nach Erlaß des Urteils die Unrichtigkeit der Entscheidung erkannt hat.

8. Kuttner, Die zivilrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile (München). In zahlreichen, im Gesetze verstreuten Fällen wirkt das Urteil als Tatbestandsmoment, von welchem — sei es kraft Vereinbarung, sei es kraft Gesetzes — die Entstehung, Beendigung oder Umänderung von Privatrechtsverhältnissen (Ansprüchen oder Gestaltungsrechten) abhängt. Von den Wirkungen der materiellen Rechtskraft unterscheiden sich diese zivilrechtlichen Nebenwirkungen der Urteile schon dadurch, daß ihr Eintritt nicht notwendig von dem der formellen Rechtskraft abhängt, vor allem aber dadurch, daß die zivilistischen Rechtsfolgen, deren Eintritt von dem Urteil abhängt, gar nicht den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, daher weder rechtshängig noch Gegenstand des Prozesses, noch Teil der Entscheidung geworden sind. Auch

haben die Nebenwirkungen im Gegensatze zur materiellen Rechtskraft, welche stets nur deklaratorische Wirkung hat, rechtsgestaltende Kraft. Diese Nebenwirkungen sind auch sorgfältig von den Vollstreckbarkeitswirkungen zu unterscheiden. Um Wirkungen letzterer Art, nicht um zivilrechtliche Nebenwirkungen handelt es sich insbesondere bei Urteilen, in welchen der zuerkannte Klaganspruch gleichzeitig vollzogen wird (Beispiele: Urteile aus § 894 ZPO., Urteile auf Nichtigkeit von AG., auf Löschung von Gebrauchsmustern, Konstitutivurteile). Die Nebenwirkung kann bestehen: a) in der Begründung neuer Ansprüche unter den Parteien. So kann mit der Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils gemäß § 717 Abs. 2 ZPO. und ebenso mit der Aufhebung des Vorbehaltsurteils gemäß §§ 302, 599, 602 ZPO. ein Schadensersatzanspruch entstehen (diese Schadensersatzansprüche sind nicht auf eine objektive Widerrechtlichkeit des Betreibenden, nicht auf das Handeln auf eigene Gefahr, sondern rein äußerlich auf die Tatsache der formalen Aufhebung des Urteils zurückzuführen). — Ebenso hat das Ehescheidungsurteil als zivilrechtliche Nebenwirkung die Entstehung des Unterhaltsanspruchs zur Folge; b) in der Begründung neuer Ansprüche gegenüber Dritten. Hierher gehört z. B. das Gläubigeranfechtungsrecht, insofern es vom Vorhandensein eines vollstreckbaren Urteils abhängt (nur das Vorhandensein des vollstreckbaren Titels, nicht auch die Existenz des materiellen Anspruchs gehört zu den Voraussetzungen des Anfechtungsrechts. Der Ausdruck Gläubiger ist im § 2 AnfG. in demselben Sinne gebraucht wie im ganzen 8. Buche der ZPO.: es ist darunter zu verstehen der Inhaber des publizistischen Vollstreckungsrechts, nicht der Inhaber eines materiellen Forderungsrechts); c) in der Begründung neuer Gestaltungsrechte. Dahin gehören das gemäß § 283 BGB. mit der Verurteilung des Schuldners zu einer Leistung entstehende Recht des Gläubigers, statt der urspr̈uglich geschuldeten Leistung Schadensersatz zu fordern, ferner das Recht des Ehegatten, auf Grund des Herstellungsurteils Scheidung zu verlangen, ferner die Urteile auf Sicherheitsleistung (§§ 1051, 1054, 1058, 1068, 1070, 1085, 1089, 2128, 2129 BGB.), auf Grund deren Sequestration verlangt werden kann; d) in dem Erlöschen bestehender Privatrechtsverhältnisse. Zu dieser Gruppe gehört gemäß § 129 HGB. das gegen die oHG. ergangene Urteil, insofern es den einzelnen Gesellschaftern Einwendungen abschneidet. (Hier ist also nicht von einer Erstreckung der materiellen Rechtskraft die Rede, vielmehr handelt es sich lediglich um zivilrechtliche Nebenwirkung des gegen die Gesellschaft erlassenen Urteils.) Ferner gehört hierher das Räumungsurteil gegen den Hauptmieter, insofern es dem Untermieter unmöglich macht, dem Vermieter Einwendungen aus dem Rechte des Hauptmieters entgegenzusetzen; e) in der inhaltlichen Änderung von Rechten. (Beispiel: die Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 218 Abs. 1 BGB.) Für sämtliche Nebenwirkungen gelten folgende Regeln: Im Gegensatze zu den Wirkungen der materiellen Rechtskraft, welche öffentlich-rechtlicher Natur und daher der Parteidisposition entrückt sind, ist die zivilrechtliche Nebenwirkung der Verfügung der Parteien unterworfen. — Während die materielle Rechtskraft reichsrechtlich erschöpfend geordnet ist, ist die Landesgesetzgebung in den ihr vorbehaltenen Materien in der Lage, auch die Nebenwirkung von Urteilen selbständig zu ordnen. — Bei Kollision verschiedener Rechtsordnungen ist nicht das Gesetz des Ortes maßgebend, an welchem das erste Urteil erlassen worden ist (sog. „erste lex fori"), auch nicht das des jetzigen Prozeßgerichts („zweite lex fori"), sondern das Gesetz, nach welchem das gegenwärtig zu beurteilende Rechtsverhältnis in seiner privatrechtlichen Entwickelung materiell zu beurteilen ist, das sog. Wirkungsstatut. — Insoweit das Urteil als eine die Nebenwirkung erzeugende Tatsache in Betracht kommt, ist es im Prozesse wie jedes andere zivilrechtlich erhebliche Tatbestandsmoment zu behandeln. Die Existenz des Urteils

ist, selbst wenn sie gerichtsnotorisch sein sollte, nur auf Parteianführung zu berücksichtigen. Sind die Parteien über das Vorhandensein eines solchen Urteils einig, so ist diese Tatsache ohne weitere Prüfung, ob das Urteil wirklich ergangen ist, zugrunde zu legen. — Die Erzielung der Nebenwirkung bildet ein zur Erhebung einer Klage oder einer Nebenintervention hinreichendes Rechtsschutzinteresse. Es ist somit die Erhebung einer Feststellungsklage lediglich zwecks Unterbrechung einer Verjährung statthaft. Somit kann auch der des Ehebruchs beschuldigte Dritte im Eheprozeß intervenieren, um seine Unschuld darzutun. (Der Nebenintervenient, welcher nur zur Erzielung einer privatrechtlichen Nebenwirkung beitritt, ist aber niemals streitgenössischer Nebenintervenient im Sinne des § 69 ZPO.).— Die Nebenwirkung ausländischer Urteile tritt mit Wirksamkeit für das Inland ein, sofern die Voraussetzungen des § 328 ZPO. gegeben sind. Es bedarf auch in den Fällen, in welchen das inländische Gesetz den Eintritt der Nebenwirkung vom Vorhandensein eines vollstreckbaren Urteils abhängig macht, nicht noch des Erlasses eines Vollstreckungsurteils. (Somit kann aus einem ausländischen Herstellungsurteil ohne weiteres auf Scheidung gemäß § 1567 Abs. 2 BGB. geklagt werden.) — Als materiell rechtskräftige Entscheidung hat das Urteil grundsätzlich Wirkungen nur unter den Parteien; als Element eines zivilrechtlich erheblichen Tatbestandes wirkt es absolut für und gegen alle. — Den Einwand der Unrichtigkeit der Entscheidung kann der von der zivilrechtlichen Nebenwirkung Betroffene nicht erheben, wohl aber, wie sich aus § 162 Abs. 2 BGB. ergibt, den der arglistigen Herbeiführung eines unrichtigen Urteils. Daß das unrichtige Urteil fahrlässig herbeigeführt worden sei, kann nur von dem eingewendet werden, welchem der Prozeßführer zu besonderer Sorgfalt verpflichtet war. Endlich kann die Nebenwirkung mittels solcher Einwendungen entkräftet werden, welche erst nach Erlaß des Urteils entstanden sind (und zwar ohne daß dafür das Verfahren gemäß §§ 767, 802 ZPO. geboten oder auch nur gangbar wäre). — Mit der Aufhebung des Urteils im Wiederaufnahmeverfahren erlischt auch die Nebenwirkung, sofern sie noch nicht geltend gemacht worden ist. Anderenfalls ist die Rechtslage ähnlich der bei der Anfechtung des sog. Grundgeschäfts, nachdem bereits das entsprechende Hilfsgeschäft (Abwickelungsgeschäft, abstraktes Leistungsgeschäft) vollzogen ist. Ebenso wie das Hilfsgeschäft bei der Anfechtung wird die auf Grund der Nebenwirkung des Urteils erfolgte Rechtsausübung zwar nicht nichtig, aber kondizierbar. Ist auf Grund der Nebenwirkung ein weiteres Urteil ergangen, so wird dies durch die Wiederaufhebung des ersten Urteils zwar nicht beseitigt, wohl aber kann mittels negativer Feststellungsklage das Nichtbestehen des in dem späteren Urteile rechtskräftig festgestellten materiellen Rechtsverhältnisses begehrt werden; bildet das spätere Urteil einen Vollstreckungstitel, so kann statt der Feststellungsklage auch die Vollstreckungsklage erhoben werden. Ist das auf der Nebenwirkung beruhende Urteil ein Konstitutivurteil, so erlöschen bereits eingetretene Rechtsfolgen nur insoweit, als nicht Dritte im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des Urteils bereits eigene Rechte erworben haben.

9. Vergleich. **a)** OLG. **16** 282 (Dresden). Nur ein formell und materiell wirksamer Prozeßvergleich hat prozeßbeendigende Kraft. Über die Behauptung einer Partei, daß der Vergleich — gleichviel ob wegen rechtlicher oder wegen erst auf Grund weiterer Ermittelungen zu entscheidender tatsächlicher Mängel — unwirksam sei, ist daher in dem alten Prozesse zu verhandeln und zu entscheiden. Für eine Feststellungsklage fehlt es mithin an dem erforderlichen rechtlichen Interesse. **b)** RheinA. **105** I 91 (Cöln). Der gemäß § 326 BGB. vorgenommene Rücktritt vom Prozeßvergleiche bewirkt nicht, daß die durch den Vergleichsschluß erloschene Rechtshängigkeit wieder auflebt. **c)** SächsRpflA. **08** 364 (LG. Bautzen). Ein unter Widerruf geschlossener Vergleich kann, auch wenn Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht als Form des Widerrufs vereinbart war, durch Zustellung eines Schriftsatzes

oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung widerrufen werden. **d)** HanſGZ. **08** Beibl. 12 (Hamburg). Im Gegensatze zum gerichtlichen Vergleiche kommt dem außergerichtlich geschlossenen Vergleiche nicht eine prozeßbeendigende, sondern nur eine einredebegründende Wirkung zu. — Ebenso SeuffBl. **08** 339 (Dresden). Der Kläger kann daher den Prozeß fortsetzen, um Verurteilung des Beklagten zu der im Vergleich übernommenen Leistung zu beantragen. ➠ Folglich wird auch der Beklagte widerklagend Vergleichserfüllung vom Kläger verlangen können. Red. ⬅

§ 2. RG. VI. WarnE. **08** 433. Der Anspruch auf Unterlassung eines zu politischen Zwecken in Szene gesetzten Boykotts ist vermögensrechtlicher Natur.

§ 3. 1. Allgemeines. BayObLG. 8 612. Durch die Rechtskraft des Wertfestsetzungsbeschlusses in der unteren Instanz wird die Befugnis der oberen Instanz zu anderweitiger Wertfestsetzung nicht ausgeschlossen.

2. Grenzfälle gegen §§ 4—9. **a) RG.** VI. GruchotsBeitr. **52** 1111, JW. **08** 13 Ziff. 15. Der Streitwert bei einer Klage auf Feststellung eines möglicherweise künftig in einem noch ungewissen Zeitpunkt entstehenden Schadensersatzanspruchs ist nicht nach § 9, sondern nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Voraussetzungen für die Entstehung des künftigen Anspruchs festzusetzen. **b) RG.** VI. JW. **08** 44 Ziff. 19. Der Wert eines möglicherweise künftig entstehenden Anspruchs (Jahrespension vom 60. Geburtstag an) ist mit Rücksicht auf die Ungewißheit der Entstehung und die hinausgeschobene Fälligkeit nach freiem Ermessen zu berechnen. **c)** R. **08** II 96 Ziff. 588 (BayObLG.). Wird neben der Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufes ausdrücklich auch auf Rücknahme des verkauften Grundstücks sowie Rückgabe der Anzahlung und der Zwischenzinsen des gesamten Kaufschillings geklagt, so besteht der Streitwert weder aus dem Betrage des Kaufschillings als solchen, noch aus dem Überschusse der Geldleistungen über den wahren Grundstückswert allein. Es ist vielmehr dem Grundstückswerte (§ 6 ZPO.) der Betrag der gesamten miteingeklagten Geldforderungen hinzuzurechnen, mit alleiniger Ausnahme der Zinsen aus den eingeklagten Hauptsachebeträgen. **d)** ElſLothJZ. **08** 117 (Colmar). Bei Anfechtungsklagen ist weder der Besitz noch die Sicherstellung einer Sache noch ein Pfandrecht Streitgegenstand; die Wertberechnung geschieht daher nach § 3 (**RG. 34** 404, **47** 375, JW. **02** 39, GruchotsBeitr. **45** 367). **e)** R. **08** II 373 Ziff. 2197 (BayObLG.). Der Streitwert eines Wohnungsrechts bestimmt sich nicht ohne weiteres nach dem Werte (Bau- und Einrichtungskosten) des belasteten Hauses; auch die Benachteiligung des Eigentümers durch die Ausübung des Wohnrechts kommt nicht in Anschlag. Entscheidend ist vielmehr das nach freiem Ermessen zu schätzende Interesse des klagenden Berechtigten; die §§ 6—9 ZPO. sind nicht anwendbar. **f) RG.** VII. R. **08** II 624 Ziff. 3438. Der Wert der Klage einer Krankenkasse auf Feststellung, daß sie für gewisse Arbeiter der Beklagten nicht zuständig sei, ist nicht gemäß § 9 ZPO. durch den $12^1/_2$ fachen Betrag des in dem betreffenden Jahre hervorgetretenen Unterschieds zwischen den von der Beklagten erhaltenen Beträgen und den hier in Betracht kommenden Leistungen der Kasse zu finden, sondern es ist gemäß § 3 das vermögensrechtliche Interesse der Klägerin an der Nichtzugehörigkeit der fraglichen Arbeiter zur Kasse frei zu schätzen. **g)** PoſMSchr. **08** 107 (Posen). Bildet eine abgestufte Rente den Gegenstand des Rechtsstreits, so ist der Streitwert nicht unter Zugrundelegung des Durchschnitts der einzelnen Rentenbeträge (so **RG.** JW. **96** 583, **00** 844), sondern nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmen (so auch **RG. 16** 416, JW. **96** 68, **00** 48, **04** 473). **h)** Vgl. § 6 Ziff. 1 d, 2 d.

3. Grundsätze für die Schätzung. **a)** Die Entscheidung, daß der Wert einer Feststellungsklage nicht grundsätzlich und nicht immer nach dem Werte zu berechnen ist, welcher für die Leistungsklage in Betracht käme, sondern daß § 3

maßgebend ist (vgl. JDR. **6** § 3 Ziff. 3 c), ist auch **RG. 66** 422, JW. **07** 837 und PBl. **08** 27 abgedruckt. **b)** OLG. **17** 77 (Hamburg). Bei der Klage auf Feststellung eines Schadens richtet sich der Streitwert nicht nach dem Schadensbetrage, welcher nach Auffassung des Gerichts oder eines Sachverständigen als möglich zu erachten, sondern nach dem, welcher vom Kläger behaupet worden ist. **c)** SächsOLG. **29** 123. Bei einer negativen Feststellungswiderklage ist der Streitwert in der Regel dem Betrage gleich zu erachten, welcher dem Widerbeklagten nach seiner Behauptung vom Widerkläger geschuldet wird. **d) RG.** VI. R. **08** II 62 Ziff. 356. Ist der Streitgegenstand eine Wahlschuld mit Wahlbefugnis des Schuldners, so ist die an Wert geringere Leistung entscheidend. Ist eine Leistung prinzipaliter, eine andere eventualiter gefordert, so ist die wertvollere für die Berechnung des Streitwerts maßgebend. **e) RG.** IV. WarnE. **08** Ziff. 421. Mit dem Erlaß eines Teilurteils auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses gemäß § 254 ZPO. wird nur über einen Hilfsanspruch vorbereitenden Charakters entschieden; der Streitwert deckt sich daher keineswegs mit dem Hauptanspruche, sondern ist unter Berücksichtigung des Klägers an dem den Streitgegenstand bildenden Mittel der Anspruchsbegründung festzusetzen. **f)** OLG. **17** 76 (Kiel). Bei der Berechnung des Streitwerts ist auch die nur angekündigte, nachher aber unterbliebene Klagerweiterung mitzuberechnen. **g)** OLG. **17** 74, HansGZ. **08** Beibl. 40 (Hamburg). Bildet eine Forderung den Streitgegenstand, so ist deren Nominalbetrag zugrunde zu legen, auch wenn sie möglicherweise nicht in voller Höhe beizutreiben sein wird. **h)** OLG. **17** 76 (Hamburg). Bei der Klage auf Löschung eines Widerspruchs, welcher sich gegen die Löschung einer auf dem Grundstücke des Klägers eingetragenen Sicherungshypothek richtet, ist der Nennwert der letzteren maßgebend, auch wenn der Beklagte den gesicherten Anspruch niedriger beziffert; in Höhe des Nennbetrags nämlich gilt die Sicherungshypothek Dritten gegenüber als bestehend. **i) RG.** III. R. **08** II 16 Ziff. 94. Der Wert des Streitgegenstandes für einen Anspruch, mit dem geltend gemacht wird, daß der Antragsteller an eine Konkurrenzklausel gebunden sei, bestimmt sich nach dem Unterschied in dem Verdienste, den der Antragsteller mit und ohne Konkurrenzverbot haben würde. **k)** OLG. **17** 75 (Braunschweig). Bei einer Klage auf Feststellung des Nicht- oder Nichtmehrbestehens eines Vertrags ist das Interesse maßgebend, welches der Kläger daran hat, daß er nicht verpflichtet ist, die Leistung gegen Empfang der Gegenleistung vorzunehmen. **l) RG.** III. WarnE. **08** 62 Ziff. 86. Der Streitwert des Anspruchs eines Agenten auf Erteilung eines Buchauszugs ist erheblich geringer zu bemessen als der auf die Provision selbst. **m)** OLG. **17** 78 (Posen). Bei der Klage auf Beschaffung einer Hypothekenlöschungsbewilligung gegen Rückzahlung des Darlehens ist nicht der Wert der — gar nicht in Streit befangenen — Gegenleistung, sondern lediglich das Interesse des Klägers an der Leistung des Beklagten maßgebend. **n)** R. **08** II 373 Ziff. 2195 (BayObLG.). Wird über die Eintragung eines Widerspruchs hinsichtlich des gepfändeten Berichtigungsanspruchs zu einer künftigen Eigentümerhypothek gestritten und steht der Übergang auf den Schuldner dermalen nicht in Aussicht, so ist der Wert des Streitgegenstandes weit unter dem Nennbetrage der Hypothek festzusetzen. **o)** OLG. **17** 75 (Hamburg). Bei einer Klage auf Auskunft über eine Erbschaft wird der Streitwert in der Regel hinter dem Werte der Erbschaft selbst zurückbleiben. Andererseits kann der wahre Wert nicht maßgebend sein, wenn der Kläger seiner Klage einen weit über den wirklichen Wert hinausgehenden Betrag zugrunde gelegt hat. **p) RG.** IV. SächsRpflA. **08** 142, PosMSchr. **08** 39. Für die Klage eines Miterben darauf, daß ein anderer Miterbe Gegenstände, welche er zu Unrecht aus dem Nachlaß empfangen habe, für alle Miterben hinterlege, ist der Streitwert nach dem Anteile des klagenden Miterben zu berechnen. **q) RG.** V. WarnE. **08**

Ziff. 661. Klagen mehrere Erben auf Leistung an alle, so ist das Interesse der Kläger an diesen Leistungen, für welches wiederum die Größe ihres Erbanteils maßgebend ist, zugrunde zu legen.

§ 4. 1. **RG.** V. JW. **08** 16 Ziff. 20 = JDR. **6** § 4 Ziff. 1 a.

2. **RG.** VI. JW. **08** 720 Ziff. 19. Die Zinsen sind nicht Nebenforderungen, wenn sie vertragsmäßig zum Kapital geschlagen wurden; dies ist beim Kontokorrentverhältnisse des § 355 HGB., nicht aber bei einem laufenden Rechnungsverhältnis (uneigentlichem Kontokorrent) im Sinne des § 357 HGB. der Fall.

3. BadRpr. **08** 197 (Karlsruhe). Verlangt der Gläubiger vom Bürgen neben der Hauptschuld die Erstattung der Kosten der gegen den Hauptschuldner gerichteten Rechtsverfolgung, so bilden die letzteren eine Nebenforderung.

§ 5. 1. OLG. **17** 74, R. **08** II 96 Ziff. 557 (Frankfurt). Bei einer auf zwei Provisionsansprüche gestützten Klage ist der Wert des Streitgegenstandes auch dann gleich der Summe der beiden Ansprüche, wenn infolge unrichtiger Addition ein auf Zahlung einer höheren Summe gerichteter Klagantrag gestellt und verlesen worden ist.

2. OLG. **17** 306, BayRpflZ. **08** 442 (München). Eine Zusammenrechnung findet nicht statt, wenn es an der Selbständigkeit des einen Anspruchs fehlt, so wenn ein Leistungsanspruch nur eine Folgerung aus dem gleichzeitig erhobenen Feststellungsantrage darstellt oder wenn, wie bei Individualansprüchen, der Leistungsanspruch die Feststellung in sich begreift. Daran ändert der Umstand nichts, daß die beiden Anträge hinsichtlich des Umfanges deswegen voneinander abweichen, weil ein Teil des Anspruchs als unstreitig zwar in den Leistungs-, nicht aber in den Feststellungsantrag aufgenommen ist.

3. SächsOLG. **29** 121. Wird gegen die Ehefrau auf Bewilligung einer Löschung, gegen den Ehemann auf Genehmigung und Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt, so liegt nicht eine Mehrheit von Ansprüchen im Sinne des § 5 vor.

§ 6. Satz 1. 1. Besitz. a) BadRpr. **08** 270 (Karlsruhe). Ist der Besitz einer Sache Streitgegenstand, so ist der Sachwert auch dann maßgebend, wenn der Besitz dem Kläger lediglich wegen eines Zurückbehaltungsrechts vorenthalten wird, welches sich auf eine Forderung, deren Betrag hinter dem Sachwerte zurückbleibt, stützt. **b)** BadRpr. **07** 336 (Karlsruhe). Wird eine bestimmte Vermessung und Auflassung eines durch die Vermessung abzugrenzenden Grundstücks verlangt, so ist für deren Streitwert der Wert des ganzen Grundstücks maßgebend. **c)** OLG. **17** 78 (Königsberg). Bei der Klage des Käufers eines Nachlaßgrundstücks gegen einen die Auflassungserklärung weigernden Miterben ist der Streitwert nach dessen Erbquote, nicht nach dem Gesamtwerte des Grundstücks zu berechnen. **d)** OLG. **17** 79 (München). Wird nicht die Rückgewähr einer Sache als Einzelleistung verlangt, umfaßt vielmehr der Klagantrag die Aufhebung des ganzen aus Leistung und Gegenleistung bestehenden Rechtsverhältnisses, so ist für die Anwendung des § 6 kein Raum.

2. Betrag der Forderung. Sicherstellung, Pfandrecht. **a)** SächsOLG. **29** 121. Ist eine Sache mehrfach verpfändet, so ist gleichwohl, wenn ein Pfandrecht den Gegenstand des Streites bildet, der volle Sachwert zugrunde zu legen, nicht etwa sind die vorgehenden Belastungen abzuziehen (**RG. 22** 388). **b) RG.** VII. R. **08** II 470 Ziff. 2684. Bei der auf Grund des AnfG. erhobenen Klage ist für den Streitwert nicht der Wert, den der angefochtene Vertrag für die Vertragsparteien hat, sondern nur das Interesse des Anfechtungsklägers an der Unwirksamkeit des Vertrags maßgebend. Dieser Wert bestimmt sich nach der Forderung, wegen deren die Anfechtung erfolgt. Vgl. auch ElsLothJZ. **33** 117 (Colmar). **c) RG.** III. R. **08** II 270 Ziff. 1584. Wird in der Klage verlangt, daß der Beklagte in bestimmter Weise durch Hinterlegung bei einer städtischen Sparkasse Sicherheit zu leisten habe, so ist

für die Bestimmung des Streitwerts auch dann, wenn der Beklagte an sich zur Sicherheitsbestellung in der verlangten Höhe bereit ist, aber die Sicherheit in einer anderen, ihm einen höheren Zinsgenuß gewährenden Weise bewirken will, der § 6 ZPO. maßgebend, solange nicht die Parteien durch entsprechende Anträge lediglich jenen Zinsunterschied zum Gegenstande des Prozesses machen. **d)** R. **08** II 205 Ziff. 1224. Wird mittels Beschwerde gegen die von einer Sicherheitsleistung abhängig gemachte einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung Einstellung ohne Sicherheitsleistung verlangt, so bestimmt sich der Wert des Streitgegenstandes nicht nach § 6, der bei Streitigkeiten über Maßregeln lediglich vorläufigen und vorbereitenden Charakters überhaupt unanwendbar ist, sondern ist gemäß § 3 nach freiem Ermessen festzusetzen.

3. Satz 2. SächsOLG. **29** 121. Für die Klage des nachstehenden Hypothekariers auf Bewilligung der Löschung einer voreingetragenen Hypothek ist, falls der Wert des Grundstücks hinter dem Betrage der Hypothek, deren Löschung begehrt wird, zurückbleibt, für den Streitwert der Grundstückswert maßgebend (**RG.** JW. **98** 398 Ziff. 2).

§ 7. 1. **RG.** V. JW. **08** 16 Ziff. 20. § 7 gilt auch für servitutenähnliche nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkungen (Legalservituten).

2. **RG.** V. JW. **08** 277 Ziff. 15. Der Streitwert ist nach § 7 zu berechnen nicht nur, wenn über das Bestehen der Dienstbarkeit, sondern auch, wenn sie unstreitig ist und nur über ihren Umfang gestritten wird.

3. R. **08** II 168 Ziff. 997 (BayObLG.). Die nach § 7 ZPO. in Betracht kommenden Wertverhältnisse sind nicht nach freiem Ermessen (§ 3) festzustellen, sondern das Gericht muß darüber nach Maßgabe des § 286 Abs. 1 ZPO. entscheiden und die Gründe für seine Überzeugung angeben.

§ 9. 1. OLG. **17** 77 (Hamburg). Der Streitwert wegen einer Überbaurente gemäß § 912 BGB. ist auf den fünfundzwanzigfachen Betrag der jährlich geforderten Summe zu berechnen.

2. OLG. **17** 80 (Hamburg). Ist in einem Rechtsstreit um die Zahlung künftig fälliger Miete lediglich darüber gestritten worden, ob eine Gefahr der nicht rechtzeitigen Erfüllung des im übrigen unstreitigen Anspruchs begründet sei (§ 259 ZPO.), so ist der Streitwert nicht nach § 9 a GKG., sondern nach § 9 ZPO. zu berechnen.

3. R. **08** II 470 Ziff. 2685. Bei einem Anspruch einer Berufsgenossenschaft nach § 147 LwUVG. vom 30. Juni 1900 gegen den Betriebsunternehmer bemißt sich der Wert des Streitgegenstandes nicht gemäß § 9 a GKG. nach dem Fünffachen der von der Berufsgenossenschaft zu leistenden Rente, sondern gemäß § 9 ZPO. nach dem Zwölfeinhalbfachen dieser Rente.

§ 10. HansGZ. **08** Beibl. 224 (Hamburg). Daß ein Urteil des Landgerichts nicht deswegen anfechtbar ist, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen wäre, gilt auch dann, wenn der Streit um die Zuständigkeit durch ein besonderes Zwischenurteil erledigt worden ist.

§ 11. **RG.** **66** 17 = JDR. **6** § 11.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Besonders reichhaltig ist die Rechtsprechung über den Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29).

Vor § 12. 1. Kirschner, Berliner Zuständigkeitsfragen, KGBl. **08** 1.

2. R. **08** II 96 Ziff. 559 (Naumburg). Der Zivilprozeßordnung ist ein Gerichtsstand des Sachzusammenhanges unbekannt.

§ 13. 1. **RG.** VII. **67** 191, JW. **08** 72 Ziff. 7, KGBl. **08** 14. Ist für die Organisation der Gerichte eine andere Einteilung als die allgemeine (in politische Ge-

meinden) gesetzlich eingeführt, so ist diese für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes einer Person maßgebend; der letztere ist bei dem Gerichte des Sprengels begründet, in welchem der Raumabschnitt ihrer ständigen Niederlassung belegen ist. Der Wohnsitz einer in Berlin wohnenden Partei ist somit nicht die ganze politische Gemeinde Berlin, sondern der Bezirk des Gerichts, in welchem die Partei wohnt. Eine abweichende Beantwortung der Frage kann sich dann ergeben, wenn der Erfüllungsort Berlin ohne nähere Bestimmung, ohne daß eine der Vertragsparteien ihren Wohnsitz oder Sitz in Berlin hätte, und ohne daß im Wege der Auslegung des Vertrags einer der mehreren Gerichtssprengel als Erfüllungsort nach der Absicht der Parteien zu ermitteln wäre, vereinbart sein würde. — Vgl. auch PrOVG. **51** 184. Der Wohnsitz einer Person braucht nicht den gesamten Bezirk des Wohnorts, sondern kann auch einen nur einen Teil desselben bildenden Gerichtsbezirk umfassen.

2. SächsRpflA. **08** 314 (Dresden). Dadurch, daß jemand eine Wohnung mietet und deren Schlüssel an sich nimmt, begründet er noch nicht seinen Wohnsitz an dem Orte, an welchem sich die Wohnung befindet.

3. OLG. **17** 80 (KG.). Der Badearzt, welcher sich außerhalb der Saison in Berlin aufzuhalten pflegt, ohne sich eine eigene Wohnung einzurichten, begründet dadurch nicht etwa einen zweiten Wohnsitz. — Ebensowenig der Offizier, welcher sein außerhalb des Garnisonorts gelegenes Landgut als Aufenthaltsort während des Sommerurlaubs benutzt (R. **08** II 668 Ziff. 3642 [Naumburg]).

4. OLG. **17** 81 (Stuttgart). Für die Klage eines Franzosen gegen seine im Deutschen Reiche sich aufhaltende Ehefrau auf Vollstreckbarkeitserklärung der in Frankreich ergangenen Entscheidung, wonach dem Kläger die Obhut über seine Kinder zugesprochen wurde, ist, wenn der Kläger seinen deutschen Wohnsitz vor der Erhebung der Klage aufgegeben hatte, ein deutscher Gerichtsstand nicht gegeben, da die Ehefrau gesetzlich den Wohnsitz des Ehemanns teilt, selbst wenn sie sich mit Recht vom Ehemanne getrennt hält. Auch aus Artt. 5—7 des Haager Abkommens vom 12. Juni 1902 läßt sich die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts nicht herleiten.

§ 17. R. **08** II 271 Ziff. 1585. Es ist gemäß Abs. 3 nur zulässig, neben dem Gerichtsstande des Sitzes der Gesellschaft einen besonderen Gerichtsstand festzusetzen, dagegen unzulässig, einen vom Gerichtsstande des Sitzes verschiedenen ausschließlichen Gerichtsstand zu vereinbaren.

§ 18. **RG.** VI. **68** 147. In Entschädigungsprozessen aus § 4 RGes. vom 20. Mai 1898, betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen, wird der preuß. Justizfiskus durch die Oberstaatsanwaltschaft des Bezirkes, zu welchem das freisprechende Gericht gehört, vertreten.

§ 20. BuschsZ. **38** 425 (Darmstadt). Der Gerichtsstand des Aufenthalts ist für vermögensrechtliche Ansprüche geschaffen. Es muß daher zwischen der vermögensrechtlichen Persönlichkeit und dem Aufenthalt ein gewisser Zusammenhang bestehen; dieser fehlt, wenn der Beklagte sich zwar an einem Orte täglich mehrere Stunden lang aufhält, aber dort keine Wohnung und daher auch nicht die Möglichkeit, seine Habe dort unterzubringen, hat.

§ 21. 1. OLG. **17** 82 (Colmar). Die auswärtige Annahmestelle einer Wäscherei, welche nur die zu reinigenden Gegenstände entgegennimmt und den Abschluß des Werkvertrags mit der Wäscherei vermittelt, selbständige Geschäfte aber nicht abschließt, ist nicht als Niederlassung im Sinne des § 21 ZPO. anzusehen. Wohl aber wird durch den Abschluß mit der Annahmestelle der Gerichtsstand des § 29 ZPO. begründet, da der Kunde die Rücklieferung der Wäsche durch die Annahmestelle zu beanspruchen hat.

2. OLG. **17** 83 (Königsberg). Der Gerichtsstand der Niederlassung ist nur begründet, wenn der Klaganspruch sich irgendwie auf den Betrieb der Filiale bezieht,

also aus einem Geschäfte herrührt, welches wenigstens mittelbar mit Rücksicht auf den Filialbetrieb geschlossen ist oder sich als Folge dieses Betriebs darstellt.

§ 22. KGBl. **08** 56 (KG.). Klagt eine Genossenschaft, deren Genossen nach dem Statute die von ihnen fabrizierte Stärke der Genossenschaft zum kommissionsweisen Verkaufe zu überlassen haben, gegen einen Genossen aus einem für ihre eigene Rechnung mit ihm geschlossenen Kaufvertrage, so ist die Klage nicht eine gegen den Genossen als solchen gerichtete.

§ 23. 1. OLG. **17** 84 (Breslau). Durch den Anspruch auf Rückgewähr einer zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung gezahlten Summe wird der Gerichtsstand des Vermögens begründet.

2. a) OLG. **17** 84 (Breslau). Der Kläger kann sich zur Begründung des Gerichtsstandes des Vermögens nicht auf eine Gegenforderung des Beklagten berufen, deren Existenz er im Vorprozesse selbst bestritten hat. **b)** R. **08** II 237 Ziff. 1404, OLG. **17** 85 (Hamburg). Der Gerichtsstand des Vermögens kann nicht damit begründet werden, daß die Klägerin, welche auf Abrechnung und Auszahlung des etwaigen Überschusses klagt, eine in diese Abrechnung fallende Gegenforderung des Beklagten herausgreift, um geltend zu machen, daß der Beklagte gegen die im Inlande wohnende Klägerin eine Forderung habe.

§ 24. 1. WürttJ. **20** 39 (Stuttgart). Für Klagen aus § 894 BGB. ist der ausschließliche dingliche Gerichtsstand nicht begründet, wenn eine Berichtigung des Grundbuchs begehrt wird, welche weder das Eigentum an dem Grundstücke, noch eine dingliche Belastung desselben betrifft, so z. B. wenn Löschung eines Pfandrechts an einer Hypothek verlangt wird.

2. OLG. **17** 86 (Dresden). In dem Prätendentenstreit um ein dingliches Recht an einem Grundstücke handelt es sich nicht um die Geltendmachung des dinglichen Rechtes selbst; der Gerichtsstand der belegenen Sache ist daher nicht begründet.

§ 26. R. **08** II 668 Ziff. 3642 (Naumburg). Der Anspruch eines Handwerkers auf Werklohn wegen Reparaturen an einem Gutshause gehört nicht zu den Ansprüchen, welche gegen den Eigentümer eines Grundstücks als solchen geltend gemacht werden.

§ 27. SeuffBl. **08** 111 (Zweibrücken). Ist im Vorprozesse festgestellt worden, daß der Erbschaftsbesitzer zur Leistung an den Kläger, auf welchen der Anspruch eines Miterben übertragen worden ist, verpflichtet ist, so handelt es sich, wenn auch dieses Feststellungsurteil einen eigenen selbständigen Rechtsgrund für die nunmehr erhobene Leistungsklage begründet, gleichwohl nach wie vor um einen Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer.

§ 28. OLG. **17** 88 (KG.). Zu den Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 28 ZPO. gehören auch die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, so die Erbfallschulden gemäß §§ 1967—1969 BGB. — Die Verbindlichkeiten aus erbschaftlichen Geschäften dessen, welcher sich zu Unrecht für den Erben hält, treffen, wie die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 1959 BGB. über den Zwischenerben ergibt, den Erben als solchen, stellen sich mithin als Nachlaßverbindlichkeiten dar.

§ 29. 1. Erfüllungsort und Gerichtsbezirk. **RG.** VII. **67** 191, JW. **08** 72 Ziff. 7, KGBl. **08** 14. Hat der Schuldner seinen Wohnsitz oder Sitz in einer Ortschaft, welche zu mehreren Gerichtssprengeln gehört, so ist das Gericht des Erfüllungsorts dasjenige, in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz oder seine ständige Niederlassung hat bzw. zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses hatte (vgl. oben § 13 Ziff. 1).

2. Streitige Verpflichtung. **a)** OLG. **17** 307 (München). Ist der unter den Parteien geschlossene Vertrag nachträglich, nachdem der Beklagte inzwischen seinen Wohnsitz geändert hatte, durch Vergleich abgeändert worden, so sind für die Frage, ob das ursprüngliche Vertragsverhältnis oder der spätere Vergleich

den Streitgegenstand bildet, die Erklärungen des Klägers maßgebend. Ob dem Vergleiche novatorische Bedeutung zukommt, ist für die Zuständigkeitsfrage bedeutungslos. Vgl. auch SeuffA. **63** 206 (Dresden) und unten Ziff. 5 i. **b**) Bay. RpflZ. **08** 150 (Bamberg). Bei Klagen auf Entschädigung wegen mangelhafter Vertragserfüllung bildet, da die Entschädigung das Surrogat für die eigentliche Erfüllung ist, diese letztere die „streitige Verpflichtung" im Sinne des § 29.

3. Erfüllungsort bei Feststellungsklagen. **a**) BayObLG. 8 589. Für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anspruchs aus einem Vertrag ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der streitige Anspruch, wenn er bestände, zu erfüllen wäre. **b**) BayRpflZ. **08** 150 (Bamberg). Der Gerichtsstand des § 29 ist nicht nur für die Klage auf Leistung einer Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung, sondern auch für die Klage auf Feststellung dieser Entschädigungspflicht gegeben.

4. Gesetzlicher Erfüllungsort. **a**) Wandelungsklage. OLG. **17** 309, HansGZ. **08** Beibl. 132 (Hamburg). Für die Klage auf Rückgewähr des Kaufpreises auf Grund der Wandelung ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem der Käufer seiner Pflicht zur Rückgewähr der Kaufsache zu genügen hat. — Ebenso SeuffA. **63** 247 (Zweibrücken) und unten Ziff. 5 b. Vgl. jedoch auch OLG. **17** 300 (Frankfurt). Im Falle der Wandelung ist der Ort, an welchem sich die Ware infolge des Kaufvertrags befindet, für die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises nur deswegen Erfüllungsort, weil sie Zug um Zug gegen Rückgabe der Ware zu erfüllen ist. Ist die Ware dagegen bereits zurückgegeben, so kommt als Erfüllungsort für die Rückzahlung des Kaufpreises nur noch der Wohnsitz des Verkäufers in Betracht. Ebenso ist es mit dem Anspruche des Käufers auf Ersatz der auf die Ware gemachten Verwendungen, welcher ebenfalls Zug um Zug bei Empfang der Ware zu erfüllen ist. Ähnlich OLG. **17** 91 (KG.): mangels eines sich aus den Umständen ergebenden oder vereinbarten Erfüllungsorts ist die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises da zu erfüllen, wo der Verkäufer zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Die abweichende Ansicht des **RG. 50** 270 ist nicht zu billigen. **b**) **RG.** III. JW. **08** 283 Ziff. 25. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts gilt für Ansprüche der Berufsgenossenschaftsbeamten gegen die Berufsgenossenschaft, da diese Beamten durch bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag angestellt werden. **c**) LeipzZ. **08** 325 Ziff. 8 (KG.). Erfüllungsort für die Verpflichtung des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär auf Erstattung der Auslagen ist der Ort, an welchem der Kommissionär seine Verpflichtung gegenüber dem Dritten, mit welchem er kontrahiert hat, zu erfüllen hat, im Zweifel also der Ort, an welchem der Kommissionär seine gewerbliche Niederlassung hat. **d**) WürttJ. **20** 278 (Stuttgart). Für den Anspruch des Grundstückskäufers auf Eintragung der Kaufgelderhypothek ist der Sitz des zuständigen Grundbuchamts Erfüllungsort. Verlangt der Käufer vom Verkäufer nur die Eintragungsbewilligung, so ist, da der Verkäufer diese dem Käufer zu behändigen hat, der Wohnsitz des Käufers der Erfüllungsort.

5. Vereinbarter Erfüllungsort. **a**) Wagner, SeuffBl. **08** 259. Eine Ehefrau kann für die in den Bereich ihrer Schlüsselgewalt fallenden Rechtsverhältnisse einen von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Gerichtsstand vereinbaren. **b**) LeipzZ. **08** 629 Ziff. 8 (Karlsruhe). Die Vereinbarung, daß der Wohnort des Verkäufers Erfüllungsort sein solle, kommt dadurch zustande, daß der Käufer den diese Klausel enthaltenden, ihm vor dem Vertragsschlusse zugegangenen Briefen des Verkäufers nicht widersprochen hat. **c**) OLG. **17** 88 (Naumburg). Ist in den „Zahlungsbedingungen", welche Inhaber von Fabriken, Versandhäusern und anderen Unternehmungen ihren Preislisten anzuhängen pflegen, ein Erfüllungsort festgesetzt, so ist diese Bestimmung für den auf Grund der Preisliste bestellenden

Kunden maßgebend. **d)** OLG. **17** 89 (Braunschweig). Die Worte der Offerte „Sch., welches allseitiger Erfüllungsort ist", sind nicht der Ausdruck einer unzutreffenden Rechtsanschauung, sondern bilden einen Teil des Vertragsanerbietens. **e)** BadRpr. **08** 303 (Karlsruhe). Die Vereinbarung eines „Zahlungsorts" begründet nicht den Gerichtsstand des Erfüllungsorts. Ebenso PosMSchr. **08** 154 (Posen). **f)** OLG. **17** 306 (Braunschweig). Auch bei fortgesetzten Warenbestellungen und Lieferungen haben die Fakturenvermerke für die nachfolgenden Bestellungen keine Bedeutung. — Ebenso PosMSchr. **08** 154 (Posen). **g)** **RG.** II. HoldheimsMSchr. **08** 55. Aus der Vereinbarung, daß die Ware an einen vom Wohnsitze des Käufers verschiedenen Ort „bahnfrei" („waggonfrei") zu liefern ist, folgt, selbst in Verbindung mit der Vereinbarung „Netto Kasse Zug um Zug" nicht unbedingt, daß dieser Ort als Erfüllungsort anzusehen ist. **h)** SeuffA. **63** 247, R. **08** II 523 Ziff. 2950, BayRpflZ. **08** 170, LeipzZ. **08** 471 (Zweibrücken). Die Vereinbarung in einem Kaufvertrage, daß ein Ort für beide Teile der Erfüllungsort sein solle, ist nicht dahin auszulegen, daß damit ein Gerichtsstand für alle aus dem Vertrag entstehenden Streitigkeiten geschaffen sein solle. Insbesondere erstreckt sich die Vereinbarung nicht auf den Anspruch des Käufers auf Einwilligung in die Wandelung und Rückgabe des Kaufpreises. — Ebenso OLG. **17** 91 (KG.). **i)** SeuffA. **63** 206 (Dresden). Ist über ein streitiges Vertragsverhältnis ein Vergleich geschlossen worden, so ist das Zurückgreifen auf den ursprünglichen Vertrag, soweit der Vergleich Lücken läßt, geboten; wie die ursprünglich vereinbarten Pfandrechte, Bürgschaften und sonstigen Nebenrechte bestehen bleiben, so gilt dies auch für den im ursprünglichen Vertrage vereinbarten Erfüllungsort.

6. Insbesondere: Erfüllungsort für Nebenverpflichtungen. **a)** OLG. **17** 91 (KG.). Ist im Falle der Wandelung auf Rückzahlung der Anzahlung und auf Feststellung, daß der Verkäufer weitere Kaufpreiszahlung nicht zu beanspruchen habe, geklagt worden, so ist, obwohl die letztere Verpflichtung an sich an dem Wohnsitze des Käufers zu erfüllen sein würde, aus den Erwägungen, wie sie vom **RG. 52** 57 angestellt worden sind, sowie deswegen, weil hier in erster Linie die Rückzahlung verlangt und nur nebenbei zwecks Vermeidung eines zweiten Prozesses die Feststellung begehrt wird, auch für den zweiten Anspruch der Wohnsitz des Verkäufers Erfüllungsort. **b)** SeuffA. **63** 247 (Zweibrücken). Für die Klage auf Einwilligung in die Wandelung und Rückzahlung des Kaufpreises ist das Gericht des Ortes zuständig, an welchem die Ware zurückzugeben ist. Wird daneben Ersatz des durch die Lieferung der mangelhaften Ware entstandenen Schadens verlangt, so kann auch dieser Anspruch bei demselben Gerichte geltend gemacht werden, da es sich hier um einen zur Begründung einer selbständigen Zuständigkeit nicht geeigneten Nebenanspruch handelt. **c)** OLG. **17** 308 (Celle). Für die Klage auf Einwilligung in die Wandelung ist das Gericht des Wohnsitzes des Wandelungsverpflichteten zuständig. Wird mit dem Antrag auf Einwilligung in die Wandelung der auf Rücknahme des Kaufgegenstandes verbunden, so ist auch für diesen Antrag, welcher mit dem ersten Anspruch in rechtlichem Zusammenhange steht und sich nur als Nebenanspruch darstellt, die gleiche Zuständigkeit begründet. **d)** OLG. **17** 311 (Colmar). Klagt der Verkäufer, welcher die vollzogene Wandelung wegen Betrugs angefochten hat, auf Wiederherauszahlung des Kaufpreises und Wiederabnahme der Ware, so ist der erstere Anspruch der die Zuständigkeit bestimmende Hauptanspruch. **e)** **RG.** III. **69** 9, JW. **08** 488, R. **08** II 454 Ziff. 2586, LeipzZ. **08** 773 Ziff. 2. Bei einer Konkurrenzklausel mit hinzutretenden Strafversprechen ist das Konkurrenzverbot die Hauptverbindlichkeit, das Strafversprechen eine akzessorisch hinzutretende, von der Konkurrenzklausel abhängige Nebenverabredung. Das Konkurrenzverbot mit dem sich anschließenden Strafversprechen ist daher, wie in betreff des anzu-

wendenden örtlich verschiedenen Rechtes, so auch in betreff des Gerichtsstandes als einheitliches Schuldverhältnis zu behandeln. Es kann somit in dem für die Hauptverpflichtung gegebenen Gerichtsstand auch der Anspruch auf die Vertragsstrafe erhoben werden (**RG. 15** 435, **57** 15). Dem steht auch nicht entgegen, daß, wenn ein Handlungsgehilfe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen ein Konkurrenzverbot eine Strafe versprochen hat, der Geschäftsinhaber nur die verwirkte Strafe verlangen kann, der Anspruch auf Erfüllung aber ausgeschlossen ist (§ 75 HGB.); denn hierdurch ist für diesen Fall das Konkurrenzverbot nicht für nichtig erklärt, sondern ihm nur die Klagbarkeit entzogen. f) BuschsZ. **38** 426 (Darmstadt). Der Erfüllungsort für die Duldungspflicht des Ehemanns fällt mit dem für die Leistungspflicht der Ehefrau gegebenen Orte zusammen. g) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 394. Der Gerichtsstand des Bürgen aus § 29 ist am Leistungsorte des Hauptschuldverhältnisses begründet. — Dagegen PosMSchr. **08** 96 (Königsberg). Aus dem Gesamtschuldverhältnisse folgt an sich nicht, daß der eine Gesamtschuldner da zu erfüllen hat, wo auch von dem anderen zu erfüllen ist. Ebensowenig folgt aus der Natur der Bürgschaft, daß der Bürge an demselben Orte zu erfüllen hat, wie der Hauptschuldner (**RG. 9** 185, **34** 17).

§ 31. BayObLG. 8 453. Als Vermögensverwaltung im Sinne des § 31 ist auch die gemäß § 1981 BGB. angeordnete Nachlaßverwaltung sowie die Verwaltung des Vorerben und des Testamentsvollstreckers anzusehen.

§ 32. 1. OLG. **17** 93 UnlW. **7** 89 (Hamburg), (s. JDR. **6** § 32 Ziff. 1). Der Beklagte kann der im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung erhobenen Klage die Einrede der Arglist entgegenstellen, wenn die Schrift, gegen deren Verbreitung die Klage sich richtet, gerade auf Veranlassung des Klägers vom Beklagten an den Ort, an welchem er die Klage erheben wollte, gesendet worden ist.

2. Die Entscheidung des OLG. Hamburg, daß für Klagen wegen wissentlicher Patentverletzung der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht gegeben ist (vgl. JDR. **5** § 32 Ziff. 2 und **6** § 32 Ziff. 3), ist auch SeuffA. **63** 209 abgedruckt.

3. LeipzZ. **08** 248 Ziff. 7, OLG. **17** 94 (KG.). Die Klage auf Unterlassung des Eingriffs in ein Immaterialgüterrecht des Klägers gründet sich auf das absolute Recht des Klägers und die Verletzungshandlung des Beklagten. Sofern behauptet wird, daß die letztere schuldhaft begangen sei (so in den Fällen, in welchen Unterlassungs- und Schadensersatzklage verbunden werden), ist auch die Unterlassungsklage eine Klage aus unerlaubter Handlung und kann daher im Gerichtsstande des § 32 erhoben werden. — Ebenso OLG. **17** 94 (KG.), wo weiter ausgeführt wird, daß im Gerichtsstande des § 32 nur auf Unterlassung verletzender Handlungen innerhalb des Bezirkes des angerufenen Gerichts geklagt werden kann (vgl. KGBl. **02** 47 [KG.]).

4. OLG. **17** 92 (KG.). Die Beklagte, welche sich vom Kläger Gegenstände aus einem Nachlaß in Kenntnis der Tatsache, daß die Verfügung über die Substanz seiner Verfügung entzogen war, schenken läßt, begeht dadurch eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 32.

5. OLG. **17** 93 (Frankfurt). Der Anspruch auf Schadensersatz aus § 717 ZPO. gründet sich lediglich auf die verfrühte Vollstreckung, nicht auf eine unerlaubte Handlung; für sie ist daher der Gerichtsstand des § 32 nicht gegeben.

6. SeuffA. **63** 207, R. **08** II 523 Ziff. 2951 (Stuttgart). Im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung kann bei betrügerischem Geschäftsabschlusse wohl auf Schadensersatz (§§ 823, 826, 831 BGB.) geklagt, nicht aber eine die Verwirklichung der Anfechtungsfolgen nach §§ 123, 124, 143 BGB. bezweckende Klage erhoben werden. —

Dagegen ThürBl. **55** 252 (Jena). Für die Klage, mit welcher ein Kaufvertrag gemäß § 123 BGB. wegen Arglist angefochten und der Kaufpreis zurückgefordert wird, ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet. Dem steht nicht der Umstand entgegen, daß nicht Schadensersatz, sondern Herausgabe der Bereicherung verlangt wird, denn die Grundlage des Bereicherungsanspruchs ist hier die unerlaubte Handlung. →→ Die letztere Entscheidung ist ebenso wie die zu Ziff. 3 bedenklich: sieht man jede außerkontraktliche Klage, welche auf ein doloses oder kulposes Verhalten des Beklagten gestützt wird, als Klage aus unerlaubter Handlung an, so wird der Begriff der unerlaubten Handlung völlig verflüchtigt und der Gerichtsstand des § 32 ZPO. in einem vom Gesetzgeber sicher nicht beabsichtigten Maße erweitert. Red. ←←

7. NaumburgAK. **08** 74 (LG. Magdeburg). Die Klagen aus § 31 Ziff. 1 und 2 KO. sind Klagen aus unerlaubter Handlung, dagegen nicht die aus §§ 30 uud 32 KO.

§ 33. 1. Vgl. Hellwig, Lehrbuch III 52 ff.

2. *Heinsheimer, BuschsZ. **38** 1 ff. § 33 ist nicht nur Gerichtsstands-, sondern auch Zulässigkeitsvorschrift. Eine Widerklage ist nur zulässig, wenn der Widerklaganspruch mit dem Klaganspruch oder den gegen ihn vorgebrachten zulässigen Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht; ist dies der Fall, so kann die Widerklage auch dann angebracht werden, wenn das Gericht der Klage für sie sonst nicht zuständig ist, es sei denn (§ 33 Abs. 2), daß es sich um prorogationsunfähige Sachen handelt (aM. Löning, BuschsZ. **4** 1, Gaupp-Stein § 33 I, zweifelnd **RG. 46** 426). — Nach § 33 kann, wenn Widerklage erhoben ist, ein weiterer Widerklaganspruch in den Prozeß eingeführt werden, falls er zum Klaganspruch in dem oben bezeichneten Verhältnisse der Konnexität steht, mag auch im Verhältnisse zum ersten Widerklaganspruch eine sonst unzulässige Klagänderung vorliegen. — Der Mangel der Konnexität kann zur Trennung, aber nicht zur absolutio ab instantia von Amts wegen führen; er berechtigt jedoch den Widerbeklagten zum Antrag auf Abweisung; Präklusion dieses Rügerechts findet nach § 295, nicht nach § 39 statt. Zusammenhang im Sinne von § 33 ist nicht gleichbedeutend mit rechtlichem Zusammenhange, dessen Mangel nach § 145 die Trennung beider Sachen von Amts wegen begründen kann. Rechtlicher Zusammenhang liegt nur vor, wenn beide Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis zurückgeführt werden können, Zusammenhang nach § 33 zwischen Klag- und Widerklaganspruch dagegen schon dann, wenn entweder ihr Grund oder ihr Gegenstand ganz oder teilweise übereinstimmen (anders die herrschende Meinung). Die Widerklage findet ihre Parallele nicht in der Klage, sondern in der Klagerweiterung. Beides sind Erscheinungsformen der nachträglichen Einführung von Ansprüchen in den anhängigen Rechtsstreit. Daraus ergibt sich u. a. die Zulässigkeit einer reconventio reconventionis (Gegenwiderklage), d. h. einer Klagerweiterung, für welche zwar nicht die Voraussetzungen von §§ 264, 268 im Verhältnisse zur Grundklage, wohl aber diejenigen von § 33 im Verhältnisse zur Widerklage vorliegen.

3. a) R. **08** II 374 Ziff. 2198, LeipzZ. **08** 540 Ziff. 28. Der Zusammenhang des mit der Widerklage geltend gemachten Gegenanspruchs mit dem Klaganspruch oder den gegen denselben vorgebrachten Verteidigungsmitteln bildet die Voraussetzung nicht nur für die Gerichtszuständigkeit, sondern auch für die Zulässigkeit der Widerklage. b) **RG.** VI. SächsRpflA. **08** 531. Liegen hinsichtlich einer Widerklage die Voraussetzungen der §§ 38, 39 ZPO. vor, so kann weder die mangelnde Konnexität der Widerklage, noch die Unzuständigkeit des Gerichts gerügt werden. c) **RG.** III. GruchotsBeitr. **52** 1154, LeipzZ. **08** 701, BayRpflZ. **08** 479. Unzulässigkeit der Widerklage, deren Gegenstand zur Zuständigkeit eines Sondergerichts gehört (vgl. GVG. § 14 Ziff. 5 b). d) R. **08** II 454 Ziff. 2588. Gegen die Klage der Eltern

auf Herausgabe eines Kindes ist eine Widerklage auf Erstattung der Pflegekosten nicht zulässig.

§ 36. 1. Ziff. 1. BreslauAK. **08** 35 (LG. Glogau). Durch eine gemäß § 38 getroffene Vereinbarung wird ein Gericht nicht zum „an sich zuständigen Gericht" im Sinne des § 36 Ziff. 1.

2. Ziff. 2. **RG.** IV. KGBl. **08** 55. Soll eine GmbH. an ihrem statutarischen Sitze „Berlin" verklagt werden, so ist, da es ungewiß ist, in welchem der drei Landgerichtsbezirke sich der Sitz befindet, das zuständige Gericht gemäß § 36 Ziff. 2 zu bestimmen.

3. Ziff. 3. R. **08** II 63 Ziff. 357 (BayObLG.). Einer Gerichtsbestimmung nach § 36 Ziff. 3 bedarf es nicht, wenn der Schuldner mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnhafte Gläubiger auf Feststellung des Nichtbestehens ihrer gemeinschaftlichen Vertragsforderung verklagen will. Eine solche Klage fällt ebenso unter § 29 ZPO. wie die Feststellung des Nichtbestehens des Vertrags selbst und kann deshalb im gemeinschaftlichen Gerichtsstande des Erfüllungsorts erhoben werden.

4. Ziff. 6. **a)** R. **08** II 624 Ziff. 3439 (BayObLG.). Weist das Vollstreckungsgericht lediglich einem anderen Gericht oder dem Drittschuldner gegenüber die Wiederaufnahme oder Neueinleitung eines Verteilungsverfahrens auf Grund nachträglicher Gehaltspfändungsbeschlüsse eines anderen Amtsgerichts zurück, so enthält dies keine rechtskräftige Ablehnung der Zuständigkeit gegenüber den neuen Gläubigern. **b)** MecklZ. **27** 38, R. **08** II 704 Ziff. 3821 (Rostock). § 36 Ziff. 6 ist auf das Aufgebotsverfahren erst dann entsprechend anwendbar, wenn der die Unzuständigkeitserklärung aussprechende Beschluß mit den zulässigen ordentlichen Rechtsmitteln erfolglos angegriffen ist.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. Zulässigkeit der Vereinbarung. **a)** **RG.** III. SeuffA. **63** 419, R. **08** II 271 Ziff. 1587, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 34. Die Vereinbarung der Zuständigkeit setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, daß die ordentlichen Gerichte für den Rechtsstreit zuständig sind. Für Sachen, welche vor die Kaufmannsgerichte gehören, ist die Vereinbarung unwirksam. Dies gilt auch für Vereinbarungen, welche vor dem Inkrafttreten des KfmGG. getroffen sind. — Ebenso OLG. **17** 95 (Hamburg). — Dagegen HansGZ. **08** Beibl. 145 (Hamburg). Die vor dem Inkrafttreten des KfmGG. getroffene Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts bleibt wirksam. **b)** Hallbauer, R. **08** 727. Der zugunsten des Versicherten im § 48 VersVG. geschaffene Agentengerichtsstand kann nicht vertragsmäßig ausgeschlossen werden. **c)** Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes. α. **RG.** I. JW. **08** 488 Ziff. 22, LeipzZ. **08** 594. Die Klausel, daß ein bestimmtes Gericht für alle Rechtsstreitigkeiten aus einem Wechsel sachlich und örtlich zuständig sein solle, enthält nicht die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes. β. OLG. **17** 96 (Frankfurt). Daß der von den Parteien prorogierte Gerichtsstand ein ausschließlicher sein soll, muß im Prorogationsvertrag ebenso unzweideutig hervorgehoben werden, wie es das Gesetz überall tut, wo es abweichend von der Regel ein Gericht für ausschließlich zuständig erklären will.

2. Inhalt und Wirkung. **a)** OLG. **17** 97 (KG.). Die Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit eines Gerichts bindet auch den Zessionar, es sei denn, daß die Auslegung des Prorogationsvertrags ergibt, daß die Wirkung dieser Abrede auf die ursprünglichen Vertragsparteien beschränkt sein sollte. **b)** PosMSchr. **08** 142 (Posen). Ist die Zuständigkeit eines Gerichts für alle aus einem Versicherungsvertrag erwachsenden Streitigkeiten vereinbart, so ist das Gericht auch für den Streit darüber zuständig, ob eine Leistung aus dem Vertrage geschuldet war oder als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. **c)** HessRspr. **8** 147

(Darmstadt). Die Vereinbarung erstreckt sich auch auf Ansprüche aus dem Rechtsverhältnisse, welche erst durch das schuldhafte Verhalten des Beklagten nach der Prorogation entstanden sind. **d)** KGBl. **08** 55 (LG. I Berlin). Die Vereinbarung der Zuständigkeit „der Berliner Gerichte" ist zulässig. Sie ist dahin auszulegen, daß der Kläger befugt ist, bei einem der drei Berliner Landgerichte bzw. einem der zu diesen gehörenden Amtsgerichte Klage zu erheben. **e)** **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 396. Die Vereinbarung der Zuständigkeit eines inzwischen weggefallenen Sondergerichts ist wirkungslos.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 41. 1. Hellwig, Lehrbuch III 134. Ist ein Richter nur mit Rücksicht auf einen Streitgenossen kraft Gesetzes ausgeschlossen, so kann er gleichwohl gegenüber dem anderen Streitgenossen sein Amt ausüben, sofern eine Trennung der Verhandlungen möglich ist und das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht.

2. ThürBl. **54** 168 (Jena). Der Vorsitzende, auf dessen Anordnung die Vollstreckungsklausel versagt worden ist, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung des Prozeßgerichts über die Rechtmäßigkeit der Versagung nicht ausgeschlossen.

§ 42. Not, BuschsZ. **38** 469. Im Verfahren zur Berichtigung des Tatbestandes ist die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit nicht zulässig.

§ 45. **RG.** IV. R. **08** II 704 Ziff. 3824. Entnimmt das Gericht aus der Sachlage die Überzeugung, daß das Ablehnungsgesuch lediglich zu dem Zwecke vorgebracht ist, um die Tätigkeit des Gerichts zu lähmen und die Sache zu verschleppen, so kann es über das Gesuch selbst entscheiden und, ohne den Erfolg einer sofortigen Beschwerde abzuwarten, das Urteil fällen, da in solchem Falle in Wahrheit ein Gesuch im Sinne der §§ 44 ff. gar nicht vorliegt (**RG. 44** 402).

§ 46. **RG. 66** 46 = JDR. **6** § 46.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vor § 50. 1. Hellwig, DJZ. **08** 1198, zählt den Konkursverwalter zu der Klasse von Personen, welchen ihr „Amt" das Recht und die Pflicht gibt, für ein Vermögen zu sorgen ohne Rücksicht auf die individuellen Interessen der Person, der es gehört, und ohne als Vertreter dieser Person angesehen zu werden. Dies sind die Sachpfleger (Pfleger in einem weiteren Sinne genommen). Die Interessen, die sie wahrzunehmen haben, können verschiedener Art sein: nur Erhaltung des Vermögens (der gewöhnliche Nachlaßpfleger, der „Güterpfleger" des § 334 StPO. und des § 1914 BGB.) oder Verwaltung zwecks Befriedigung der Gläubiger (Nachlaßverwaltung, Konkurs, Zwangsverwaltung des ZVG., § 58 ZPO.) oder Ausführung der Anordnungen des Erblassers (Testamentsvollstreckung). Allen diesen Sachpflegern ist gemeinsam, daß sich ihre Amtspflicht direkt und ausschließlich nur auf das ihnen anvertraute Vermögen, welches als selbständiges Sondervermögen anzusehen ist, erstreckt (aM. Jäger aaO. 1268).

2. Kohler, SeuffBl. **08** 71. Das unter der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers stehende Vermögen ist eine juristische Person, deren Organ der Testamentsvollstrecker ist.

3. Wienstein, LeipzZ. **08** 883. Die Inkassozession ist nicht etwa eine Ermächtigung zur Prozeßführung; sie bewirkt vielmehr nach außen hin volle Rechtsübertragung. Sie gibt dem Inkassozessionar prozeßrechtlich eine Stellung, welche der des fiduziarischen Eigentümers im Zivilrecht entspricht. Es ist daher nicht möglich, die Inkassozession, wenn sie erfolgt, um den Zedenten als Zeugen ver-

nehmen zu lassen, als sittenwidrig hinzustellen (so KG., KGBl. **08** 19, vgl. oben Ziff. II B 22 zu § 138 BGB.). — Nicht wesentlich anders ist auch die Stellung des Inkassoindossatars.

§ 50. 1. **RG.** V. JW. **08** 302 Ziff. 10. Ist die als Partei auftretende Behörde in Wahrheit gesetzliche Vertreterin des Fiskus, so ist in der Tat nur der letztere Partei.

2. **RG.** VII. JW. **08** 201 Ziff. 16. Ist statt des Fiskus eine Behörde, welche diesen gesetzlich vertritt, als verklagte Partei bezeichnet worden, so ist die Klage als in Wahrheit gegen den Fiskus selbst gerichtet anzusehen.

3. **RG.** VII. JW. **08** 413 Ziff. 7. Die im Namen einer nach dem Preuß. Reglement vom 12. Dezember 1838 eingerichteten städtischen Sparkasse oder des Kuratoriums einer solchen erhobene Klage muß als im Namen der Stadtgemeinde erhoben angesehen werden. (Ebenso JDR. **6** § 50 Ziff. 1.)

4. **RG.** VI. JW. **08** 543 Ziff. 1. Ist als Beklagter statt des Reichsmilitärfiskus der — gar nicht existierende — preuß. Militärfiskus bezeichnet worden, so liegt eine ohne weiteres zu berichtigende Ungenauigkeit der Bezeichnung vor.

5. **RG.** III. **69** 396, R. **08** II 668 Ziff. 3643. Ein Kirchenvorstand, der lediglich kollegialer Vertreter der Kirchengemeinde ist und nicht selbst als Rechtssubjekt der Rechte und Verpflichtungen der Kirchengemeinde in Betracht kommt, hat als solcher keine Parteifähigkeit. Ist in einer Klage gleichwohl lediglich der Kirchenvorstand als Beklagter bezeichnet, ergibt sich aber aus dem weiteren Inhalte der Klageschrift, daß der Klaganspruch gegen die Kirchengemeinde erhoben wird, so liegt lediglich eine falsche Bezeichnung vor, die im Urteile berichtigt werden kann.

6. **RG.** VII. R. **08** II 625 Ziff. 3440. Veräußert eine offene Handelsgesellschaft ihr Geschäft mit Aktiven und Passiven, so gilt sie gemäß §§ 158, 156 HGB. Dritten gegenüber bis zur Beendigung der Auseinandersetzung als fortbestehend. Sie behält daher bis zu diesem Zeitpunkt auch ihre Parteifähigkeit.

7. R. **08** II 96 Ziff. 560 (Naumburg). Die Gesamtheit der am Separationsverfahren beteiligten Flurinteressenten, die durch den Gemeindevorstand nach dem PrG. vom 2. April 1867 auf Grund Beschlusses der Generalkommission vertreten wird, ist juristische Person und aktiv wie passiv parteifähig. Die einzelnen Beteiligten können daher in einem Prozesse dieser Interessengemeinschaft als Zeugen vernommen werden.

8. RheinA. **105** I 3 (Düsseldorf). Die Parteifähigkeit einer ausländischen juristischen Person ist nur bei verbürgter Gegenseitigkeit anzunehmen.

9. a) *Wendt, ACivPr. **103** 426 ff. Die Vereine ohne Rechtsfähigkeit sind wirklich das, was sie heißen, und entbehren mit der Rechtsfähigkeit auch die (volle) Parteifähigkeit. Es geht nicht an, wie Hellwig, Lehrbuch I 45, will, um der konkurs- und prozeßrechtlichen Vorschriften willen die Normen des BGB. beiseite zu schieben. Wohl gestatten jene auch gegen Vereine ohne Rechtsfähigkeit anonyme Rechtsverfolgung einschließlich Zwangsvollstreckung und Konkurs; aber daraus folgt noch nicht die materiell-rechtliche Selbständigkeit des Vereinsvermögens, die auch den Verein ohne Rechtsfähigkeit zur juristischen Person machen würde. b) SeuffA. **63** Ziff. 22 (Marienwerder). Auch im Vollstreckungsverfahren hat ein nicht rechtsfähiger Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins. Der Vorstand ist daher zur Leistung des Offenbarungseids für den Verein verpflichtet.

§ 51. 1. **RG.** VI. JW. **08** 543. Der Reichsmilitärfiskus wird sowohl durch den Regimentskommandeur wie auch durch den Garnisonkommandanten vertreten.

2. **RG. 66** 240, GruchotsBeitr. **52** 687 (s. JDR. **6** § 51 Ziff. 2). Ein Prozeß einer Aktienkommanditgesellschaft mit ihrem einzigen gesetzlichen

Vertreter ist unmöglich; die Vertretung der ersteren durch Prokuristen genügt für den Prozeß nicht.

§ 56. 1. *Nußbaum, Prozeßhandlungen 89 ff. Die ohne Vollmacht erhobene oder entgegengenommene Klage hat keinerlei Rechtswirkungen für und gegen die ohne Vollmacht vertretene Person. Die letztere wird nicht Partei. Es entsteht keine Rechtshängigkeit. Es fehlt daher sowohl an der Grundlage für ein Urteil wie für eine Pflicht zur Kostenerstattung. Die Gerichtskosten treffen den falsus procurator als Antragsteller; von den übrigen Kosten können ihm gemäß § 102 ZPO. die auferlegt werden, welche durch sein grobes Verschulden entstanden sind. Eine Haftung des falsus procurator für sämtliche Kosten läßt sich aber nicht rechtfertigen, weder mit Hupka aus § 179 BGB., noch, wie Hellwig meint, aus dem Wesen der Stellvertretung. Entgegen steht auch § 89 Abs. 1 ZPO., wonach nur der einstweilen zugelassene falsus procurator kostenpflichtig ist. — Die Zustellung des auf Grund vollmachtloser Prozeßführung ergangenen Urteils durch oder an den falsus procurator setzt die Rechtsmittelfrist in Lauf; das folgt daraus, daß durch die Prozeßführung ohne Vollmacht die Nichtigkeitsklage begründet wird, welche begrifflich den Eintritt der Rechtskraft voraussetzt. — Die Rechtskraft des auf Grund unbevollmächtigter Prozeßführung ergangenen und zugestellten Urteils kann dadurch verhindert werden, daß die wahre Partei, die Prozeßführung genehmigend, in den Rechtsstreit eintritt, indem sie Rechtsmittel einlegt.

2. **a)** **RG.** I. 7. 12. 07, LeipzZ. **08** 169 Ziff. 2. Solange die Prozeßunfähigkeit einer Partei nicht feststeht, muß das Gericht die Partei als prozeßfähig behandeln. Es darf daher insbesondere nicht die Berufung des Beklagten, welcher sich darauf beruft, daß er zur Zeit der Klagezustellung bereits geisteskrank gewesen sei, wegen mangelnder Vertretung durch Versäumnisurteil zurückweisen; vielmehr muß die Frage, ob der Beklagte geisteskrank ist, von Amts wegen geprüft und, wenn sie bejaht wird, die Klage, als nicht richtig erhoben, abgewiesen werden. **b)** **RG.** I. 14. 12. 07, JW. **08** 73 Ziff. 8, LeipzZ. **08** 228 Ziff. 29. Stellt sich erst in der Berufungsinstanz die Prozeßunfähigkeit des Beklagten und Berufungsklägers heraus, so ist nicht etwa das Rechtsmittel als nicht eingelegt anzusehen — diese früher vom IV. Sen. (JW. **98** 501 Ziff. 4, **99** 365 Ziff. 7) vertretene Auffassung ist in einer späteren Entscheidung wieder aufgegeben —, vielmehr ist davon auszugehen, daß der auf den Namen des Prozeßunfähigen geführte Rechtsstreit, solange der Mangel der Prozeßfähigkeit nicht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, auch durch Handlungen des in Wirklichkeit Prozeßunfähigen und seines Prozeßbevollmächtigten weitergeführt, mithin auch wirksam Berufung eingelegt werden kann (vgl. **RG.** **18** 383, **29** 408, JW. **00** 750 Ziff. 13). **c)** Ob die die Legitimation des gesetzlichen Vertreters begründenden Tatsachen der Verfügungsfreiheit der Parteien unterliegen, insbesondere ob sie zugestanden werden können, läßt das **RG.** IV. JW. **08** 44 Ziff. 20 dahingestellt. **d)** **RG.** VI. EisenbE. **24** 382. Der Fiskus ist als eine einheitliche juristische Person aufzufassen, auch wenn Ansprüche gegen ihn in Frage stehen, welche in das Zuständigkeitsgebiet mehrerer ihn vertretender Behörden fallen. **e)** R. **08** II 668 Ziff. 3644 (Breslau). Wenn auch der Fiskus eine einheitliche juristische Person bildet, so ist doch von Amts wegen zu prüfen, ob die als Vertreterin des Fiskus verklagte Eisenbahndirektion nach § 6 Abs. 4 der Verwaltungsordnung für die preuß. Staatseisenbahnen auch zur Vertretung befugt ist; daß die verklagte Direktion bereit ist, sich auf den Rechtsstreit einzulassen, ist unerheblich. Der Mangel wird aber dadurch geheilt, daß im Laufe des Prozesses die richtige Direktion mit Zustimmung des Klägers die Vertretung des Fiskus übernimmt.

3. Abs. 2. Über die einstweilige Zulassung vgl. Nußbaum, Prozeßhandlungen 122 ff.

§ 58. Bendix, ABürgR. 32 210 ff. Der gemäß §§ 58, 787 bestellte Vertreter steht weder an Stelle des derelinquierenden noch des künftigen Eigentümers. Er hat weder des ersteren noch des letzteren Interessen zu vertreten. Vielmehr ist er prozessual als Eigentümer anzusehen, der die sich daraus ergebende Parteirolle im Interesse und Auftrage des dinglich berechtigten Klägers erhält und daher natürlich keine Kosten zu tragen braucht, weil er sie ja doch vorschuß- oder ersatzweise von seinem indirekten Auftraggeber verlangen könnte. Er ist weder Rechtsnachfolger des verzichtenden Eigentümers, noch Rechtsvorgänger des Aneignenden, sondern kraft Amtes in dem betreffenden Verfahren Prozeßpartei mit derjenigen eigenen Sachlegitimation, welche erforderlich ist, um den Schwebezustand im Interesse des Klägers prozessual bedeutungslos zu machen. Seine Stellung ist nicht mit der des Konkursverwalters oder Pflegers fremder Rechte zu vergleichen, vielmehr ist sie die eines Treuhänders.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

Vorbemerkung: Der Lehre von der Streitgenossenschaft ist in Hellwigs Lehrbuch III 86 ff. eine Behandlung zuteil geworden, welche an Umfang und Tiefe bei weitem den Lehrbuchcharakter überschreitet. Hellwig hat hier eine grundlegende Neubearbeitung dieser ganzen Lehre geschaffen.

§ 59. 1. R. **08** II 205 Ziff. 1225 (Cassel). Im Falle der Unzulässigkeit der Streitgenossenschaft ist nicht etwa die Klage in der angebrachten Form zurückzuweisen, sondern es ist die Trennung der mehreren Sachen durch Beschluß anzuordnen und dann über jede einzeln zu verhandeln und zu entscheiden.

2. Hellwig, Lehrbuch III 137. Abweichungen von der gewöhnlichen Stellung der Streitgenossen können sich (137) „aus dem bürgerlichen Rechte oder diesem Gesetze" ergeben. a) Aus Gründen des bürgerlichen Rechtes können die Streitgenossen die Prozeßführung nur gemeinsam betätigen und deshalb nur gemeinsam die Klage erheben bzw. gemeinsam verklagt werden, wenn es sich um gemeinsame, nur mittels Klage geltend zu machende Gestaltungsrechte oder um Verwaltungsrechte handelt, welche einschließlich des darin enthaltenen Prozeßführungsrechts nur gemeinsam ausgeübt werden können. b) Eine fernere Abweichung kann sich daraus ergeben, wenn das abzuurteilende Rechtsverhältnis das gleiche ist oder das eine im Verhältnisse der Abhängigkeit vom anderen steht. Dieses Abhängigkeitsverhältnis kann α. darin bestehen, daß die Existenz des einen Rechtsverhältnisses durch das andere bedingt ist (hierher gehören alle akzessorischen Rechtsverhältnisse, so Pfandrecht, Bürgschaft, ferner die Haftung des Ehemanns mit dem eingebrachten Gute für die Ehegutsschulden der Frau, ferner das von dem Rechte des Mieters abhängige Recht der Untermieters) oder wenigstens Tatsachen gegeben sind, welche sowohl das eine als auch das andere Rechtsverhältnis aufheben oder sonstwie umgestalten (hierher gehören die Gesamtschuld- und Gesamtgläubigerverhältnisse insofern, als es Tatsachen gibt, die zwar nur bei dem einen Beteiligten eintreten, aber gleichwohl für und gegen alle wirken); β. darin, daß das gegenüber einer allein prozessierenden Partei ergehende Urteil gegenüber einem Dritten Rechtskraft schafft, Fälle also, in welchen der Dritte, wenn er sich einer Partei als Nebenintervenient anschließen würde, die Stellung eines streitgenössischen Nebenintervenienten gemäß § 69 ZPO. haben würde.

§ 62. 1. **RG.** I. LeipzZ. **08** 61 Ziff. 13, BayerZ. **08** 101. Die Mitglieder einer oHG., welche als solche verklagt werden und deren Verteidigung sich ausschließlich auf das zwischen dem Kläger und der Gesellschaft bestehende Rechtsverhältnis stützt, sind notwendige Streitgenossen.

2. **RG.** V. JW. **08** 144 Ziff. 16. Ist ein Grundstück an zwei Käufer je zur ideellen

Hälfte verkauft worden, so ist damit für die Klage der Käufer auf Auflassung noch keine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO. gegeben, auch nicht dadurch, daß der Beklagte Nichtigkeit des Kaufvertrags geltend macht; es ist sehr wohl möglich, daß der Vertrag dem einen Käufer gegenüber als bestehend, gegenüber dem anderen als nicht bestehend festgestellt wird.

3. OLG. **17** 99 (Düsseldorf). Die mehreren auf Unterhaltszahlung verklagten Abkömmlinge sind nicht notwendige Streitgenossen.

4. PosMSchr. **08** 107 (Königsberg). Wenn Miterben gemäß § 2039 Satz 2 BGB. auf Hinterlegung für alle Erben klagen, liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor. Der Anspruch auf Hinterlegung steht jedem einzelnen Miterben als Individualrecht zu.

5. OLG. **17** 100 (KG.). Handelt es sich im Rechtsstreite darum, ob die Beklagten ihre Eigenschaft als Testamentserben durch die zweite Ehe des Klägers und die Geburt eines Kindes in derselben verloren haben, so besteht eine notwendige Streitgenossenschaft unter den Miterben nicht, da die Annahme möglich ist, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage nur zugunsten des einen oder anderen Beklagten testiert bzw. nicht testiert haben würde.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 64. OLG. **17** 101 (Braunschweig). Hat der Zessionar die zedierte Forderung gegen den Schuldner geltend gemacht, so kann der Zedent, wenn er die Forderung für sich in Anspruch nimmt, die Hauptintervention erheben; durch die Abtretung der Forderung wird die Identität im Sinne des § 64 nicht ausgeschlossen.

§ 66. 1. Hellwig, Lehrbuch III 132. Es ist zulässig, daß ein Streitgenosse einem anderen als Nebenintervenient beitritt.

2. OLG. **17** 102 (KG.). Die Zulassung des Nebenintervenienten setzt ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Prozeßpartei voraus, welches durch die Entscheidung des Rechtsstreits unmittelbar mitbetroffen wird oder auf dessen weitere Gestaltung oder Auflösung möglicherweise die getroffene Entscheidung eine Rückwirkung ausübt (**RG.** JW. **98** 460).

3. R. **08** II 704 Ziff. 3827 (Hamburg). Für die Zulässigkeit einer Nebenintervention kommt es nicht darauf an, ob in dem anhängigen Rechtsstreit eine Rechts- oder Tatfrage zur Entscheidung steht, die für Rechtsbeziehungen des Nebenintervenienten präjudiziell ist, denn sonst würde sich bei allgemein interessierenden Fragen, insbesondere Rechtsfragen, jeder, für welchen die Frage von praktischer Bedeutung ist, anschließen können, sondern nur darauf, ob der Intervenient an dem Ergebnisse des Rechtsstreits, an dem Siege der einen oder anderen Partei, also daran ein Interesse hat, ob der zur Entscheidung stehende konkrete Anspruch zu- oder aberkannt wird, sei es, daß durch das Erkenntnis auch für oder gegen ihn Recht oder Vollstreckbarkeit geschaffen wird, oder daß davon für ihn ein Recht oder eine Verpflichtung gegenüber einer Prozeßpartei rechtlich oder auch nur nach dem normalen Verlaufe der Dinge abhängig ist.

4. R. **08** II 237 Ziff. 1405 (Hamburg). Die Nebenintervention eines Zessionars ist unzulässig, wenn die abgetretene Forderung zu den gemäß § 850 ZPO. unpfändbaren Forderungen gehört und daher auch nach § 400 BGB. nicht abgetreten werden konnte.

5. HansGZ. **08** Hptbl. 29, OLG. **17** 103 (Hamburg). Im Prozesse gegen den Eigner eines Schleppdampfers auf Ersatz angerichteten Schadens hat der Schiffer des geschleppten Schiffes insofern ein Interesse daran, dem Beklagten beizutreten, als bei Schuld der Besatzung des Schleppdampfers auch das geschleppte Schiff mit in Anspruch genommen werden könnte. Wenn auch der Satz, daß bei Schleppzügen

die Besatzung des einen Schiffes dann zugleich als Besatzung des anderen anzusehen ist, wenn sie eine dem anderen Schiffe dienende Verrichtung vornimmt, vom RG. (**65** Nr. 90) aufgegeben ist, so ist gleichwohl möglich, daß wiederum so entschieden wird; diese Möglichkeit genügt zur Erhebung der Nebenintervention.

§ 67. 1. SeuffA. **63** 36 (Hamburg). Die Urteilszustellung durch den Nebenintervenienten setzt die Rechtsmittelfrist zugunsten, jedoch nicht zum Nachteile der unterstützten Partei in Lauf.

2. **RG.** I. SächsRpflA. **08** 111, BadRpr. **08** 61 (s. JDR. **6** § 67 Ziff. 2 c). Auch wenn der Prozeß in der Berufungsinstanz vom Nebenintervenienten allein geführt wurde, ist die Revision nicht gegen diesen, sondern gegen die unterstützte Hauptpartei einzulegen.

3. **RG.** VI. R. **08** II 400 Ziff. 2346, WarnE.. **08** Ziff. 467. Der Nebenintervenient braucht bei der Einlegung eines Rechtsmittels für die Hauptpartei nicht ausdrücklich anzugeben, daß er dies namens der Hauptpartei tue.

4. **RG.** V. **68** 14, JW. **08** 136 Ziff. 4. Die prozessuale Zulässigkeit einer nur von dem Nebenintervenienten, nicht von der Hauptpartei eingelegten Anschlußberufung ist nicht zu beanstanden. Indem nämlich der Nebenintervenient das von der Gegenpartei angefochtene Urteil, soweit es zuungunsten der von ihm unterstützten Hauptpartei lautet, anficht, tritt er mit dem Verhalten der letzteren nicht in Widerspruch. Sein Antrag enthält allerdings ein Hinausgehen über den nur auf Zurückweisung der gegnerischen Berufung gerichteten Antrag der Hauptpartei; hierzu ist er aber befugt. Unzulässig würde die Anschließung nur sein, wenn er sie erhöbe, um etwas für sich selbst zu erstreiten; Leistung an sich selbst darf er nur beantragen, falls auch die unterstützte Hauptpartei zur Stellung dieses Antrags befugt wäre.

5. R. **08** II 374 Ziff. 2199 (Colmar). Bei Untätigkeit der Hauptpartei in der Berufungsinstanz kann sie der Nebenintervenient nicht bloß gegen die Berufung des Gegners verteidigen, sondern sich auch dieser Berufung für die unterstützte Partei anschließen.

6. R. **08** II 17 Ziff. 100 (Stuttgart). Hat der Kläger die Forderung während des Prozesses abgetreten und verzichtet er auf die eingelegte Berufung gegen das klagabweisende Urteil, so ist die von dem Zessionar als Nebenintervenienten erhobene Berufung zu verwerfen.

§ 68. 1. **RG.** III. R. **08** II 498 Ziff. 2850. Der Nebenintervenient muß nicht nur die im Tenor ausgesprochene Rechtsfolge, sondern die Begründung in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung, soweit sie die notwendige Voraussetzung des Urteils bildet, gegen sich gelten lassen. Hat daher der Geschäftsherr, der aus § 831 BGB. in Anspruch genommen ist, dem Arbeiter, dessen Verrichtung in Frage steht, den Streit verkündet, so kann dieser, wenn er später von dem Geschäftsherrn im Regreßweg in Anspruch genommen wird, nicht mehr einwenden, daß im Vorprozesse zu Unrecht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen seinen Verrichtungen und dem Schaden angenommen worden sei, wohl aber, daß zu Unrecht im Vorprozeß ein ihm zur Last fallendes Verschulden festgestellt worden sei, da diese letztere Feststellung keine notwendige Voraussetzung der Verurteilung aus § 831 bildet.

2. BayObLG. **9** 1, SeuffBl. **08** 463, BayRpflZ. **08** 225. Für das Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei ist nicht nur die Entscheidung über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, sondern auch die über die einzelnen Tat- und Rechtsfragen, die das Gericht getroffen hat, um zur Entscheidung des Rechtsstreits zu gelangen, maßgebend.

3. HessRspr. **9** 2, R. **08** II 271 Ziff. 1588. Die durch §§ 74, 68 ZPO. begrenzte Rechtskraftwirkung geht über die nach § 322 ZPO. eintretende insofern hinaus,

als auch die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der früheren Entscheidung unbestreitbar werden.

4. BayObLG. (vgl. Ziff. 2). Hindert die Hauptpartei den Nebenintervenienten durch Ableugnen an der Geltendmachung der Vergleichseinrede, so ist diese Einrede für den Regreßprozeß nicht verloren.

§ 69. R. **08** II 569 Ziff. 3144 (Hamburg). Der Nebenintervenient ist insoweit Streitgenosse, als die Entscheidung des Hauptprozesses auf sein Rechtsverhältnis zum Gegner von Wirksamkeit ist. Dies trifft für die Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention stets zu, da diese darüber bestimmt, ob ihm ein Anspruch auf Ersatz seiner Kosten gegen den Gegner zusteht. Insoweit können ihm daher die Handlungen der Hauptpartei weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen; auch laufen insoweit die Fristen für ihn und die Hauptpartei gesondert.

§ 71. 1. Nußbaum, Prozeßhandlungen 84. Wegen ungültiger Zustellung der Beitrittserklärung ist der Nebenintervenient nicht durch Zwischenurteil, sondern durch Beschluß zurückzuweisen. Gegenstand des Zwischenstreits im Sinne des § 71 ZPO. kann nur die Frage des rechtlichen Interesses sein.

2. **RG.** VI. R. **08** II 374 Ziff. 2200. Ein Verstoß gegen die Vorschrift, wonach der Intervenient bis zur Rechtskraft des Ausspruchs der Unzulässigkeit zuzuziehen ist, hindert den Erlaß eines Urteils nicht, wenn der Nebenintervenient bei der Entscheidung gar nicht, auch nicht mittelbar interessiert ist.

§ 75. 1. *Mendelssohn-Bartholdy, SeuffBl. **08** 1 ff. Die Hinterlegung des Beklagten unter Rücknahmeverzicht gemäß § 75 ZPO. ist von der gemäß § 378 BGB. hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen verschieden. Zunächst ist nicht erforderlich, daß eine Ungewißheit über die Person des Gläubigers besteht (§ 372 BGB.), sondern nur, daß der Beklagte dies behauptet. Ferner wirkt die Hinterlegung nicht als Erfüllung mit der Wirkung, daß der Rechtsstreit nun in der Hauptsache erledigt wäre, sondern nur als Deckung für den Klaganspruch. Die prozessuale Besonderheit der durch die Hinterlegung geschaffenen Situation besteht namentlich darin, daß der Prozeß ohne den Beklagten (als iudicium duplex? Feststellungsprozeß ohne bestimmte Parteirolle? Klage auf Einwilligung des hinterlegten Betrags? Objektives Verfahren?) weitergeht, ferner darin, daß das Urteil eine Feststellung für oder gegen den ausgeschiedenen Beklagten weder im Verhältnisse zum Kläger noch zu dem Dritten schafft: dem Dritten, welcher den früheren Beklagten abermals verklagt, kann entgegengehalten werden, daß er befreit sei, nicht aber, daß res iudicata vorliege.

2. Bovensiepen, DJZ. **08** 636. Der Beklagte ist auch dann aus dem Rechtsstreite zu entlassen, wenn von den mehreren Personen, welchen er den Streit verkündet hat, nur einzelne in den Rechtsstreit eintreten.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Vorbemerkung: Für dieses Gebiet hat Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß (Berlin 1908), eine grundlegende, historisch wie dogmatisch gleich bedeutsame Bearbeitung geliefert. Die Rechtsprechung ist spärlich und ohne besonderes Interesse.

Vor § 78. Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß 536 ff. Die Fälle der sog. gesetzlichen Vertretungsmacht unterscheiden sich von denen der gewillkürten keineswegs dadurch, daß bei der ersteren die Entstehung der Vertretungsmacht und die Auswahl des Vertreters von der Entscheidung des Vertretenen unabhängig erfolgt. Solche Entstehung des Vertretungsverhältnisses gibt es auch in Fällen, welche stets zu der gewillkürten Stellvertretung gerechnet worden sind. So ist der Erbe, welcher das übertragene Geschäft, z. B. einen amtsgerichtlichen Prozeß, der durch den Tod des Anwalts nicht unterbrochen

wird, im Namen des Berechtigten fortzusetzen berechtigt und verpflichtet ist und fortsetzt, als zur Vertretung ermächtigt anzusehen (arg. § 169 BGB.). Diese Ermächtigung ist zweifellos eine gewillkürte. Der Unterschied ist vielmehr darin zu finden, daß die gesetzliche Vertretungsmacht nicht nur unabhängig vom Willen des Vertretenen entsteht, sondern auch späterhin durch den Vertretenen nicht mehr unmittelbar beeinflußt werden kann, weder in bezug auf die Art des stellvertretenden Handelns noch in bezug auf die Beendigung der Vertretung. Danach gehören zu den gesetzlichen Stellvertretern der Chef der vorgesetzten Kommandobehörde (§ 172), der Ersatzzustellungsempfänger (§§ 181 ff.), der Offizialvertreter des unbekannten Gegners im Beweissicherungsverfahren (§ 494), der im Falle der Dereliktion eines Grundstücks zu bestellende Vertreter im Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 58, 787), der zur Fortsetzung der Vollstreckung in den Nachlaß des Schuldners dem unbekannten Erben bestellte Vertreter (§ 779), der einer nicht prozeßfähigen Person gemäß § 57 beigeordnete Offizialvertreter und endlich der mit der Erhebung der Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung betraute Vertreter (§§ 679, 686). Gewillkürter Vertreter ist dagegen der den Entmündigten bei der Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses vertretende Anwalt, sei es, daß der Entmündigte ihn selbst ausgewählt hat (wozu er nach § 664 Abs. 2 befugt ist), sei es, daß er ihm vom Gerichte gemäß § 668 beigeordnet worden ist, ferner der Armenanwalt, der gemäß §§ 33, 34 RAO. beigeordnete Anwalt, der nach § 116 ZPO. zum Vertreter bestellte Beamte oder Rechtskundige, endlich der Gerichtsvollzieher.

§ 78. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 645 ff. Die Vorschrift, daß die Parteien sich im Kollegialprozesse durch einen bei dem Gerichte zugelassenen Anwalt vertreten lassen müssen (§ 78 ZPO., § 27 Abs. 1 RAO.), ist nicht dahin auszulegen, daß nur dem zugelassenen Anwalt wirksam Prozeßvollmacht erteilt werden könne. Das folgt schon daraus, daß die Prozeßführung eines nicht zugelassenen Bevollmächtigten, wenn der Mangel unbemerkt oder unbeanstandet bleibt, die Partei bindet (vgl. auch §§ 683 ff.), ferner aus den Normen, welche das Gesetz in §§ 81 ff. über den Umfang der Prozeßvollmacht aufstellt. Danach reicht die Prozeßvollmacht des Anwalts grundsätzlich über die Tätigkeit in der Instanz hinaus, für welche er zugelassen ist; der Anwalt erster Instanz kann einen Bevollmächtigten für die Berufungsinstanz bestellen, auf Rechtsmittel verzichten, das Armenrecht für die höhere Instanz beantragen, einen Richter des Berufungsgerichts, einen von diesem ernannten Gutachter wegen Befangenheit ablehnen, die nachträgliche Abnahme des vom Berufungsgerichte normierten Eides gemäß § 466, die Sicherung des Beweises beantragen usw. Daß die Prozeßvollmacht mit der Zulassung des Anwalts nichts zu tun hat, geht auch daraus hervor, daß die Prozeßvollmacht, insoweit sie die Vollstreckungsinstanz betrifft, wiederum die Vollmacht für die aus der Vollstreckung erwachsenden Rechtsstreitigkeiten in sich schließt und zwar auch wenn diese letzteren, wie z. B. in den Fällen der §§ 771, 805, 856, 878, 879 ZPO., vor Gerichten stattfinden, bei welchen der Anwalt nicht zugelassen ist. Anwaltszwang bedeutet also nicht die Notwendigkeit, einem zugelassenen Anwalte Prozeßvollmacht zu erteilen, sondern nur den Zwang, sich eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalts als Vertreters zu bedienen. Die Prozeßvollmacht kann dagegen wirksam einem nicht zugelassenen Anwalt und ebenso auch einem Nichtanwalt erteilt werden. Der Prozeßbevollmächtigte ist in der Lage, alle nicht dem Anwaltszwang unterliegenden Prozeßhandlungen vorzunehmen, insbesondere auch einen zugelassenen Anwalt zu bestellen.

2. R. **08** II 339 Ziff. 2025 (BayObLG.). Ist die Unterzeichnung der Beschwerde durch einen Rechtsanwalt vorgeschrieben, so kommt auf dessen Zulassung beim Einreichungsgerichte nichts an; die Mitunterzeichnung durch den Beschwerdeführer selbst ist unschädlich.

3. **RG.** VI. **66** 202. Der Antrag auf Änderung einer Entscheidung des Gerichtsschreibers durch das Prozeßgericht unterliegt nicht dem Anwaltszwange.

4. Reform. Gegen die Einschränkung des Anwaltszwanges, wie sie sich aus der von der Justiznovelle vorgesehenen Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit ergibt, äußert sich Orgler, DJZ. **08** 74.

§ 79. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 682 ff. Die Vorschrift, daß der im Parteiprozeß als Bevollmächtigter Auftretende prozeßfähig sein müsse, hat nicht die Bedeutung, daß die Prozeßführung durch einen nicht prozeßfähigen Bevollmächtigten nichtig ist. Die Bestimmung bildet eine Parallele zu der Vorschrift, daß im Anwaltsprozesse die Vertretung durch einen zugelassenen Anwalt notwendig ist. Dem nicht zugelassenen Anwalte spricht das Gesetz die rein technische Fähigkeit ab, dem prozessualen Handeln die von der Prozeßordnung verlangte und darum allein rechtserhebliche Erscheinungsform zu geben, er ist nicht postulationsfähig. Die von ihm aber gleichwohl vorgenommene und nicht beanstandete Prozeßführung ist nicht nichtig. Ebenso ist der nicht prozeßfähige Bevollmächtigte postulationsfähig, seine Prozeßhandlungen sind daher nicht nichtig. Damit stimmt auch überein, daß in Prozessen, welche nicht dem Anwaltszwang unterliegen, die Prozeßführung eines bei irgendeinem Gerichte zugelassenen Anwalts (§ 26 RAO.) gültig ist, auch wenn dieser Anwalt nicht prozeßfähig ist; die Zulassung gibt ihm die Postulationsfähigkeit. Er kann sogar durch seinen Vormund zum Prozeßbevollmächtigten in eigener Sache bestellt werden, die er dann freilich wie eine fremde führt.

2. **RG.** VII. R. **08** II 132 Ziff. 801. Erscheint in einer nicht dem Anwaltszwang unterliegenden Verhandlung eine Partei mit ihrem Prozeßbevollmächtigten, so ist es Sache tatsächlicher Feststellung, ob die von dem letzteren in dieser Verhandlung abgegebenen Erklärungen — was für ihre Anfechtung aus § 166 BGB. von Bedeutung sein kann — von ihm als Prozeßbevollmächtigten oder lediglich als Beistand abgegeben sind.

§ 80. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 563 ff. Die Vollmacht kann sowohl durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden wie durch Erklärung an den Dritten erteilt werden, welchem gegenüber die Vertretung stattfinden soll; Dritter ist nicht nur der Gegner, sondern auch das Gericht. Die Vollmacht ist mit dem Zugange der Bevollmächtigungserklärung perfekt; der Kenntnisnahme durch den Bevollmächtigten oder den Dritten bedarf es nicht.

2. a) R. **08** II 429 Ziff. 2478, WürttJ. **20** 170 (Stuttgart). Wenn der Anwalt des Klägers seine Bevollmächtigung nicht in beglaubigter Form nachzuweisen vermag, so ist der Kläger angebrachtermaßen abzuweisen und in die Kosten zu verurteilen. Ein Urteil, welches unrichtigerweise dem Anwalte des Klägers die Kosten auferlegt, ist mit der Berufung anfechtbar, weil für einen Dritten, der in die Kosten verurteilt wird, diese Verurteilung die Hauptsache bildet. b) ElsLothJZ. **08** 404 (Colmar). Die Beglaubigung einer im Ausland ausgestellten Privatvollmacht kann durch den deutschen Konsul erfolgen; einfache Echtheitsbescheinigung genügt.

§ 81. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse. a) Trotz des Wortlauts des § 81 ist es nicht richtig, daß der Prozeßbevollmächtigte nur zur Vornahme von Prozeßhandlungen ermächtigt sei. Schon § 81 zählt eine Reihe von Handlungen auf, welche nicht Prozeßhandlungen sind, so der Abschluß des Vergleichsvertrags, die Bestellung eines Anwalts für die höhere Instanz und die Befugnis zur Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten. Die Prozeßvollmacht ermächtigt weiter zur Vornahme einer Reihe von Willenserklärungen des bürgerlichen Rechtes, wie Wandelung, Anfechtung, Kündigung, Wahl, Rücktritt. Die Rechtfertigung dieser Befugnisse ergibt sich aus dem Grundsatze, daß die für einen bestimmten Zweck gegebene Vollmacht zur Vornahme aller der zur Erreichung dieses Zweckes dienlichen Handlungen ermächtigt (792 ff.). — b) Die Unterscheidung zwischen

General- und Spezialvollmacht entbehrt jedes wissenschaftlichen und praktischen Wertes. Aus der besonderen Erwähnung des Generalbevollmächtigten im § 173 folgt nicht, daß die Erteilung einer Spezialvollmacht im Zivilprozeß ausgeschlossen ist (632 ff.). Vgl. unten zu § 173 Ziff. 1. — c) Die Prozeßvollmacht erstreckt sich auch auf die Klagen aus §§ 323, 324 ZPO.; dafür spricht die Analogie des § 767 ZPO. — Die Prozeßvollmacht gibt dem Bevollmächtigten die Befugnis, eine Klagänderung vorzunehmen sowie einer solchen zuzustimmen, soweit dadurch das von den Parteien erstrebte Prozeßziel nicht völlig aus seiner Richtung gebracht wird, also nicht völlig aus dem von der Prozeßvollmacht vorgezeichneten Rahmen herausfällt. Dies gilt insbesondere für Veränderungen hinsichtlich der Prozeßsubjekte. Auf die Vertretung der statt der alten Partei oder neben dieselbe in den Prozeß eintretenden Personen aber erstreckt sich die Prozeßvollmacht nicht (785 ff.). — d) Die Prozeßvollmacht für die höhere Instanz wird ihrem Umfange nach durch die Individualität des angefochtenen Urteils bestimmt. Sie berechtigt insbesondere zur erneuten Einlegung des Rechtsmittels, nachdem die erste Einlegung sich als unwirksam erwiesen hat, ferner — gemäß § 178 ZPO. — zu den Prozeßhandlungen, welche infolge Einspruchs oder durch Aufhebung des Urteils des Instanzgerichts durch das übergeordnete Gericht erforderlich werden. Auf die Zwangsvollstreckung und die daraus entstehenden Streitigkeiten kann sich dagegen die Instanzvollmacht nicht erstrecken, auf die Wiederaufnahmeklagen nur, wenn dieselben gerade vor das Instanzgericht gehören. Einer neuen Vollmacht bedarf es auch, falls der in die Vorinstanz zurückgewiesene Rechtsstreit wieder in die Rechtsmittelinstanz gelangt. Die Instanzvollmacht bleibt auch nach Beendigung der Instanz zur Vornahme aller zweckentsprechenden Maßregeln bestehen, so zur Bestellung des Bevollmächtigten der höheren Instanz, zum Empfange der Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes, zur Nachsuchung des Armenrechts, zur Erklärung des Rechtsmittelverzichts usw. (810 ff.). — e) Zu den Befugnissen des Prozeßbevollmächtigten gehört die Bestellung eines Substituten, welcher entweder ein Vertreter für dieselbe Instanz oder ein „Bevollmächtigter für die höhere Instanz" sein kann. Zwischen beiden Arten von Substituten besteht ein begrifflicher Unterschied nicht. Beide sind Vertreter der Partei, nicht des Hauptbevollmächtigten. Widerrufen werden kann die Vollmacht des Substituten sowohl von der Partei wie von dem Hauptbevollmächtigten; der Widerruf des letzteren aber geschieht kraft der Prozeßvollmacht, also in Vertretung der Partei. Unabhängig davon ist die Frage zu beurteilen, wem gegenüber der Substitut zur Vertretung verpflichtet ist: während die Vollmacht stets namens der Partei erteilt wird, kann sehr wohl das Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Substituten und dem Substituenten begründet sein, so wenn der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Anwalt sich einen Kollegen zu seiner Entlastung substituiert. — Mit dem Untergange der Hauptvollmacht erlischt auch die Substitutionsvollmacht, wenn der Substitut nur zu einer Handlung bestellt wurde, welche dem Hauptbevollmächtigten persönlich obgelegen hatte (so z. B. die Wahrnehmung eines Verhandlungstermins); anderenfalls dauert die Untervollmacht trotz Erlöschens der Hauptvollmacht fort, so z. B. bei Bestellung des zugelassenen Anwalts durch den nicht zugelassenen Hauptbevollmächtigten, ferner die Untervollmacht für einen auswärtigen Beweistermin, für die höhere Instanz. — Der Prozeßbevollmächtigte kann sich einen Vertreter für einzelne, für mehrere und auch für sämtliche in einem Rechtsstreite vorkommenden Prozeßhandlungen bestellen — insbesondere auch zur Entgegennahme von Zustellungen (dagegen die herrschende Meinung) —, er kann aber nicht die Prozeßvollmacht im ganzen auf einen anderen übertragen oder sich noch andere Prozeßbevollmächtigte beiordnen (836 ff.).

2. a) **RG.** VII. SeuffA. **63** 376, R. **08** II 340 Ziff. 2026—2028. Indem das Gesetz die Prozeßvollmacht auf alle „den Rechtsstreit betreffende" Prozeßhandlungen

bezieht und zwar „einschließlich" der durch die Zwangsvollstreckung veranlaßten, geht es davon aus, daß im Sinne der Vorschriften über die Prozeßvollmacht die Zwangsvollstreckung ein Teil des Rechtsstreits ist. Da nun der Prozeßbevollmächtigte ferner „zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich" befugt ist, so vermag er auch die Zwangsvollstreckung durch Vergleich zu erledigen. Ebenso kann er in einem neuen aus Anlaß der Zwangsvollstreckung entstehenden Prozesse, z. B. einem Interventionsprozesse sowie im Kostenfestsetzungsverfahren Vergleiche schließen. b) **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 89. Der klägerische Prozeßbevollmächtigte ist auf Grund der Prozeßvollmacht befugt, eine Verpfändungserklärung des Beklagten, welche entweder vergleichsweise oder zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung abgegeben worden ist, entgegenzunehmen.

§ 83. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 805. Die Beschränkung der Vertretungsmacht braucht nicht dem Gegner, sondern kann auch dem Gerichte gegenüber erklärt werden.

§ 84. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 833 ff. Prozeßhandlungen des einen der mehreren Bevollmächtigten, durch welche eine bindende Prozeßsituation geschaffen wird, wie Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht (auf den Anspruch, Rechtsmittel, Beweismittel), Zuschiebung, Annahme, Weigerung des Eides, sind wirksam, auch wenn ein anderer Bevollmächtigter vorher oder nachher das Gegenteil getan oder erklärt hat. Bei einander widersprechenden Anträgen ist der letzte entscheidend; gleichzeitige heben einander auf. Widerspruchsvoller Tatsachenvortrag ist frei zu würdigen.

2. Rosenberg 668. Die Vorschrift findet auch Anwendung auf die Gesamtprokuristen (§ 48 Abs. 2 HGB.) sowie auf die mehreren zur Prozeßführung bevollmächtigten Gesellschafter (§ 710 Satz 2 BGB.). Die Befugnis der Einzelvertretung erstreckt sich auch auf Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen des bürgerlichen Rechtes, soweit sie durch den Prozeß veranlaßt werden und der Prozeßführung dienen.

§ 85. 1. Satz 1. **RG.** IV. JW. **08** 43 Ziff. 18. Der Vorwurf ehewidrigen Verhaltens kann nicht auf die schriftlichen oder mündlichen Auslassungen des Anwalts im Eheprozesse gestützt werden, wenn diesem bei der Information eine derartige Benutzung der ihm gemachten Mitteilungen untersagt war.

2. Satz 2. Rosenberg, Stellvertretung 931 ff. Zu den tatsächlichen Erklärungen, deren Widerruf der Partei zusteht, gehören auch Anerkenntnisse und Verzichte (§§ 306, 307). Dagegen kann die Widerrufsbefugnis nicht zur Geltendmachung einer von der des Anwalts abweichenden rechtlichen Auffassung benutzt werden; auch kann die Partei nicht Beweismittel bezeichnen, auf die der Anwalt sich nicht berufen will, oder auf Beweismittel verzichten, die der Anwalt nicht benennt; sie kann nicht seinen Erklärungen über Annahme, Zuschiebung, Erlaß von Eiden widersprechen, nicht von ihm abgeschlossene Vergleiche widerrufen. — Der Widerruf kann nur in derselben mündlichen Verhandlung, in welcher die zu widerrufende Erklärung abgegeben ist, erfolgen, nicht in einem Termine vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, nur durch die Partei persönlich, nicht etwa durch einen anderen Vertreter. Der Widerruf verliert seine Wirksamkeit, wenn der Anwalt in einem neuen Termine das widerrufene Geständnis oder die widerrufene tatsächliche Behauptung wiederholt. Im Anwaltsprozesse gelten jedenfalls, abgesehen von den im § 85 Satz 2 statuierten Ausnahmen, nur die Erklärungen des Anwalts; inwiefern daneben die ergänzenden oder widersprechenden Angaben der Partei selbst verwertbar sind, ist Sache der freien Beweiswürdigung.

§ 86. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 869 ff. Da die Vollmacht trotz des Todes des Vollmachtgebers fortdauert, so kann der Prozeßbevollmächtigte den ihm vom Erblasser erteilten Auftrag zur Klagerhebung namens der Erben ausführen, er kann Rechtsmittel einlegen, auch die Zwangsvollstreckung für

den Erben, auf dessen Namen das Urteil ergangen oder die Vollstreckungsklausel erteilt ist, betreiben, ebenso den Erben als Schuldner in der Zwangsvollstreckung vertreten. Auch die Vertretungsbefugnis des Armenanwalts endet nicht mit dem Tode der armen Partei, dagegen wohl seine Vertretungspflicht. Daraus, daß der nach Aussetzung des Verfahrens für den Rechtsnachfolger auftretende Prozeßbevollmächtigte eine Vollmacht des Nachfolgers beizubringen hat, ergibt sich nicht, daß die vom Rechtsvorgänger erteilte Vollmacht erloschen ist. Von dem Fortbestehen der Vollmacht trotz der Aussetzung geht vielmehr auch § 246 Abs. 2 aus, wonach die Ladung zur Wiederaufnahme „dem Bevollmächtigten“ zuzustellen ist.

2. a) OLG. **17** 182 (Hamburg). Treten an die Stelle der im Laufe des Prozesses aufgelösten oHG. deren bisherige Gesellschafter, so dauert die Prozeßvollmacht gleichwohl fort. b) **RG.** VI. LeipzZ. **08** 705 Ziff. 3. Wird das über eine Prozeßpartei eröffnete Konkursverfahren im Verlaufe des Prozesses aufgehoben, so tritt damit die Partei ohne weiteres wieder in den Prozeß ein, ohne daß dadurch aber eine vom Konkursverwalter erteilte Prozeßvollmacht aufgehoben würde (vgl. vor § 239 Ziff. 2a). c) **RG.** VI. **68** 390, JW. **08** 453 Ziff. 20. Der Anwalt, welcher ohne Kenntnis von dem Tode seines Mandanten ein Rechtsmittel einlegt, handelt für die Rechtsnachfolger des Verstorbenen; daß er den Verstorbenen als Rechtsmittelkläger bezeichnet hat, ist eine unschädliche falsa demonstratio.

§ 87. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 915. Die Vereinbarung zwischen dem Prozeßbevollmächtigten und dem Vollmachtgeber, daß die Vollmacht unwiderruflich sein solle, ist nach bürgerlichem Rechte wirksam, kann aber dem gleichwohl erklärten Widerrufe nicht die Wirkung für den Prozeß entziehen.

2. v. Thur, Festgabe für Laband (Tübingen) 77. Die Prozeßvollmacht ist stets widerruflich, auch dann, wenn dem Prozeßbevollmächtigten gleichzeitig eine unwiderrufliche Inkassovollmacht erteilt worden ist: niemand kann sich durch die Bevollmächtigung eines anderen der Möglichkeit begeben, sein Recht gerichtlich geltend zu machen. Hat der Bevollmächtigte Klage erhoben, so kann der Vollmachtgeber infolge der Rechtshängigkeit sein Recht nur innerhalb dieses Prozesses verfolgen; in diesem Prozeß aber ist sein Wille maßgebend (vgl. auch § 85 Abs. 2 ZPO.). — Der von dem Inkassobevollmächtigten bestellte Anwalt ist der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers; dieser ist daher zur Entziehung der Vollmacht befugt.

3. R. **08** II 706 Ziff. 3847 (Frankfurt). Der Fall des § 87 Abs. 1 ist nicht gegeben, wenn der Anwalt, welcher für eine Partei aufgetreten ist, erklärt, daß dies nur irrtümlich geschehen sei und er in der Tat keine Vollmacht habe.

§ 88. Abs. 2. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 945 ff. Die Prüfungspflicht des Gerichts ist für den ganzen Anwaltsprozeß ausgeschlossen, auch soweit Prozeßhandlungen in Frage stehen, welche vom Anwaltszwange befreit sind. Ebenso wie ungeachtet des Wortlauts des § 115 Nr. 3, wonach die Beiordnung eines Armenanwalts nur erfolgt, „insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist“, anzunehmen ist, daß der Armenanwalt im Kollegialprozeß auch zur Vornahme der nicht dem Anwaltszwang unterliegenden Prozeßhandlungen verpflichtet ist, wird auch die Bestimmung des § 88 Satz 2 „insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist“ gegen ihren Wortlaut auszulegen sein. Dafür spricht auch, daß sonst für den Anwaltsprozeß die widersinnige Folge sich ergeben würde, daß, während bei den wichtigeren Akten eine Vollmachtsprüfung nicht stattfindet, die Prüfung des Vollmachtspunkts bei allerhand nebensächlichen Prozeßhandlungen eintreten müßte. Der Substitut dagegen, welcher für den Prozeßbevollmächtigten eine vom Anwaltszwange befreite Handlung vollzieht, muß seine Untervollmacht vorlegen.

§ 89. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 620 ff. Die nachträgliche Zustimmung des Vertretenen macht die Tätigkeit des vollmachtlosen Vertreters voll wirksam. Dies gilt insbesondere auch für Zustellungsakte, durch welche eine

Notfrist gewahrt werden soll. Die nachfolgende Genehmigung ist nicht als Verzicht auf Rüge wegen eines prozessualen Mangels, sondern als Beseitigung des Mangels durch Nachholung des fehlenden Tatbestandsstücks anzusehen: die Nachholung geschieht durch die handelnde Partei selbst, während der Rügeverzicht Sache der Gegenpartei ist. Gegen die Zulässigkeit nachträglicher Genehmigung kann auch nicht eingewendet werden, daß auf diese Weise eine Verlängerung der Notfrist stattfinde; diese ist vielmehr durch rechtzeitige Zustellung der Berufungsschrift (§ 518) bzw. rechtzeitige Einreichung der Revisionsschrift (§ 553) gewahrt. Für die Zulässigkeit spricht endlich auch der Wortlaut der §§ 89 Abs. 2, 551 Abs. 5, 579 Abs. 4, wonach die unbefugte Prozeßführung nachträglich genehmigt werden kann.

2. Nußbaum, Prozeßhandlungen 126. Die Verurteilung des falsus procurator in die Kosten geschieht mittels Beschlusses, welcher wie der ähnliche Beschluß des § 102 ZPO. mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar ist und zwar, weil es sich um eine Kostenentscheidung handelt, unter den in den §§ 567, 568 normierten Beschränkungen.

3. Vgl. § 176.

§ 90. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 24[1], lehrt, daß im Anwaltsprozesse die Zulassung eines Beistandes keineswegs ausgeschlossen, daß vielmehr nur das Gericht zur Zulassung eines solchen nicht verpflichtet sei.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Hier ist besonders auf den umfangreichen Aufsatz von Lazarus, Die Erlediguug der Hauptsache im Zivilprozesse, GruchotsBeitr. **52** 593 ff., hinzuweisen, welcher eine Fülle prinzipieller Fragen dieses Gebiets erörtert. Besonders reichhaltig ist, wie stets, die Rechtsprechung zu § 91 und § 99.

§ 91. I. Grundlagen des Kostenerstattungsanspruchs. 1. *Nissen, GruchotsBeitr. **52** 836 ff., führt entgegen **RG. 52** 332 aus, daß erst durch das Kostenurteil ein Kostenerstattungsanspruch im Sinne von § 241 BGB. für die Partei begründet wird, vorher ein solcher auch nicht bedingt (was die Frage, wen die Kostenpflicht trifft, und was die Höhe betrifft) besteht, daß er dagegen mit ergangenem Kostenurteil und zwar auch vor Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit desselben als unbedingter existiert. Vor dem Kostenurteile besteht nur eine rechtlich geschützte Anwartschaft der zu Recht streitenden Partei auf künftige Gewährung jenes Anspruchs als Korrelat des Duldenmüssens ungerechten Prozessierens der Gegenpartei. Diese Anwartschaft knüpft sich zeitlich an den Prozeßbeginn, ihre spätere Realisierung läßt sich im voraus zwar nicht gemäß § 916 ZPO., da es bis zum Urteil an einem „Anspruche" fehlt, wohl aber gemäß § 940 sichern. Wird der Rechtsstreit durch Konkurs einer Partei unterbrochen und ist nach Aufnahme desselben von oder gegenüber dem Konkursverwalter die Konkursmasse für kostenpflichtig zu erklären, so bedeutet diese Kostenpflicht eine Masseschuld, ohne daß hierbei, zufolge der Einheitlichkeit der vor dem Urteile bestandenen, nicht nach Art eines „Anspruchs" teilbaren kostenrechtlichen Beziehungen der Parteien, zwischen den vor dem Konkurs und den nach der Aufnahme des Rechtsstreits erwachsenen Kostenaufwendungen unterschieden werden darf, und dies selbst auch dann nicht, wenn sich der Rechtsstreit mit dem Verwalter nur wegen der Kosten fortsetzte. Besteht die hinsichtlich der Kosten obsiegende Partei aus mehreren Personen, so hat eine jede von ihnen grundsätzlich Anspruch auf die ihr erwachsenen (im Urteile selbst nicht verteilten) Kosten, so daß § 420 BGB. als prinzipieller Maßstab ausscheidet. (Begründet aus der rechtlichen Natur des Kostenrechts, bevor Urteil erging.)

2. ElsLothJZ. **08** 189 (Colmar). Über die Prozeßkosten muß in dem Prozeß, in welchem sie erwachsen sind, ausschließlich nach Maßgabe der ZPO. entschieden

werden. Die Entscheidung auf Grund des bürgerlichen Rechtes, etwa vom Standpunkte des Schadensersatzes aus, ist unzulässig. Es ist daher nicht zulässig, dem obsiegenden Beklagten Kosten aufzuerlegen, weil er nach bürgerlichem Rechte dem Kläger schadensersatzpflichtig ist und die Prozeßkosten einen Teil dieses Schadens bilden.

3. OLG. **17** 107 (Braunschweig). Der Anspruch auf Erstattung des bei künftiger Einsendung der festgesetzten Kosten mittels Postanweisung zu verauslagenden Bestellgeldes kann von der obsiegenden Partei nicht im voraus geltend gemacht werden.

II. Unterliegende Partei. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 610 ff. Anwendung des § 91, wenn kein Urteil zur Hauptsache ergeht. Direkte Anwendung des § 91, wenn der Beklagte den Kläger während des Rechtsstreits in Anerkennung der Klage befriedigt, da er hierdurch zum Unterliegenden im Sinne des § 91 wird. Analoge Anwendung, wenn nachträglich ein anderes Ereignis eintritt, wodurch ohne Verschulden des Klägers sein Recht beendet und er also gehindert wird, seinen Klagantrag aufrechtzuerhalten. Die Kosten trägt, wer unterlegen wäre, wenn im Augenblicke vor dem nachträglichen Ereignis ein Urteil ergangen wäre. Solch ein Erledigungsgrund kann sein: Befriedigung durch den Beklagten ohne Anerkennung der Klage — z. B. infolge veranlaßter oder drohender Zwangsvollstreckung —, Befriedigung durch einen Dritten, ein zufälliges das klägerische Recht ohne Befriedigung beendendes Ereignis tatsächlicher oder rechtlicher Natur (Untergang des Klagegegenstandes — Gesetzesänderung), auch unter Umständen Abtretung des Rechtes des Klägers. Über den Vergleich s. § 98 Ziff. 1. Voraussetzung ist immer, daß der Kläger die Hauptsache sofort für erledigt erklärt, sobald er den Erledigungsgrund kennt oder kennen muß. Sonst ist Klagerücknahme anzunehmen. — Ebenso Klagerücknahme und Kostenpflicht des Klägers, wenn der Umstand, der ihn verhindert, die Klage aufrechtzuerhalten, vor der Klagerhebung liegt, z. B. Zahlung nach Einreichung, aber vor Zustellung der Klage (s. § 271). Dieser Fall ist nicht gegeben, wenn der Beklagte im Prozesse mit einer Gegenforderung aufrechnet, die ihm aufrechenbar schon vor der Klage zugestanden hat. Hier liegt nachträgliche Erledigung der Hauptsache vor, wie wenn die Gegenforderung erst später entstanden ist (abw. **RG. 50** 387) (625 ff.). — Zulässigkeit des Erledigungsurteils auch in der Berufungsinstanz auf Antrag der Parteien. Wenn der Kläger die Berufung vertritt, liegt hierin eine zulässige eigenartige Einschränkung der Berufung auf die Kosten mit eigenartiger Kostenentscheidung. Ist dabei kein wahrer Erledigungsgrund gegeben, oder ist solcher nicht rechtzeitig vorgebracht, so gilt, wenn der Kläger die Berufung vertritt, diese, andernfalls die Klage als zurückgenommen (631 ff.). — In der Revisionsinstanz dürfen die Parteien die Hauptsache nicht mehr für erledigt erklären (635). — Aus denselben Gründen wie auf beiderseitigen Antrag ist die Hauptsache auf Antrag des Klägers für erledigt zu erklären. Auch die Kostenentscheidung ist dieselbe. Über den im übrigen abweichenden Charakter solches Erledigungsurteils und die Rechtsmittel s. § 99 I Ziff. 8a, III Ziff. 1. — Auf einseitigen Antrag des Beklagten oder von Amts wegen ist die Hauptsache nicht für erledigt zu erklären. Ausnahme s. bei § 628.

2. **a)** Blanckmeister, R. **08** 351. Hat sich die Hauptsache erledigt, so kann die Erstattung der Kosten nicht nur mittels einer neuen selbständigen Klage, sondern auch in demselben Prozesse gefordert werden, indem im Wege der Klagänderung, über deren Zulassung das Gericht gemäß § 264 ZPO. zu befinden hat, an die Stelle des ursprünglichen Antrags der Antrag auf Erstattung der Prozeßkosten gesetzt wird. Dieser neue Antrag hat, sofern nicht der bestimmt zu beziffernde Betrag der bis zum Zeitpunkte der Klagänderung, sondern der noch unbestimmte Betrag der gesamten Kosten gefordert wird, die Natur einer Fest-

stellungsklage. b) Von der Möglichkeit, den Anspruch auf Kostenerstattung im Wege der Klageänderung als Hauptsache geltend zu machen, gehen auch die Entsch. BadRpr. **08** 81 (Karlsruhe), SeuffBl. **08** 153 (München) und WürttRpflZ. **2** 29 (Stuttgart) aus.

3. Francke, SeuffBl. **08** 88. Ist die Hauptsache auf andere Weise als durch Urteil, Vergleich oder Anerkenntnis erledigt worden, so treffen die Kosten die Partei, welche unterlegen sein würde, wenn die Hauptsache zu Ende geführt worden wäre.

4. a) SeuffBl. **08** 153 (München). Ist der Klaganspruch vor der Zustellung erledigt worden, so sind dem Kläger, welcher ohne Klagänderung wegen der Kosten verhandelt, diese ohne Rücksicht darauf aufzuerlegen, ob der Beklagte verpflichtet ist, die durch sein Verschulden erwachsenen Kosten dem Kläger zu erstatten: der Satz „dolo facit, qui petit quod redditurus est" versagt, wenn, wie hier, formelles Recht zur Anwendung kommt. b) HansGZ. **08** Beibl. 202 (Hamburg). Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, wenn der eingeklagte Anspruch zur Zeit der Klagerhebung schon nicht mehr bestand. — Ebenso BadRpr. **08** 81 (Karlsruhe) und NaumburgAK. **08** 39 (LG. Aachen).

5. a) DJZ. **08** 1405 (KG.). Erledigt sich die Klage eines Anwalts gegen seinen Auftraggeber auf Zahlung der restlichen Gebühren im Laufe des Verfahrens dadurch, daß die Wertstufe in dem Prozeß, in welchen die eingeklagten Gebühren erwachsen waren, durch späteren Beschluß herabgesetzt wird, so treffen die sämtlichen Kosten des Gebührenprozesses den Kläger, da, wie durch den nachträglichen Wertfestsetzungsbeschluß klargestellt wird, der Klaganspruch von Anfang an unbegründet war. b) RheinA. **105** I 42 (Düsseldorf). Verliert der Kläger im Laufe des Verfahrens die Aktivlegitimation, so ist, da er das Ziel seines Prozesses nicht erreicht hat, der Beklagte keinesfalls der unterliegende Teil. Indem der Kläger in solchem Falle zur Hauptsache keinen Antrag mehr stellt, verzichtet er tatsächlich auf die Entscheidung des Rechtsstreits, nimmt also die Klage zurück und muß daher die Kosten tragen. c) DJZ. **07** 1328 (Rostock) s. JDR. **6** § 91 III 2 a. d) OLG. **17** 104 (KG.). Den Kläger treffen die Kosten des Rechtsstreits, wenn er nach Erledigung der Hauptsache den Antrag auf Verurteilung des Beklagten aufrechterhält. Vgl. auch BreslauAK. **08** 45 (Breslau).

III. Umfang des Anspruchs. 1. Allgemeines. a) BayRpflZ. **08** 321 (LG. Memmingen). Jede Vermögensaufopferung, welche zum Zwecke der Prozeßführung zweckentsprechenderweise geschah, gehört zu den zu erstattenden Prozeßkosten. b) OLG. **17** 126 (Rostock), ebenda 127 (Hamburg), ebenda (Breslau), PosMSchr. **07** 140, SeuffA. **63** 420, OLG. **17** 128 (Posen). Die Kostenvorschüsse, welche der Ehemann im Ehescheidungsprozesse der Ehefrau geleistet hat, gehören nicht zu den Prozeßkosten. Die Verpflichtung zur Leistung derselben beruht auf bürgerlichem Rechte; nach diesem ist auch die Frage, ob die Ehefrau zur Rückerstattung verpflichtet ist, zu entscheiden.

2. Kosten vorbereitender Maßnahmen. a) BadRpr. **08** 308 (Karlsruhe). Die Kosten von Gutachten, welche die Partei sich vor der Klagerhebung beschafft hatte, sind, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, erstattungsfähig. — Ebenso BayRpflZ. **04** 321 (LG. Memmingen). b) ZDGerSekr. **19** 230 (Colmar). Die Kosten der Ortsbesichtigung durch den Prozeßbevollmächtigten vor Erhebung der Klage, sofern sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gehört, sind erstattungsfähig. c) R. **08** II 17 Ziff. 102 (Colmar). Zu den erstattungsfähigen Kosten gehören die des Beweissicherungsverfahrens selbst dann, wenn ihrer im Urteile des Hauptprozesses keine Erwähnung getan ist. d) R. **08** II 63 Ziff. 358 (BayObLG.). Auslagen für Beweissicherung können im Hauptprozesse

nicht zur Aufrechnung verwendet werden, weil sie als ein Teil der Kosten des letzteren zu behandeln sind. e) Insbesondere: vorbereitende Maßnahmen, welche mit Hilfe eines Anwalts vorgenommen wurden. α. OLG. **17** 107 (KG.). Bei der Frage, ob die Gebühren des Anwalts für das Entwerfen eidesstattlicher Versicherungen erstattungsfähig sind, ist davon auszugehen, daß diese Tätigkeit des Anwalts weder auf der ihm erteilten Vollmacht zur Prozeßführung beruht, noch damit zusammenhängt. Ihre Erstattungsfähigkeit ist daher nach § 91 Abs. 1 Satz 1 zu beurteilen; sie ist zu verneinen, wenn die Personen, welche die Versicherungen abgaben, sie ebenso gut selbst hätten entwerfen können. β. KGBl. **08** 49 (LG. I Berlin). Die Kosten des Mahnschreibens eines Anwalts sind nur dann erstattungsfähig, wenn die Mahnung erforderlich war, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Befand sich der Schuldner bereits im Verzuge, so hat der Gläubiger die Kosten weiterer Mahnschreiben, auch wenn sie zur Vermeidung eines Prozesses abgesandt worden sind, selbst zu tragen. γ. R. **08** II 569 Ziff. 3146 (Colmar). Die dem Rechtsanwalte für Erwirkung eines Zahlungsbefehls zustehende Gebühr ist selbst dann erstattungsfähig, wenn der Gläubiger ohne Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts imstande gewesen wäre, den Zahlungsbefehl nachzusuchen. δ. PosMSchr. **08** 144 (Königsberg). Die Kosten einer nur angekündigten, aber nicht erhobenen Anschlußberufung sind nicht erstattungsfähig. ε. HansGZ. **08** Beibl. 112 (Hamburg). Die Kosten der nur angekündigten Widerklage sind nicht erstattungsfähig. ζ. OLG. **17** 105 (Königsberg). Die Kosten der Streitverkündung sind, insoweit dieser Akt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war, erstattungsfähig. AM. ZDGerSekr. **19** 371, NaumburgAK. **08** 87 (Colmar).

3. Kosten der Partei. **a)** Beim Selbstbetriebe. α. PosMSchr. **08** 40 (LG. Tilsit). Die beim Selbstbetrieb eines Prozesses der Partei zu erstattenden außergerichtlichen Kosten dürfen die Gebügren eines Anwalts nicht übersteigen. β. SächsRpflA. **08** 64 (LG. Leipzig). Wird in einem Gewerbebetriebe die Führung von Prozessen von einer dazu gegen Gehalt angestellten Person betrieben, so gehören die Gehaltszahlungen nicht etwa zu den erstattungsfähigen Kosten. γ. NauburgAK. **08** 64 (LG. Naumburg). Hat eine Partei im Amtsgerichtsprozeß erst im Lauf des Verfahrens einen Anwalt zugezogen, so wird dadurch die Erstattungsfähigkeit der durch den Selbstbetrieb entstandenen Kosten nicht beeinträchtigt. **b)** Bei Bestellung eines Anwalts. α. SächsOLG. **29** 132. Zu den erstattungsfähigen Kosten gehören auch die von der obsiegenden Partei an ihren Anwalt gerichteten mittels Schreibmaschine hergestellten Informationsschreiben. Diese Kosten setzen sich zusammen aus denen der Maschine und ihres Betriebs; angemessen ist der Betrag von 10 Pfennigen für die Seite. β. ElsLothJZ. **08** 456 (Colmar). Die Kosten der Reisen der Partei zum Prozeßbevollmächtigten zwecks mündlicher Informationserteilung sind, sofern solche notwendig war, erstattungsfähig. — Ebenso OldenbZ. **35** 107 (Oldenburg): ist die Partei ein Landwirt, so bedarf es für die behauptete Versäumnis nicht des weiteren Beweises. γ. HansGZ. **08** Beibl. 280, OLG. **17** 104 (Hamburg). Ein Anspruch auf Entschädigung für den durch Anwaltskonsultationen entstandenen Zeitaufwand kann nicht als Prozeßkostenaufwand geltend gemacht werden. Ebenso WürttRpflZ. **1** 565 (Stuttgart). δ. ElsLothJZ. **08** 456 (Colmar). Ob die Kosten der Reise der Partei zum Beweistermin auch dann erstattungsfähig sind, wenn der Termin von einem Anwalte wahrgenommen wurde, hängt davon ab, ob nach Lage des Falles die Anwesenheit der Partei neben dem Anwalte geboten war. ε. ElsLothJZ. **08** 477 (Colmar). Die Frage, ob die Zuziehung eines Anwalts zur Beweisaufnahme not-

wendig war, ob nicht die Partei selbst oder ein anderer Vertreter den Termin ebenso gut hätte wahrnehmen können, ist der Prüfung durch das Gericht entzogen. (VerZS. **51** 11). ζ. OLG. **17** 107 (Braunschweig). Die Kosten, welche dem obsiegenden Kläger durch freiwillige Zahlung der Streitsumme (Portoauslagen des klägerischen Anwalts für Übersendung des Geldes an seine Partei) entstanden sind, gehören, weil diese freiwillige Zahlung eine außerhalb des Prozesses liegende Handlung ist, nicht zu den zu erstattenden Kosten.

4. Kosten anläßlich des Verkehrs zwischen Anwalt und Partei. **a)** OLG. **17** 108 (Hamburg). Kosten für Abschriften aus den Handakten, welche der Anwalt seiner Partei erteilt, sind nur erstattungsfähig, wenn die Partei nicht am Wohnsitze des Anwalts wohnt. — Dagegen R. **08** II 400 Ziff. 2347 (Colmar). Die Kosten für Abschriften der gegnerischen Schriftsätze, welche der Anwalt seiner Partei erteilt, sind nicht erstattungsfähig. **b)** SchlHolstAnz. **07** 334 (Kiel). Schreibgebühren des Anwalts für Mitteilung einer Urteilsabschrift an die Partei sind nicht erstattungsfähig. **c)** R. **08** II 237 Ziff. 1406 (Colmar). Die Kosten der Übersetzung von Schriftsätzen des Gegners sind im allgemeinen nicht erstattungsfähig.

5. Kosten mehrerer Anwälte. **a)** Korrespondenzanwalt. α. Böckel, BuschsZ. **38** 477. Die Mehrkosten, welche dem obsiegenden Kläger gemäß §§ 42, 43 RAGebO. dadurch entstanden sind, daß er mit der Klageerhebung einen Anwalt seines Wohnorts betraut hat, welcher sich zur mündlichen Verhandlung bei dem auswärtigen Prozeßgerichte einen andern Anwalt substituieren mußte, sind in der Regel erstattungsfähig. Es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, daß er, um dem säumigen Schuldner Kosten zu ersparen, sich der besonderen Mühewaltung unterzieht, einen auswärtigen Anwalt brieflich oder gar mündlich zu instruieren, namentlich, wenn er wegen der gleichen Angelegenheit bereits einen an seinem Wohnort wohnenden Rechtsanwalt konsultiert oder mit der Absendung eines Mahnschreibens betraut hatte. Ebenso im Ergebnis die Amtsgerichte Gera und Apolda, ebenda, 492, a. M. dagegen die Landgerichte Dessau, Meiningen und Altenburg, ebenda, 477 ff. β. KGBl. **08** 56 (KG.). Die Kosten eines Korrespondenzanwalts sind nicht erstattungsfähig, wenn die Partei sich mit dem am gleichen oder am Nachbarorte wohnenden Prozeßbevollmächtigten mit annähernd derselben Leichtigkeit hätte in Verbindung setzen können. AM. KGBl. **08** 29 (LG. I Berlin): danach sind die Kosten des Korrespondenzanwalts auch dann zu erstatten, wenn der Prozeßbevollmächtigte in einem benachbarten Orte wohnt (z. B. in Berlin, während die Partei im Vororte wohnt). **b)** Wechsel in der Person des Anwalts. α. ThürBl. **55** 202 (Jena). Assoziiert sich im Laufe des Prozesses der Anwalt der einen mit dem Anwalte der anderen Partei, so entspricht die Niederlegung des Mandats der Würde des Anwaltsstandes; es ist daher ein Fall gegeben, in welchem in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte. β. R. **08** II 18 Ziff. 103 (Stuttgart). Ein Fall der Notwendigkeit des Wechsels in der Person des Anwalts liegt auch dann vor, wenn der zuerst beauftragte Anwalt die Anwaltschaft niederlegt. γ. ZDGerSekr. **08** 168 (Colmar). Ebenso, wenn der Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen wird und der Prozeßbevollmächtigte nur bei dem Amtsgerichte zugelassen ist. (Ebenso FDR. **5** § 91 V 5c und **6** § 91 V 5f). δ. OLG. **17** 109 (Hamburg). Ein Fall des notwendigen Wechsels in der Person des Prozeßbevollmächtigten liegt vor, wenn der zuerst beauftragte Anwalt nach Verwerfung der Einrede der Unzuständigkeit sich weigert, den Differenzeinwand vorzuschützen: eine Pflicht der Partei, ihrem Anwalt die Absicht, diesen Einwand zu erheben, von vornherein mitzuteilen, ist nicht anzuerkennen. **c)** Substitution für einen einzelnen Termin. α. KGBl. **08** 5 (KG.). Die Mehrkosten, welche dadurch entstehen, daß ein bei mehreren Berliner Land-

gerichten zugelassener Anwalt an der persönlichen Wahrnehmung eines einzelnen Termins behindert ist und sich daher vertreten lassen muß, sind erstattungsfähig. β. OLG. **17** 110 (Naumburg). Die Kosten eines vom Prozeßbevollmächtigten wegen Überhäufung mit anderen Geschäften zur Wahrnehmung eines einzelnen Termins substituierten Anwalts sind nicht erstattungsfähig.

6. Wahrnehmung auswärtiger Beweistermine. **a**) OLG. **17** 109 (Celle). Die Kosten der Reise des Prozeßbevollmächtigten zu einem auswärtigen Beweistermine sind auch, insoweit sie die Kosten, welche durch Beauftragung eines auswärtigen Anwalts entstehen würden, übersteigen, zu erstatten, da der Regel nach der Prozeßbevollmächtigte mit der Sachlage vertrauter ist; anders nur, wenn die Mehrkosten erheblich sind und zu dem zu erreichenden Zwecke in keinem Verhältnisse stehen. **b**) R. **08** II 704 Ziff. 3829 (Colmar). Bei einem beträchtlichen Mißverhältnisse zwischen dem Werte des Streitgegenstandes und den Kosten der Reise des Prozeßbevollmächtigten zu einem auswärtigen Beweisaufnahmetermin, und sofern keine zwingende Gründe für dessen persönliche Wahrnehmung durch den Prozeßbevollmächtigten vorliegen, sind die Kosten seiner Reise nur in Höhe desjenigen Betrags erstattungsfähig, welcher entstanden sein würde, wenn sich der Prozeßbevollmächtigte durch einen beim Beweisaufnahmegerichte wirkenden Rechtsanwalt hätte vertreten lassen. **c**) BuschsZ. **37** 279 (Braunschweig). Die Kosten, welche für Wahrnehmung eines auswärtigen Termins durch die eigentlichen Prozeßbevollmächtigten entstehen, sind — von schwierigen Ausnahmefällen abgesehen — nur insoweit erstattungsfähig, als sie die Kosten eines am Orte der Beweisaufnahme wohnenden Anwalts nicht übersteigen. Insoweit bei Beauftragung eines am Orte wohnenden Anwalts Kosten erspart worden wären, weil ein weiterer Beweistermin stattfand und daher gemäß § 45 Abs. 2 RAGebO. für diesen eine Kostenerhöhung nicht eingetreten wäre, sind die Mehrkosten für die zweite Reise des Prozeßbevollmächtigten gleichwohl zu erstatten, wenn die Notwendigkeit eines zweiten Termins nicht voraussehbar war. **d**) NaumburgAK. **08** 38 (LG. Stendal). Die Reisekosten eines Anwalts zum auswärtigen Beweistermin sind, auch wenn bei dem auswärtigen Gericht ein Prozeßagent zugelassen ist, erstattungsfähig, wenn der Partei angesichts der Schwierigkeit der Sache oder der Persönlichkeit des Prozeßagenten nicht zugemutet werden kann, sich durch diesen vertreten zu lassen.

7. Referendare. **a**) SächsRpflA. **08** 65 (LG. Leipzig). Zu den zu erstattenden Kosten gehören auch die der Terminswahrnehmung durch einen Referendar; nur sind sie entsprechend niedriger anzusetzen als die durch das Auftreten eines Anwalts entstehenden. **b**) ElsLothJZ. **08** 356 (Colmar). Die Reisekosten eines nicht als Vertreter eines Rechtsanwalts bestellten Referendars sind nur dann zu erstatten, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren.

8. Bureauvorsteher. OLG. **17** 108 (Naumburg). Für die Wahrnehmung eines auswärtigen Termins durch den Bureauvorsteher ist, sofern die Terminswahrnehmung zweckentsprechend war, ein angemessener Betrag erstattungsfähig. (Ebenso JDR **6** V 4c β.)

9. Prozeßagenten. **a**) BraunschwZ. **08** 136 (Braunschweig). Zu den erstattungsfähigen Kosten gehören auch die eines Prozeßagenten für die — nach Lage der Sache notwendige — Korrespondenz mit dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten. **b**) KGBl. **09** 4 (LG. III Berlin). Kosten eines Laienvertreters sind in Fällen, in welchen eine hinreichende Auswahl von Rechtsanwälten zu Gebote steht, nicht erstattungsfähig.

10. OLG. **17** 106 (Hamburg). Reisekosten eines sachverständigen Beraters der Partei zum Termine sind erstattungsfähig, sofern sie, wie z. B. in Patentprozessen, zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gehören.

11. Kosten des Zeugen für Vertretung im Zwischenstreite vgl. § 387.

IV. PosMSchr. **08** 14 (Königsberg). Die Vorschriften der §§ 91 ff., insbesondere § 93, finden auch auf die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehenden Entscheidungen im Arrestverfahren Anwendung.

V. Reform. Wittmaack, R. **08** 521 ff., wünscht Einschränkung des Prinzips, wonach, abgesehen von den im § 93 und § 97 normierten Ausnahmen, die unterliegende Partei kostenpflichtig ist: in Fällen, in welchen das streitige Rechtsverhältnis unsicher und nur schwierig festzustellen ist oder begründete Zweifel über die anzuwendende Rechtsnorm bestehen, müßten beide Parteien gleichmäßig die Kosten tragen, ebenso in Fällen, in welchen die schließlich unterliegende Partei in der unteren Instanz obgesiegt hatte.

§ 92. 1. Abs. 1. **a)** OLG. **17** 110 (KG.). Hat der Kläger Verurteilung, der Beklagte Klagabweisung schlechthin beantragt, so sind, wenn Verteilung Zug um Zug gegen die dem Beklagten zustehende Gegenleistung erfolgt, da in solchem Falle jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt, die Kosten gemäß § 92 zu verteilen (ebenso BadRpr. **08** 111). **b)** **RG.** VI. GruchotsBeitr. **52** 1022. Bei Abweisung der Klage gegen einen der verklagten Streitgenossen ist es unzulässig, die Kosten derart zu verteilen, daß dieselben dem Kläger auferlegt werden, soweit sie durch das Verfahren gegen diesen Streitgenossen entstanden sind, da eine Ausscheidung dieser Kosten nicht möglich ist. **c)** MecklZ. **26** 49, DJZ. **08** 1232 (Rostock). Ist ein Ehegatte mit der Eheanfechtungsklage in erster Instanz unterlegen, in zweiter Instanz aber mit dem mit Genehmigung des Beklagten gestellten Antrag auf Ehescheidung durchgedrungen, so treffen den Beklagten die gesamten Kosten des Verfahrens. **d)** OLG. **17** 120 (Colmar). Kostenverteilung, falls eine Klage gegen einzelne Streitgenossen durchgedrungen, gegen andere abgewiesen ist.

2. Abs. 2. **a)** **RG.** VII. JW. **08** 201 Ziff. 17. § 92 Abs. 2 enthält keine zwingende Vorschrift, sondern überläßt es dem Ermessen des Gerichts, ob es bei der Verteilung der Kosten von der ihm dort gegebenen Befugnis Gebrauch machen will. **b)** R. **08** II 471 Ziff. 2687 (Augsburg). Auch bei einer erheblichen Zuvielforderung bildet diese nicht den Maßstab für die Kostenverteilung, wenn die zuerkannte Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen und von der Ausmittelung durch Sachverständige abhängig war. **c)** OLG. **17** 110 Ziff. 1 (Breslau). Unterliegt der Beklagte mit einem so geringfügigen Betrage, daß er im Verhältnisse zur Gesamtforderung für die Kostenfrage nicht in Betracht kommt, so treffen nach § 92 Abs. 2 die gesamten Kosten den Kläger.

§ 93. I. Klageveranlassung. 1. Allgemeines. **a)** *Reichel, ACivPr. **104** 96. Erkennt der Beklagte einen an sich unbegründeten, weil durch die Klagetatsachen nicht gerechtfertigten Anspruch sofort an, so kann er verlangen, daß die Kosten dem Kläger auferlegt werden, denn zur Anstrengung einer grundlosen Klage gibt der Beklagte niemals Anlaß. **b)** WürttRpflZ. **1** 412, WürttJ. **20** 294 (Stuttgart). a) Daß der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben habe, muß der Kläger behaupten und beweisen. b) Bei der Prüfung der Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Klage gegeben habe, ist auch das Verhalten des Beklagten während des Prozesses bis zur Abgabe des bindenden Anerkenntnisses in Betracht zu ziehen. **c)** **RG.** VI. R. **08** II 271 Ziff. 1589. Daß eine eingeklagte Forderung erst während Anhängigkeit der Sache, auch erst während der Berufungsinstanz fällig geworden ist, kann keinen Anlaß geben, den Kläger mit den Kosten ganz oder teilweise zu belasten, wenn der Beklagte auch nach der Fälligkeit fortfährt, Zahlung zu weigern und den Klaganspruch zu bestreiten.

2. Sonderfälle. **a)** KGBl. **08** 36 (KG.). Der nur dinglich haftende Beklagte, welcher die Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde auf Kosten des Klägers

anbietet, hat keine Klageveranlassung gegeben. **b)** ThürBl. **55** 193 (Jena). Die dem Erben im § 2014 BGB. gewährte Aufschubsfrist von drei Monaten hindert weder die Verurteilung noch die Zwangsvollstreckung (§§ 305, 782 ZPO.). Nur das kann der Erbe verlangen, daß ihm im Urteile die beschränkte Haftung vorbehalten und daß während der Frist die Vollziehung auf Arrestmaßregeln beschränkt werde. Hat der Erbe es daher unterlassen, den Nachlaßgläubiger — etwa durch Angebot einer vollstreckbaren Urkunde — in die seinen Befugnissen entsprechende Rechtslage zu versetzen, so hat er schon vor Ablauf der Aufschubsfrist, wenn er sich auch nicht im Verzuge befindet, Veranlassung zur Klage gegeben. Ihm sind daher nach der Regel des § 91 ZPO. als dem unterliegenden Teile — als solcher ist er trotz des Vorbehalts der beschränkten Haftung anzusehen — die Kosten aufzuerlegen. **c)** OLG. **17** 115 (Königsberg). Den Erben, welche zur Durchsetzung der Haftungsbeschränkung Berufung einlegen, gibt der Berufungsbeklagte Veranlassung zur Berufungseinlegung, wenn er es unterläßt, den Erben, welche ihr Verlangen nach beschränkter Haftung schon in erster Instanz in einem Schriftsatz ausgesprochen hatten, seine Absicht, sie nur beschränkt in Anspruch zu nehmen, kundzugeben. **d)** OLG. **17** 117 (Celle). Die Partei, welche einen Schiedsspruch erwirkt hat, ist berechtigt, sich durch Klage aus § 1042 die Gültigkeit des Schiedsspruchs durch das ordentliche Gericht bestätigen zu lassen, auch wenn der Schiedsspruch zu einer Zwangsvollstreckung gar nicht führen kann. Daraus folgt, daß den Beklagten die Kosten des Verfahrens auch dann treffen, wenn er das Recht des Klägers auf das Vollstreckungsurteil sofort anerkennt und sich auch durch sein Verhalten nicht in Widerspruch mit dem Schiedsspruche gesetzt hat. — Ebenso Thiesing, JW. **08** 441. **e)** ElſLothJZ. **08** 411 (Colmar). Der Beklagte hat zur Erhebung einer Klage des Vormundes aus einem Abfindungsvertrage (§ 1829 BGB.) Veranlassung nicht gegeben, wenn ihm von der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vor Erhebung der Klage keine Mitteilung gemacht worden ist. **f)** *Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 367—376, über die Kostentragungspflicht des Bürgen bei sofortigem Anerkenntnisse durch ihn (vgl. oben Ziff. 2 zu § 284 BGB.). **g)** Interventionsklage. (Vgl. JDR. **6** § 93 Ziff. 2d). α. HansGZ. **08** Beibl. 134, OLG. **17** 112 (Hamburg). Für die Frage, ob der Beklagte Klageveranlassung gegeben habe, kommt es nicht darauf an, ob ihm ein Verschulden vorzuwerfen ist. Hat der Interventionskläger vor der Klagerhebung sein sämtliches Beweismaterial dem Pfändungspfandgläubiger zwecks Glaubhaftmachung mitgeteilt, so hat der letztere, wenn er noch weiteres nur im Prozeßwege zu beschaffendes Beweismaterial fordert, zur Klage Veranlassung gegeben. — Ebenso OldenbZ. **34** 222 (Oldenburg). β. KGBl. **08** 102, OLG. **17** 113 (KG.). Der Gläubiger, welcher unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften Gegenstände, welche sich im Besitze des Schuldners befinden, pfänden läßt, hat eine tatsächliche Vermutung für sich, daß er ein gültiges Pfandrecht erworben hat. Er hat daher keine Klageveranlassung gegeben, wenn er auf die durch keinerlei Glaubhaftmachung unterstützte Aufforderung nicht auf sein Pfandrecht verzichtet. Dem steht auch nicht entgegen, daß bei der Einfügung des § 94 eine die Widerspruchsklage des § 771 ZPO. betreffende Bestimmung nicht getroffen ist. — Ebenso KGBl. **08** 103 (LG. II Berlin) und NaumburgAK. **08** 55 (LG. Oldenburg). γ. R. **08** II 625 Ziff. 3442 (Rostock). Der auf Freigabe gepfändeter Gegenstände mit der Klage aus § 771 ZPO. in Anspruch genommene Beklagte, der nach der Klagerhebung und vor dem ersten Verhandlungstermine den Kläger klaglos gestellt hat, muß die Kosten des Rechtsstreits tragen, wenn zwischen der Zustellung des Einstellungsbeschlusses aus § 769 ZPO. und der Klagerhebung längere Zeit verging, ohne daß der Beklagte auf die Aufforderung zur Freigabe sich erklärte, ob er freigeben wolle oder nicht.

3. Analoge Anwendung. KGBl. **08** 4 (KG.). Die Kosten sind dem

Kläger dann nicht aufzuerlegen, wenn der Beklagte zwar nicht zur Erhebung der Klage, wohl aber, indem er trotz der in der Klage enthaltenen Mahnung binnen angemessener Frist nicht leistete, zur Aufrechterhaltung und Durchführung der Klage Anlaß gegeben hat.

II. Sofortiges Anerkenntnis. 1. WürttJ. **20** 294 (Stuttgart). Das Anerkenntnis ist ein sofortiges, wenn es in demjenigen Termin erklärt wird, in welchem der Kläger den Klagantrag stellt.

2. OLG. **17** 111 (Braunschweig). Auch ein erst im Laufe des Prozesses abgegebenes Anerkenntnis hat für den Beklagten Kostenbefreiung zur Folge, wenn es erklärt wird in Fällen, in welchen der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der Klaganstellung noch nicht begründet war.

3. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 613 ff. § 93 kommt auch zur Anwendung, wenn nach dem gerichtlichen Anerkenntnisse die Hauptsache sich erledigt und daher kein Anerkenntnisurteil mehr ergeht.

4. a) *Lazarus aaO. 613 ff. § 93 ist entsprechend anzuwenden, wenn der Beklagte nach Klagezustellung in Anerkennung der Klage den Kläger befriedigt, ohne daß es zu einem gerichtlichen Anerkenntnisse kommt. Insbesondere darf der Beklagte auch nicht nachträglich zur Klage Veranlassung gegeben haben. — Dagegen b) HansGZ. **08** Beibl. 133, OLG. **17** 112 (Hamburg). Die Klaglosstellung steht nicht dem Anerkenntnisse des Klaganspruchs gleich. (Ebenso JDR. **6** II Ia).

5. *Bucerius, BuschsZ. **37** 220. Der § 93 ist analog anzuwenden auf den Fall, wo der Beklagte von zwei eventuell verbundenen Anträgen den Eventualantrag anerkennt und demnächst ein (kontradiktorisches) Urteil nach dem Eventualantrag (unter Abweisung des Prinzipalantrags) ergeht.

6. Gerson, DJZ. **08** 1094, wünscht folgenden Zusatz zu § 93: „Hat der Beklagte zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen ihm die Prozeßkosten insoweit zur Last, als er erst nach Einreichung der Klage oder ihrer Anbringung bei dem Gerichtsschreiber des Amtsgerichts den Kläger befriedigt."

§ 94. 1. HansGZ. **08** Beibl. 83 (Hamburg). Den vom Zessionar einer Hypothek verklagten Grundstückseigentümer, welchem zur Zeit der Klagezustellung die Abtretung noch nicht mitgeteilt war, treffen die Kosten des Rechtsstreits, wenn er den Klaganspruch anerkennt, nachdem es zur Beweisaufnahme durch Vorlegung der Grundakten gekommen ist.

2. **RG.** IV. WarnE. **08** Ziff. 75. Der Nachweis des Rechtsüberganges durch Erbfolge braucht nicht durch Erbschein geführt zu werden.

§ 96. *Bucerius, BuschsZ. **37** 222, 225. Der § 96 (nicht § 92) ist analog anzuwenden, wenn bei eventuell verbundenen Anträgen nach dem geringer zu bewertenden Antrag erkannt wird.

§ 97. 1. **RG.** VI. R. **08** II 238 Ziff. 1407. Wird vom Berufungsgerichte die Sache gemäß § 538 ZPO. zur weiteren Verhandlung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen, so ist auch die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz dem demnächst ergehenden Endurteile vorzubehalten, da die Instanzkosten hier nur als Teil der Prozeßkosten überhaupt in Betracht kommen und von diesen noch nicht feststeht, ob § 91 oder § 92 auf sie Anwendung finden wird. — Ebenso R. **08** II 419 Ziff. 2479 (Braunschweig).

2. SächsOLG. **29** 257, OLG. **17** 313 (Dresden). Die Kosten der vom Nebenintervenienten für die untätig gebliebene Hauptpartei eingelegten erfolglosen Berufung treffen den ersteren, ebenso die der gegnerischen Anschließung, da diese allein durch seine Tätigkeit verursacht worden ist. (Vgl. auch § 101 Ziff. 1.)

3. **RG.** VI. SächsRpflA. **08** 430. § 97 Abs. 1 findet auch auf die Anschließung des Rechtsmittelbeklagten Anwendung und zwar auch dann, wenn die nach Ablauf

der Rechtsmittelfrist erklärte Anschließung nur deswegen unwirksam ist, weil sich das Rechtsmittel des Gegners als unzulässig erweist.

4. **RG.** VII. R. **08** II 400 Ziff. 2348. Bei teilweiser Zurückweisung eines im übrigen erfolgreichen Rechtsmittels kann das Rechtsmittelgericht die Kosten nach § 92 entprechend teilen und die auf die Erfolglosigkeit entfallenden Kosten dem Rechtsmittelkläger endgültig auferlegen, auch wenn im übrigen die Sache einschließlich des Kostenrestes an die Vorinstanz zurückverwiesen wird. Die Kostenverteilung kann auch in der Auflage eines bestimmten Beitrags zu den Gerichtskosten allein bestehen.

§ 98. 1. *L a z a r u s GruchotsBeitr. **52** 657. Die Kostenverteilung nach § 98 tritt nichtein, wenn die Parteien sich nur über die Hauptsache vergleichen und die Kosten vom Vergleich ausschließen. Dann geht der Rechtsstreit wegen der Kosten weiter, und es ist hierüber wie bei Erledigung der Hauptsache zu entscheiden. — Während der gerichtliche Vergleich den Rechtsstreit beendet, fehlt dem außergerichtlichen diese Wirkung. Jede Partei kann den Rechtsstreit fortsetzen. Soweit der Kläger im Vergleiche sein Recht aufgegeben hat, muß er allerdings die Hauptsache für erledigt erklären, da sonst insoweit Abweisung erfolgt. So ist es auch, wenn der Kläger sich zur Klagerücknahme verpflichtet hat, ohne daß es zu einer solchen kommt. Anders nur, wenn mit dem Vergleich eine wirksame Klagerücknahme erfolgt ist (655 ff.).

2. R. **08** II 569 Ziff. 3148 (Colmar). Durch die in einem gerichtlichen Vergleiche getroffene Bestimmung, daß die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben werden, wird die Kostenfrage nur im Verhältnisse der Parteien untereinander geregelt. Ihre Schuldnerschaft gegenüber der Staatskasse aber regelt sich nach §§ 86—89 GKG. Eine von den gesetzlichen Folgen (§ 92 Satz 2) jener Aufhebung abweichende Unterwerfung des Beklagten unter die Gerichtskostenpflicht gegenüber der Staatskasse, eine Übernahmeerklärung im Sinne des § 86 Abs. 1 GKG. ist in jener Vertragsbestimmung nicht enthalten. Nach § 89 GKG. ist daher trotz des Vergleichs der das Verfahren der Instanz beantragende Kläger Schuldner der Gerichtskosten.

3. DJZ. **08** 980 (Hamburg). Ist die Hauptsache verglichen, aber Entscheidung über die Kosten beantragt, so greifen nicht §§ 98, 92 ZPO. Platz, sondern es ist über die Kosten so zu entscheiden, wie wenn sich die Parteien überhaupt nicht verglichen hätten.

§ 99. I. A b s. 1. 1. BadRpr. **08** 191 (Karlsruhe). „H a u p t s a c h e" im Sinne des § 99 ist das materielle Rechtsverhältnis und alle durch Entscheidung zu erledigenden Prozeßfragen mit alleiniger Ausnahme der Kostenfrage.

2. BadRpr. **08** 261 (Karlsruhe). Eine Anfechtung der Hauptsache ist auch die Anfechtung der Höhe der im erstinstanzlichen Urteile gemäß § 713 ZPO. festgesetzten Sicherheitsleistung.

3. **RG.** III. WarnErgbd. **08** Ziff. 666. Die Entscheidung im Widerspruchsverfahren, daß eine einstweilige Verfügung (welche bereits durch Zeitablauf gegenstandslos geworden war) aufrechterhalten werde, ist eine Entscheidung zur Hauptsache, die Berufung daher zulässig.

4. a) **RG.** III. R. **08** II 20 Ziff. 116. Die gegen ein T e i l u r t e i l eingelegte Revision ergreift auch die in einem späteren (vor Einlegung der Revision erlassenen) Endurteil über die Kosten getroffene Entscheidung, da die letztere insoweit sich als Ergänzung des Teilurteils darstellt. b) OLG. **17** 118 (Hamburg), ElsLothJZ. **08** 15 (Colmar), OLG. **17** 314 (München). Wird über die Hauptsache und die Kosten in getrennten Urteilen entschieden, so liegt eine Entscheidung in der Hauptsache vor; es ist somit das Rechtsmittel der Berufung gegeben. c) Vgl. auch PosMSchr. **08** 14, SeuffA. **63** 159 (Marienwerder).

5. **RG.** VI. **68** 301. Die Einlegung der Berufung und Revision gegen die Kostenentscheidung im Ergänzungsurteil ist, sofern das Rechtsmittel gegen das ergänzte Urteil, zu dessen Gegenstand die Kostenentscheidung gehört, ebenfalls eingelegt wird, ebenso für zulässig zu erachten wie im Falle der Kostenentscheidung im Schlußurteile nach voraufgegangenem Teilurteile (aM. **RG. 23** 422).

6. **RG.** VI. R. **08** II 271 Ziff. 1590. Ist eine gegen zwei Beklagte gerichtete Klage gegen den einen Beklagten abgewiesen, im übrigen dem Kläger ein Eid auferlegt und von der Leistung oder Weigerung dieses Eides die Entscheidung abhängig gemacht und zwar auch hinsichtlich der Kosten, soweit der Beklagte, gegen den die Klage abgewiesen ist, in Betracht kommt, so ist für diesen letzteren Beklagten eine Anfechtung nicht gegeben.

7. **RG.** II. R. **08** II 523 Ziff. 2954. Ist von zwei Beklagten der eine klagegemäß verurteilt, gegen den anderen aber die Klage abgewiesen, so steht dem letzteren gegen eine ihn mitbelastende Kostenentscheidung auch dann kein Rechtsmittel zu, wenn von dem anderen Beklagten das Urteil zur Hauptsache angegriffen worden ist.

8. Erledigung der Hauptsache. **a)** *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 636, 639 ff. Wenn ein Urteil auf einseitigen Antrag des Klägers die Hauptsache für erledigt erklärt, so ist es ein formelles Urteil zur Hauptsache; daher ist dagegen nicht die sofortige Beschwerde, sondern die Berufung bzw. Revision gegeben, doch nicht allein wegen der Kosten. Die Berufung kann darauf gestützt werden, daß der Vorderrichter zu Unrecht die Hauptsache nicht für erledigt erklärt habe, auch wenn der Erledigungsgrund vom Kläger in I. Instanz nicht vorgebracht oder erst nach dem Urteil eingetreten ist (abw. **RG. 27** 368, **29** 381, die dann die Berufung für unzulässig halten). Umgekehrt kann der Beklagte die Berufung darauf gründen, daß der Vorderrichter zu Unrecht die Hauptsache für erledigt erklärt habe. Entsprechendes gilt für die Revisionsinstanz. **b)** Voraussetzungen der Erledigung. α. **RG.** V. R. **08** II 705 Ziff. 3834. Hat der Verkäufer eines Grundstücks, der mit der Klage auf Erfüllung des Kaufvertrags in erster Instanz unterlegen ist, vor Einlegung der Berufung mit der gleichzeitigen Mitteilung, daß er einen anderen Käufer für das Grundstück habe, den Beklagten aufgefordert, sich zu erklären, ob er das Grundstück noch übernehmen wolle, und hat darauf der Beklagte die Übernahme nochmals abgelehnt, so wird damit noch nicht der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Diese Erledigung tritt vielmehr erst ein, wenn es zu dem anderweitigen Kaufabschlusse kommt. β. R. **08** II 97 Ziff. 562 (Naumburg). Beantragt der im ersten Rechtszug abgewiesene Kläger in der Berufungsinstanz nur noch, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, während der Beklagte Zurückweisung der Berufung in Antrag bringt, so ist eine sachliche Prüfung des Klaganspruchs erforderlich, genau so wie in den Fällen, in welchen beide Parteien nur eine Entscheidung hinsichtlich des Kostenpunkts verlangen, geprüft werden muß, zu wessen Ungunsten entschieden sein würde, wenn eine Entscheidung in der Sache selbst erfolgt wäre, wobei dieser dann als der unterliegende Teil zu behandeln ist. γ. Sächs. OLG. **29** 133. Legt der mit der Klage auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs abgewiesene Kläger Berufung ein und beantragt er, da ihm bereits vor Erlaß des ersten Urteils der Brief von einem Dritten ausgehändigt worden ist, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen, so handelt es sich auch in der Berufungsinstanz um die Hauptsache, da der Kläger die Beseitigung des ersten Urteils in vollem Umfange begehrt: nur das Vorhandensein des streitigen Rechtsverhältnisses, nicht das wirkliche Bestehen des verfolgten Anspruchs ist Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung (**RG. 18** 421, **27** 367, **29** 381). δ. ElsLothJZ. **08** 467 (Colmar). Der Antrag des Berufungsklägers, dessen Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, die Hauptsache für erledigt zu erklären, ist ein Antrag zur Hauptsache, wenn der Berufungsbeklagte mit der Erledigungserklärung nicht einverstanden

ist, sondern Zurückweisung der Berufung beantragt. ε. OLG. **17** 314 (Celle). Die Entscheidung, durch welche auf den Antrag des Klägers gegen den auf Klagabweisung gerichteten Antrag des Beklagten die Erledigungserklärung ausgesprochen wird, ist eine Entscheidung zur Hauptsache. **c)** Wirkung der Erledigung. α. **RG.** I. GruchotsBeitr. **52** 1113. Der mit seiner Klage abgewiesene Kläger kann, wenn vor der Berufungseinlegung der Rechtsstreit erledigt ist, keine Berufung einlegen, wohl aber kann es der verurteilte Beklagte, nachdem inzwischen der Rechtsstreit durch Verzicht rc. des Klägers erledigt ist. β. **RG.** IV. JW. **08** 557 Ziff. 18. Wird ein Urteil zunächst in vollem Umfange durch Berufung angefochten, dann aber vor der mündlichen Verhandlung die Berufung in der Hauptsache zurückgenommen, so verliert der Berufungskläger damit auch das Recht, das Verfahren wegen der Kosten fortzusetzen (anders, wenn sich die Hauptsache erst nach Einlegung der Berufung erledigt hat). γ. **RG.** RheinA. **105** II 270. Die Berufung in einer vor Einlegung der Berufung erledigten Sache wird nicht dadurch zulässig, daß der Berufungskläger, nachdem er bereits Erledigungserklärung beantragt hatte, noch einen Antrag zur Hauptsache stellt; der letztere ist wegen des offenbaren Widerspruchs zu dem übrigen prozessualen Verhalten des Berufungsklägers nicht zu beachten. δ. ElsLothJZ. **08** 467 (Colmar). Die Berufung wird nicht dadurch unzulässig, daß infolge einer nach Einlegung derselben eintretenden Erledigung der Hauptsache nur noch Kostenentscheidung beantragt wird.

9. WürttJ. **20** 172 (Stuttgart). Das Verbot, die Kostenentscheidung allein anzufechten, bezieht sich nur auf die Prozeßparteien, nicht auf den in die Kosten verurteilten Dritten. Dieser ist, da die Kostenentscheidung für ihn die Entscheidung zur Hauptsache, der Fall des Abs. 3 sonach nicht gegeben ist, zur Anfechtung des Urteils mittels Berufung berechtigt; für analoge Anwendung der §§ 380, 390, 102 ZPO. ist kein Raum.

II. Abs. 2. 1. OLG. **17** 118 (Hamburg). Eine auf Grund Anerkenntnisses erfolgende Verurteilung liegt nicht vor, wenn der Beklagte bereits durch Versäumnisurteil verurteilt worden war, und nach erhobenem Einspruch eine Erklärung abgibt, welche sachlich nichts anderes als den Verzicht auf das Versäumnisurteil darstellt.

2. KGBl. **08** 101, OLG. **17** 118 (KG.). Ist ein Teil der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil, ein anderer Teil ohne Urteil erledigt worden, so kann ein Rechtsmittel wegen der Kosten allein nur eingelegt werden, wenn eine Sonderung der einheitlich ergangenen Kostenentscheidung möglich ist. Ebenso BraunschwZ. **53** 102, OLG. **17** 114 (Braunschweig), SchlHolstAnz. **07** 366 (Kiel), BadRpr. **08** 190 (Karlsruhe). (Vgl. JDR. **6** § 99 II 1).

III. Abs. 3. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 628. Ein Urteil, das auf beiderseitigen Antrag die Hauptsache für erledigt erklärt und über die Kosten entscheidet, ist nur scheinbar ein Urteil zur Hauptsache, in Wahrheit ein solches nur über die Kosten. Daher ist dagegen die sofortige Beschwerde gegeben.

2. **a)** PosMSchr. **08** 14, SeuffA. **63** 159 (Marienwerder). Ist nach Erlassung eines Teilurteils der Rest der Klageforderung durch Schlußurteil für erledigt erklärt worden, so ist gegen die im letzteren enthaltene Kostenentscheidung, auch soweit sie sich auf den für erledigt erklärten Teil des Prozeßstoffs bezieht, die Beschwerde nicht zulässig: § 99 geht grundsätzlich von der Unanfechtbarkeit der Kostenentscheidung aus und läßt Abweichungen von dieser Regel nur in zwei fest bestimmten Ausnahmefällen zu, die als solche streng auszulegen sind; die Beschwerde ist sonach nur statthaft, wenn es an jeder Entscheidung zur Hauptsache fehlt. **b)** OLG. **17** 119 (Hamburg). § 99 Abs. 3 findet nicht Anwendung, wenn einer von mehreren Klagansprüchen durch Zurücknahme erledigt, über den anderen dagegen durch Sachurteil entschieden worden ist. **c)** HansGZ. **08** Beibl. 109 (Hamburg). Eine die Beschwerde unzulässig machende

Entscheidung zur Hauptsache liegt auch vor, wenn nur hinsichtlich der Widerklage zur Hauptsache entschieden ist.

3. a) **RG.** VII. R. **08** II 569 Ziff. 3149. Ist der Kostenanspruch von vornherein als Nebenforderung neben einem Hauptanspruch erhoben worden, so ist, wenn, wie sich nachher herausstellt, die Hauptsache schon vor Zustellung der Klage erledigt war und die Entscheidung daher nur die Kosten betrifft, die letztere gemäß § 99 Abs. 3 anzufechten. Der Kostenanspruch wird nicht dadurch zur Hauptsache, daß der als Hauptsache geltend gemachte Anspruch von vornherein nicht mehr bestand. Daraus, daß dieser Anspruch als Hauptanspruch erhoben wurde, ergibt sich ohne weiteres, daß der Kostenanspruch nur Nebenforderung sein kann. Die Sache liegt also anders als im Falle **RG. 47** 404. **b)** KGBl. **08** 94 (KG.). Hat der Kläger im Wege der Klagänderung statt der ursprünglich geforderten Leistung Erstattung der im Prozeß entstandenen Kosten als Schadensersatz gefordert, so hat er damit diesen Anspruch zur Hauptsache gemacht. Die nur über die Kosten ergehende Entscheidung ist daher eine Entscheidung zur Hauptsache. — Ebenso KGBl. **08** 94 (LG. II Berlin).

4. OLG. **17** 118 (Hamburg). Ein Urteil, durch welches ein Versäumnisurteil aufgehoben wird, ist ein Urteil zur Hauptsache und zwar ein solches, welches nicht auf Grund Anerkenntnisses ergeht. — AM. SeuffA. **63** 211, OLG. **17** 125 (Posen): das Urteil, welches unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Hauptsache für erledigt erklärt und nur über die Kosten entscheidet, enthält keine Entscheidung zur Hauptsache.

5. OLG. **17** 119 (Kiel). Wurde gegen eine einstweilige Verfügung Widerspruch nur wegen der Kosten erhoben, so ist gegen das die Verfügung bestätigende Urteil die Beschwerde unzulässig, da das Verfahren nach erhobenem Widerspruche mit dem vorausgegangenen Beschlußverfahren eine Instanz bildet, mithin eine Entscheidung über die Hauptsache vorliegt.

6. OLG. **17** 119 (KG.). Gegen ein Versäumnisurteil über die Kosten ist nur der Einspruch zulässig.

7. a) PosMSchr. **08** 18 (Posen). Ein Urteil eines OLG., welches nur über die Kosten entscheidet, ist, da die sofortige Beschwerde gemäß § 567 Abs. 2 ausgeschlossen ist, sofort rechtskräftig. **b)** SchlHolstAnz. **07** 335 (Kiel). Gegen einen auf Grund des § 99 Abs. 3 ergangenen Beschluß des Landgerichts ist die weitere Beschwerde nur zulässig, wenn die im § 568 Abs. 3 bestimmte Beschwerdesumme gegeben ist.

8. *du Chesne, MecklZ. **26** 294 ff. Wird im Falle der sofortigen Beschwerde gegen ein Kostenurteil (§ 93 Abs. 3 ZPO.) mündliche Verhandlung angeordnet, so ist das Gericht dennoch nicht an die von den Parteien bei der Verhandlung beschafften Entscheidungsgrundlagen gebunden; es braucht sich z. B. die Formalien (Zustellung des Urteils, Einlegung der Beschwerde) nicht im Termine nachweisen, Anträge, Urteil, und Beweisaufnahmeprotokolle nicht im Termine vortragen zu lassen, kann auch jederzeit in das regelmäßige Beschwerdeverfahren zurückkehren. Zur Beibringung einer Parteierklärung bedarf es der Inanspruchnahme des Anwalts nur dann, wenn mündliche Verhandlung angeordnet ist und die Erklärung sich als wirkliche Parteibehauptung, nicht als bloße Auskunft darstellt.

§ 100. 1. a) Die Kostenentscheidung bei Streitgenossen behandelt Meyer, R. **08** 55, an der Hand von Beispielen. Es ist fehlerhaft zu erkennen, daß von zwei Streitgenossen jeder die Hälfte der Kosten zu tragen habe; wenn nämlich in diesem Falle die außergerichtlichen Kosten des einen Streitgenossen höher sind als die des anderen, so würde die Folge sein, daß der eine Streitgenosse vom anderen Erstattung dieser Mehrkosten erlangen könnte. In solchem Falle ist die Entscheidung so zu formulieren, daß die Gerichtskosten jeden Streitgenossen zur Hälfte treffen, und daß jeder Streitgenosse die dem Gegner erwachsenen außergerichtlichen Kosten zur Hälfte zu erstatten hat, während über die außergerichtlichen Kosten der

Streitgenossen selbst eine Entscheidung nicht getroffen zu werden braucht. Werden A. und B., welche nicht Gesamtschuldner sind, auf Zahlung von 1000 M. verklagt und ergeht gegen A. Versäumnisurteil auf 500 M., so ist wegen der Kosten, sofern die Entscheidung darüber nicht ausgesetzt wird, zu erkennen, daß die bisher erwachsenen Gerichtskosten dem A. zur Hälfte auferlegt werden und die dem Kläger bisher erwachsenen außergerichtlichen Kosten zur Hälfte von A. zu erstatten sind. Wird die Klage gegen B. demnächst abgewiesen, so sind die Gerichtskosten, soweit nicht durch das Versäumnisurteil darüber entschieden ist, dem Kläger aufzuerlegen; dieser hat dem Beklagten B. auch die außergerichtlichen Kosten zu erstatten. **b)** OLG. **17** 314 (Zweibrücken). Ist im Urteile, welches den einen Streitgenossen verurteilt, gegen den anderen abweist, nur bestimmt, daß der Kläger und der verurteilte Beklagte je eine Hälfte der Kosten zu tragen haben, so ist anzunehmen, daß der andere Beklagte keine Kosten zu tragen hat, sondern die Erstattung derselben je zur Hälfte vom Kläger und vom verurteilten Streitgenossen verlangen kann. **c)** BadRpr. **08** 196 (Karlsruhe). Die obsiegenden Streitgenossen können Erstattung der Kosten des gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten, welcher auch die unterliegenden Streitgenossen vertreten hat, nur hinsichtlich der auf sie entfallenden Kopfteile verlangen.

2. Abs. 4. **a)** Meyer, R. **08** 55. Werden Hauptschuldner und Bürge als Streitgenossen verklagt, so haftet der Bürge für sämtliche Kosten gesamtschuldnerisch, auch für diejenigen, welche durch ein vom Hauptschuldner geltend gemachtes besonderes Angriff- oder Verteidigungsmittel veranlaßt worden sind. **b)** OLG. **16** 376 (Dresden). Ist neben der Ehefrau der Mann auf Duldung der Vollstreckung verurteilt worden, so liegt eine gesamtschuldnerische Verurteilung in der Hauptsache nicht vor. Der Umstand, daß gemäß § 1388 BGB. wegen der die Frau treffenden Kosten der zur Duldung verurteilte Mann mit in Anspruch genommen werden kann, begründet nicht, wie das OLG. Dresden, SächsRpflA. **06** 230, annimmt, die Anwendbarkeit des § 100 Abs. 4. **c)** SchlHolstAnz. **04** 318 (Kiel). Die Kosten der Zwangsvollstreckung gegen den einen Gesamtschuldner fallen nicht etwa auch dem anderen zur Last. **d)** R. **08** II 238 Ziff. 1408 (Colmar). Hat das Prozeßgericht im Falle des Obsiegs einzelner Streitgenossen, statt dem Gegner die Erstattung der dem obsiegenden Teile entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen, sich darauf beschränkt, die Prozeßkosten nach Verhältnis des Unterliegens zwischen den übrigen Streitgenossen und ihrem Gegner zu teilen, so kann diesem Mangel nach Rechtskraft des Urteils nicht durch Beschwerde gegen den die Kosten gemäß dem Urteile festsetzenden Beschluß abgeholfen werden.

§ 101. 1. OLG. **17** 313, SächsOLG. **29** 257 (Dresden). Hat der Nebenintervenient Berufung eingelegt, während die Hauptpartei untätig geblieben ist, so treffen die Kosten der erfolglosen Berufung den Nebenintervenienten (so auch Petersen-Anger Anm. 5 zu § 75, Franke, BuschZ. **27** 294 ff., R. **07** 1263 Ziff. 3127 [Frankfurt], R. **06** 57 Ziff. 67 [Zweibrücken], OLG. **3** 129 [Königsberg]; aM. **RG.** JW. **00** 438).

2. R. **08** II 133 Ziff. 804 (Breslau). Wenn der Nebenintervenient des Beklagten allein Berufung einlegt, sein Anwalt im Termin aber erklärt, daß er auch den Beklagten vertrete, so sind die Kosten der Berufung im Falle der Zurückweisung dem Beklagten aufzuerlegen, dem Nebenintervenienten nur die besonderen Kosten der Nebenintervention.

3. HansGZ. **09** Beibl. 27, R. **08** II 306 Ziff. 1831 (Hamburg). Haben die Hauptparteien einen Vergleich geschlossen und dabei die Kosten der Nebenintervention übergangen, so sind diese Kosten dem Gegner der Hauptpartei des Nebenintervenienten in demselben Umfang aufzuerlegen, wie der Gegner die Kosten des Prozesses in dem Vergleich übernommen hat.

4. SeuffA. **63** 472 (Hamburg). Haben die Hauptparteien sich verglichen, so kann

die Anwendung des § 98 nicht, wie das **RG. 56** 113 meint, dahin führen, daß dem Gegner der Hauptpartei und dem Nebenintervenienten die gesamten Kosten der Nebenintervention je zur Hälfte auferlegt werden; nach § 98 hat nämlich der Gegner nur die Hälfte der Gerichtskosten, nicht aber der Anwaltskosten zu tragen. Auf Erstattung seiner Anwaltskosten hat daher der Nebenintervenient aus dem Vergleich überhaupt keinen Anspruch.

§ 102. 1. Grobes Verschulden. a) **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 426 (in Bestätigung des Urteils des KG., OLG. **17** 122). Ein grobes Verschulden eines Rechtsanwalts kann darin gefunden werden, daß er einen unsubstanziierten Anspruch erhebt; er ist verpflichtet, einen dahingehenden Auftrag seiner Partei abzulehnen. **b)** **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 667. Dem Anwalte, welcher eine Beschwerde einlegt, deren formelle Unzulässigkeit keinem Zweifel unterliegt, ist grobes Verschulden vorzuwerfen. **c)** ThürBl. **55** 249 (Jena). In der unrichtigen Datierung einer gemäß § 198 Abs. 2 ausgestellten Zustellungsbescheinigung ist ein grobes Verschulden des Anwalts zu finden. **d)** OLG. **17** 122 (Naumburg). Der Anwalt, welcher wegen zu niedriger Wertfestsetzung namens der Partei Beschwerde einlegt, macht sich eines groben Versehens schuldig, da die Partei ein Interesse an Erhöhung der Wertstufe nicht hat.

2. Verfahren. a) **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 426 (in Bestätigung des Urteils des KG., OLG. **17** 122). Die Verurteilung des Prozeßbevollmächtigten kann noch nach Verkündung des Urteils ergehen, denn diese beendigt nicht die Instanz. Sie enthält auch nicht eine nachträgliche Abänderung der im Urteil enthaltenen Kostenentscheidung, fügt vielmehr nur einen zweiten Kostenschuldner hinzu. **b)** OLG. **17** 123 (KG.). Der Antrag, dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten wegen groben Verschuldens Kosten aufzuerlegen, ist nur eine Anregung der Offizialtätigkeit. Auch ist der Antrag nicht ein das Verfahren betreffendes Gesuch im Sinne des § 567, denn zwischen dem Antragsteller und dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten schwebt kein Verfahren. Eine Beschwerde wegen Nichtberücksichtigung dieses Antrags findet nicht statt.

§ 103. 1. Abs. 1. PosMSchr. **08** 18 (LG. Schneidemühl). Macht die obsiegende Partei von der Möglichkeit, die Kosten im Urteile festsetzen zu lassen, keinen Gebrauch, obwohl ihr die Bereitwilligkeit des Richters hierzu vor dem Termine mitgeteilt worden ist, so sind die durch das besondere Festsetzungsverfahren entstehenden Kosten nicht erstattungsfähig. — Ebenso NaumburgAK. **08** 70 (LG. Meiningen). Anders JDR. **6** § 103 Ziff. 2.

2. Abs. 2. BayRpflZ. **08** 321 (LG. Memmingen). Die Erstattung von Prozeßkosten kann, sofern nicht besondere Tatbestände wie Vertrag oder Delikt gegeben sind, nur im Kostenfestsetzungsverfahren gemäß §§ 103 ff., nicht mittels eines besonderen Rechtsstreits betrieben werden.

§ 104. 1. Zur Vollstreckung geeigneter Titel. a) α. OLG. **17** 125 (Colmar). Aus einem nur gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbaren Urteile kann auch der Kostenfestsetzungsbeschluß nur mit der gleichen Maßgabe erlassen werden. β. BadRpr. **07** 320 (Karlsruhe). Werden auf ein gegen Sicherheit vorläufig vollstreckbares Urteil die Kosten festgesetzt, so ist die Vollstreckbarkeit des Festsetzungsbeschlusses nicht von der Hinterlegung der im Urteile bestimmten Sicherheit, sondern nur von der Hinterlegung des Kostenbetrags abhängig zu machen. **b)** R. **08** II 97 Ziff. 563 (Breslau). Ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel liegt hinsichtlich der Kosten nicht vor, wenn ein nach § 708 Ziff. 6 ZPO. erlassenes Urteil nur insoweit für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, als die Rente für die Zeit nach Klagerhebung und das vorhergehende Vierteljahr zuerkannt ist. Da hier die Vollstreckbarkeit nur mit Beschränkung auf bestimmte Teile des Urteils ausgesprochen worden ist, so kann sie auf die Kostenentscheidung nicht bezogen werden. **c)** R. **08** II

17 Ziff. 102 (Colmar). Wenn weder in der dem Arrestgesuche stattgebenden Entscheidung noch in dem im Hauptprozeß ergangenen Urteil über die Kosten des Arrestverfahrens entschieden worden ist, so fehlt es für deren Erstattung an einem zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel. d) NaumburgAK. **08** 55 (Naumburg). Werden die Kosten aus einem rein dinglich verurteilenden Erkenntnisse festgesetzt, so ist der Festsetzungsbeschluß nicht etwa „bei Meidung der Vollstreckung in das Grundstück" zu erlassen: für die Kosten haftet der Verurteilte persönlich. e) OLG. **17** 126 (Hamburg). Das Urteil bildet den Titel für die Festsetzung der Kosten eines Beschwerdeverfahrens, über dessen Kosten eine selbstständige Entscheidung nicht getroffen werden konnte. f) Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch sind im Festsetzungsverfahren nicht anzubringen: so OLG. **17** 129 (KG.) für die Einrede der Stundung, ebenda (Hamburg) für die Einrede des inzwischen geschlossenen Vergleichs und SchlHolst. Anz. **08** 30 (Kiel) für die Einrede des Erloschenseins des Kostenerstattungsanspruchs.

2. Fälle der Unzulässigkeit der Kostenfestsetzung. a) Der im Eheprozesse vom Ehemanne der Ehefrau geleistete Vorschuß gehört nicht zu den Prozeßkosten, vgl. § 91 III 1 b und JDR. **6** § 104 Ziff. 2 a. b) SeuffA. **63** 123 (Hamburg) = JDR. **6** § 104 Ziff. 2 b. Die Kosten eines Schiedsgerichtsverfahrens werden durch das Schiedsgericht selbst festgesetzt. — Ebenso BadRpr. **08** 70 (AG. Tauberbischofsheim).

3. „Gericht erster Instanz". a) OLG. **17** 124 (München). Der im § 104 Abs. 2 geordnete Gerichtsstand ist ein ausschließlicher. Das Gericht wird für die Festsetzung der Kosten eines bei einem anderen Gerichte geführten Prozesses auch nicht dadurch zuständig, daß dieser letztere in einen den Rechtsstreit erledigenden Vergleich mit einbezogen worden ist. b) OLG. **17** 124, DJZ. **08** 540 (KG.). Die Kosten des Arrestverfahrens sind, auch wenn der Arrest vom OLG. als Gericht der Hauptsache gemäß § 943 erlassen worden ist, vom Landgerichte festzusetzen. c) SeuffA. **63** 250, OLG. **17** 125, HansGZ. **08** Beibl. 4 (Hamburg) = JDR. **6** § 104 Ziff. 3 b. Ist die Restitutionsklage gemäß § 584 ZPO. bei dem OLG. erhoben, so ist das zur Kostenfestsetzung zuständige Gericht erster Instanz gleichwohl das Landgericht (so auch BayObLG., SeuffA. **54** 123). d) SächsOLG. **29** 156. Für die Festsetzung der Vollstreckungskosten im Kostenfestsetzungsverfahren ist nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Prozeßgericht erster Instanz zuständig. Dafür spricht, daß sonst bei Vollstreckungsakten, welche in den Bezirken verschiedener Gerichte stattgefunden haben, jedes dieser Gerichte für die Festsetzung der in seinem Bezirke entstandenen Kosten zuständig sein müßte. — AA. PosMSchr. **07** 135 (Königsberg), SächsRpflA. **07** 566 (Dresden). Vgl. JDR. **6** § 104 Ziff. 3 a.

4. Formalien. KGBl. **08** 5 (KG.). Die Kostenrechnung, welche eine bloße Anlage zum Kostenfestsetzungsgesuch enthält, braucht nicht unterschrieben zu werden.

§ 105. 1. Abs. 1. Für Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch ist im Festsetzungsverfahren kein Raum, vgl. § 104 Ziff. 1 f.

2. Abs. 4. a) HessRspr. **9** 58, OLG. **17** 129 (Darmstadt). Durch die Zustellung des Festsetzungsbeschlusses wird die Beschwerdefrist auch dann eröffnet, wenn dem Beschluß eine Abschrift der Kostenrechnung nicht beigefügt war, der Beschluß auch auf eine solche nicht verweist. b) ElsLothJZ. **07** 525 (Colmar). Die Partei hat ein Beschwerderecht gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß, wenn diesem eine zu niedrige Wertstufe zugrunde gelegt worden ist und sie ihrem Prozeßbevollmächtigten die der höheren Wertstufe entsprechenden Gebühren bezahlt hat; dem Prozeßbevollmächtigten selbst steht ein Beschwerderecht nicht zu. c) OLG. **17** 121 (Colmar). Die Beschwerde im Festsetzungsverfahren kann nicht benutzt werden, um eine Änderung des dem Festsetzungsbeschlusse zugrunde liegenden Titels herbeizuführen. AM. ZDGerSekr. **08** 170 (Düsseldorf).

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 109. 1. a) Schneider, R. **08** 480. Ist rechtskräftig festgestellt, daß die einstweilige Verfügung, welche die Veranlassung für die Sicherheitsleistung bildete, zu Recht erlassen ist, und ferner rechtskräftig in ordinario festgestellt, daß das durch diese antizipierende Vollstreckungsmaßregel verwirklichte Recht als solches begründet war, so ist das das Verfahren aus § 109 leitende Gericht befugt, die Herausgabe der Sicherheit anzuordnen. b) SächsOLG. **29** 262. Das Verfahren aus § 109 Abs. 1 setzt nicht den Nachweis voraus, daß jede denkbare Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs ausgeschlossen ist. Daher ist bei der Arrestvollziehung die Veranlassung zur Sicherheitsleistung als weggefallen zu erachten, wenn der Schuldner den Arrestanspruch sowie die Arrestkosten anerkannt hat und wegen Ablaufs der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. eine weitere Vollstreckung nicht zu befürchten ist. c) SeuffA. **63** 421 (Posen) = JDR. **6** § 109 Ziff. 2.

2. R. **08** II 594 Ziff. 3286 (Frankfurt). Die Veranlassung zur Sicherheitsleistung ist nicht um deswillen weggefallen, weil der Kläger, nachdem der Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine Sicherheit hinterlegt hat, nicht mehr in der Lage ist, das vorläufig vollstreckbare Urteil zu vollstrecken.

3. R. **08** II 668 Ziff. 3645 (Celle). Die durch das Verfahren nach § 109 ZPO. erwachsenen Kosten sind als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig auch dann anzusehen und daher zu erstatten, wenn das Urteil bei Stellung des Antrags aus § 109 ZPO. bereits rechtskräftig war. Da nach § 715 ZPO. das Gericht befugt ist, den Gläubiger auf den Weg des § 109 zu verweisen, so muß der Gläubiger berechtigt sein, von vornherein dies Verfahren einzuschlagen, zumal wenn er, da dem Schuldner die Urteilsausfertigung nebst Zustellungsurkunde gegen Empfang der Urteilssumme ausgehändigt worden ist, nicht imstande ist, die Rechtskraftbescheinigung, welche eine Voraussetzung des Verfahrens des § 715 bildet, zu beschaffen.

Siebenter Titel. Armenrecht.

Vorbemerkung: Wünschenswert wäre es, wenn die Ansicht Opplers zu § 114 Ziff. 3 in der Praxis Anerkennung fände. — Zu einer interessanten Streitfrage sind zwei einander widersprechende Entscheidungen des LG. Leipzig (§ 118 Ziff. 1) ergangen.

§ 114. 1. a) R. **08** II 455 Ziff. 2589 (Celle). Die Bewilligung des Armenrechts an die unterlegene Partei ist trotz Beendigung der Instanz noch statthaft, wenn das Armenrechtsgesuch nur vorher eingegangen war. Der Umstand, daß das LG. es unterlassen hat, auf das rechtzeitig gestellte Gesuch zu entscheiden, kann den Antragsteller nicht präkludieren, ebensowenig die Tatsache, daß der Antragsteller in erster Instanz bereits unterlegen ist: entscheidend ist lediglich, ob das Gesuch zur Zeit der Einreichung begründet war oder nicht. b) **RG.** VI. BadRpr. **08** 126. Der Antrag auf Gewährung des Armenrechts kann in der Zeit zwischen der Beendigung der Schlußverhandlung und der Verkündung des Urteils nicht mehr gestellt werden.

2. R. **08** II 429 Ziff. 2480 (Cassel). Einer Kirchengemeinde kann das Armenrecht nicht bewilligt werden.

3. Oppler, JW. **08** 290 ff. In Prozessen zwischen Ehegatten ist der armen Ehefrau das Armenrecht ohne weiteres dann zu gewähren, wenn dasselbe dem Ehemanne bereits erteilt und im übrigen die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung weder mutwillig noch aussichtslos ist (aM. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 385, vgl. auch JDR. **6** § 114 Ziff. 2).

4. SeuffA. **63** 423 (Dresden), SeuffA. **63** 424, SeuffBl. **08** 152 (München). Eine Ehefrau, welcher das Armenrecht gewährt worden ist, kann nicht vorschußweise Zahlung von Prozeßkosten vom Ehemanne begehren. AM. HansGZ. **08** Beibl. 69, 241

(Hamburg), wo jedoch ausgeführt wird, daß im allgemeinen nach Gewährung des Armenrechts die Anordnung der Vorschußzahlung im Wege der einstweiligen Verfügung nicht mehr zulässig sei, da die Ehefrau zur Verwirklichung ihrer Rechte auch ohne den Vorschuß imstande sei, die Voraussetzungen des § 940 ZPO. daher nicht gegeben seien.

5. **RG.** V. SeuffA. **63** 289. Da nach englischem Rechte deutsche Staatsangehörige, sofern sie in England wohnen, hinsichtlich des Armenrechts wie Engländer behandelt werden, so ist, wenn das Armenrecht von einem in Deutschland wohnenden Engländer begehrt wird, die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

§ 115. 1. Ziff. 1. **a)** SeuffBl. **08** 471 (München). Die Partei, welcher das Armenrecht erst vom Beschwerdegerichte bewilligt wurde, kann nicht die Erstattung eines inzwischen geleisteten Gerichtskostenvorschusses verlangen. **b)** DGerVollzZ. **08** 151 (LG. I Berlin). Zustellungskosten, welche die arme Partei in einer nicht als Armensache bezeichneten Sache an den Gerichtsvollzieher gezahlt hat, sind ihr nicht zurückzuerstatten.

2. Ziff. 3. **a)** Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 616 ff. Der einer armen Partei auf ihren Antrag beigeordnete Anwalt bedarf nicht noch der besonderen Vollmacht, da bereits in dem Gesuche der Partei die — den Tatbestand der Vollmacht erfüllende — Erklärung zu finden ist, daß sie mit der stellvertretenden Tätigkeit des demnächst beigeordneten Anwalts einverstanden sei. Auch der im § 80 Abs. 1 vorgeschriebenen Schriftform genügt das Armenrechtsgesuch, dagegen nicht der im Falle des § 80 Abs. 2 erforderlichen öffentlichen Beglaubigung (zu deren Beibringung der armen Partei das Armenrecht gemäß § 14 FGG. zu gewähren ist). **b)** OLG. **17** 130 (Colmar). Ein Ablehnungs- oder Beschwerderecht wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung steht dem Armenanwalte nicht zu. **c)** DJZ. **08** 371 (Hamburg). Ein Recht darauf, daß die Beiordnung in Armensachen in einem regelmäßigen Turnus erfolge, hat der Anwalt nicht. Eine darauf gestützte Beschwerde ist somit unbegründet.

§ 118. 1. SächsRpflA. **08** 198 (LG. Leipzig). Für die Bewilligung des Armenrechts nur für die Zwangsvollstreckung ist gemäß § 764 allein das Vollstreckungsgericht zuständig, da das Vollstreckungsverfahren, wie aus § 31 RAGebO. und — per argumentum e contrario — aus § 178 und § 119 Abs. 1 ZPO. folgt, eine besondere Instanz bildet. Für diese Ansicht spricht auch, daß in den Fällen, in welchen eine Zwangsvollstreckung ohne voraufgegangenen Prozeß stattfindet (§ 794 Abs. 5, § 801), die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gar nicht in Frage kommen könnte. Dagegen hält dasselbe Gericht, 8. November 1907, ebenda 200, eine konkurrierende Zuständigkeit sowohl des Prozeßgerichts wie des Vollstreckungsgerichts für gegeben.

2. Reform. Krönert, DJZ. **08** 23, wünscht eine Vorschrift, daß alle Armenrechtsgesuche in noch nicht anhängigen Sachen vor der Entscheidung dem Gegner zur Erklärung vorzulegen sind.

§ 120. 1. R. **08** II 594 Ziff. 3287 (Celle). Die Befreiung nach § 120 erstreckt sich auch auf die Kosten der vom Gegner des im Armenrechte prozessierenden Rechtsmittelklägers erhobenen Anschließung, da diese kein selbständiges, die Instanz eröffnendes Rechtsmittel ist, der Gegner somit die Rolle des von der armen Partei Angegriffenen behält.

2. OLG. **17** 130 (Hamburg). Der Beklagte, welcher nach Erlangung eines obsieglichen Urteils gegen den im Armenrechte prozessierenden Kläger die Kostenfestsetzung betreibt, ist für das Festsetzungsgesuch vorschußpflichtig: § 120 schützt ihn nur hinsichtlich der Kosten der ihm aufgezwungenen Verteidigung, nicht, insoweit er selbst zum Angriff übergeht.

§ 121. OLG. **17** 131 (Colmar). Die Entziehung des Armenrechts hat keine rückwirkende Kraft, verpflichtet daher nicht zur Zahlung der vor der Entziehung entstandenen Gebühren.

§ 124. 1. OLG. **17** 131 (Frankfurt). Ein selbständiger Anspruch des Armenanwalts auf Kostenerstattung erwächst erst mit der Rechtskraft des Urteils. Hat daher der Armenanwalt auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils die Kosten festsetzen lassen, so wird die Festsetzung durch einen vor Eintritt der Rechtskraft von der Partei wegen der Kosten abgeschlossenen Vergleich hinfällig.

2. **a)** Orthal, R. **08** 371. Der Anspruch des Armenanwalts auf Kostenerstattung gegenüber dem Gegner der armen Partei ist ein selbständiger Anspruch des Anwalts, nicht etwa der im Wege gesetzlicher Zession übertragene Anspruch der armen Partei. Er verjährt daher nicht in 30, sondern gemäß § 196 BGB. in zwei Jahren. — Anders BadRpr. **08** 166 (Karlsruhe). Der Armenanwalt macht gemäß § 124 nicht unmittelbar seine Gebührenforderung, sondern zugunsten derselben den Erstattungsanspruch seiner Partei geltend. Dieser Anspruch aber unterliegt nicht der zweijährigen, sondern der dreißigjährigen Verjährung. **b)** OLG. **17** 315 (Kiel). Der Armenanwalt, welcher die Kosten namens der armen Partei festsetzen läßt, verzichtet damit nicht auf sein Recht aus § 124. Er kann jederzeit die Klausel auf seinen Namen umstellen lassen mit der Folge, daß Einreden aus der Person der armen Partei, abgesehen von denen aus § 124 Abs. 2, gegen ihn ausgeschlossen sind, auch soweit sie vor der Umschreibung entstanden waren. **c)** R. **08** II 97 Ziff. 564 (Jena). Der Erstattungsanspruch des Armenanwalts wird durch das bloße Bestehen eines die Kosten dieses Anwalts bereits als Teil der zu erstattenden Parteikosten festsetzenden Beschlusses nicht berührt. **d)** KGBl. **08** 104 (KG.). Neben dem Anspruche des Armenanwalts auf Kostenerstattung besteht selbständig der der armen Partei. Die Geltendmachung des letzteren hängt nicht davon ab, daß der Armenanwalt auf den seinigen verzichtet.

3. **a)** OLG. **17** 316 (Celle). Der Armenanwalt, welcher im eigenen Namen die Kostenfestsetzung betreibt, hat gemäß § 89 GKG. die Kosten des Festsetzungsverfahrens zu zahlen. (Ebenso JDR. **5** § 124 Ziff. 5 und JDR. **6** § 124 Ziff. 4). **b)** BreslauerAK. **08** 8 (LG. Schweidnitz). Der Armenanwalt, welcher Kostenfestsetzung beantragt, hat, auch wenn er den Antrag nicht im eigenen Namen, sondern in dem der armen Partei stellt, die Kosten des Festsetzungsverfahrens zu tragen: soweit nicht dargetan wird, daß der Partei trotz des Armenrechts Kosten entstanden sind, hat nur der Anwalt ein Interesse an der Festsetzung. Ebenda 9 (LG. Schweidnitz). Die Festsetzung der der armen Partei entstandenen Kosten kann nur verlangt werden, wenn nachgewiesen wird, daß die Partei trotz des Armenrechts ihrem Anwalt Gebühren oder Auslagen schuldet oder bezahlt hat. ➠ Daß die in diesen beiden Entscheidungen aufgestellten Grundsätze weder dem Gesetz noch der Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprechen, ist in einem Nachwort daselbst zutreffend dargelegt worden. Red. ⟵

§ 125. **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 70. Für die Entscheidung über die Nachzahlungspflicht der armen Prozeßpartei nach Beendigung des Prozesses ist das Gericht erster Instanz zuständig. — Ebenso OLG. **17** 316 (München).

§ 127. RheinARB. **26** 58 (LG. Cleve). Gegen einen den Antrag auf Entziehung des Armenrechts zurückweisenden Beschluß ist die Beschwerde unstatthaft.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Vorbemerkung: Einen Satz von großer praktischer Bedeutung, gegen welchen von den Gerichten häufig verstoßen wird, stellt das RG. in der zu § 139 Ziff. 4 b mitgeteilten Entscheidung auf.

§ 128. 1. **RG.** VI. R. **08** II 238 Ziff. 1411. Erklärt in der Berufungsinstanz eine Partei, daß sie auf das frühere Vorbringen Bezug nehme, so greift diese Bezug-

nahme nur zurück auf den Tatbestand des Urteils erster Instanz, der das bisherige Vorbringen enthält, nicht auf vorbereitende Schriftsätze erster Instanz, die nicht vorgetragen worden sind. — Ebenso **RG.** R. **09** Ziff. 311.

2. Reform. **a)** Für Beibehaltung der mündlichen Verhandlung sind Kleinrath, R. **08** 585, und Mosler, DJZ. **08** 287. Letzterer empfiehlt Abschaffung des Referiersystems, um so die Aufmerksamkeit sämtlicher Richter zu erzwingen. **b)** Beling, R. **08** 6 ff., will vor Verkündung der Entscheidung den Parteien das Ergebnis der Beratung nebst den wesentlichen Gründen mitteilen, um ihnen Gelegenheit zu geben, etwaige Irrtümer des Gerichts richtig zu stellen. **c)** Konzentration der mündlichen Verhandlung. α. Klöppel, SächsRpflA. **08** 182 ff., will ohne Gesetzesänderung zur Verbesserung des Verfahrens gelangen. Er will Vorbesprechungen der Parteien mit dem Berichterstatter einführen, welche zur Einigung der Parteien über die zu erhebenden Beweise gemäß § 489 ZPO. dienen sollen. Ferner sollen Vortermine eingeführt werden. β. Zelter, JW. **08** 511, hält die Einführung eines Vortermins für sämtliche Sachen für wünschenswert. γ. Orgler, DJZ. **08** 73, will das gesamte Verfahren bis zum Urteil in die Hände des Berichterstatters legen, der Beweisbeschlüsse zu erlassen und zu erledigen und die Sache, wenn er sie für spruchreif hält, an das Kollegium zu verweisen hat.

§ 129. SeuffA. **63** 164 = JDR. **6** § 129.

§ 131. Vgl. § 272.

§ 138. **RG.** VI. JW. **09** 69 Ziff. 1. Die Behauptung, daß ein städtischer Baumeister verfassungsmäßiger Vertreter der Stadtgemeinde sei, kann nicht zugestanden werden, sondern ist von Amts wegen zu prüfen.

§ 139. 1. Ausübung des Fragerechts zur Ergänzung tatsächlicher Anführungen. **a)** **RG.** III. R. **08** II 97 Ziff. 565. Eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Substantiierung ohne vorherige Ausübung des Fragerechts ist unzulässig. **b)** **RG.** V. PosMSchr. **08** 143. Ist das richterliche Fragerecht zwecks Ergänzung einer mangelhaft substanziierten Klage oder Einrede bereits vergeblich ausgeübt worden, so ist der Berufungsrichter nicht mehr verpflichtet, wegen des gleichen Mangels vom Fragerechte Gebrauch zu machen. **c)** **RG.** III. R. **08** II 668 Ziff. 8646. Die Fragepflicht erstreckt sich nicht auf die Herbeiführung von Klagergänzungen, wenn über die Sachlage selbst Zweifel nicht bestehen. **d)** R. **09** Ziff. 101 (BayObLG.). Eine Fragepflicht besteht nicht, wenn sie voraussichtlich nur zur Aufstellung willkürlicher Behauptungen führen würde.

2. Ausübung des Fragerechts wegen mangelnden Beweisantritts. **a)** **RG.** VII. R. **08** II 169 Ziff. 999. Es verstößt gegen § 139 ZPO., wenn eine Partei für beweisfällig erklärt wird, ohne daß sie zum Beweisantritt aufgefordert worden ist. **b)** **RG.** V. JW. **08** 684 Ziff. 18. Die richterliche Fragepflicht tritt nur ein, wenn ein Parteivorbringen gänzlich beweislos aufgestellt ist, nicht auch, wenn ein Beweismittel versagt. **c)** **RG.** VII. R. **08** II 169 Ziff. 1000. Das Gericht ist regelmäßig nicht verpflichtet, wenn ein angetretener und erhobener Beweis versagt hat, die Partei nach anderen Beweismitteln zu fragen. **d)** **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 399, R. **08** II 238 Ziff. 1412. Ist der beweispflichtigen Partei in erster Instanz nach stattgehabter Beweisaufnahme der richterliche Eid anvertraut worden, so hat der Berufungsrichter, wenn er diese Entscheidung nicht billigt, auch keine Veranlassung findet, dem Gegner den richterlichen Eid aufzuerlegen, die beweispflichtige Partei nach anderen Beweisen, insbesondere darüber zu befragen, ob sie von dem ihr noch zu Gebote stehenden — in erster Instanz auch bereits angekündigten — Beweismittel der Eideszuschiebung Gebrauch machen wolle. **e)** **RG.** V. R. **08** II 499 Ziff. 2851. Ist eine durch Eideszuschiebung unter Beweis gestellte — an sich ungenügende — Behauptung nachträglich durch Anführung weiterer Um-

stände ergänzt und ist der hierüber angetretene Zeugenbeweis erhoben worden, so besteht für das Gericht keine Verpflichtung, durch Ausübung des Fragerechts festzustellen, ob die Eideszuschiebung auch für die ergänzte Behauptung wiederholt werde.

3. Keine Pflicht zur Ausübung des Fragerechts zwecks Anführung neuer rechtlicher Gesichtspunkte. a) **RG.** V. R. **08** II 271 Ziff. 1593. Die Parteien zum Vorbringen neuer Angriffs- oder Verteidigungsmittel anzuregen, liegt außerhalb der den Gerichten durch § 139 ZPO. zugewiesenen Aufgabe. — AM. **RG.** VII. JW. **09** 13 Ziff. 5. Das konkurrierende Verschulden des Klägers ist zwar nur auf ein dahingehendes Einredevorbringen des Beklagten, nicht von Amts wegen zu beachten, auch wenn die Erhebung der Einrede so nahe liegt, daß sie fast selbstverständlich erscheint; in solchem Falle ist aber der Beklagte im Wege der Ausübung des Fragerechts auf die formelle Erhebung der Einrede aufmerksam zu machen. ➠ Die Entscheidung ist bedenklich: es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, im Anwaltsprozesse die Parteien auf übersehene Einreden aufmerksam zu machen; liegt aber die Einrede so nahe, wie im vorliegenden Falle, so muß schon aus diesem Grunde die unterstützende Tätigkeit des Gerichts überflüssig erscheinen. Red. ⬅ b) **RG.** II. R. **08** II 471 Ziff. 2689. War in den Instanzen lediglich ein Klaganspruch auf Vertragserfüllung erhoben, so kann in der Revisionsinstanz mit Erfolg nicht geltend gemacht werden, es hätte der Anspruch eventuell aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung geprüft, jedenfalls insoweit das Fragerecht nach § 139 ZPO. ausgeübt werden müssen. c) **RG.** VI. JW. **08** 14 Ziff. 16. Der Umstand, daß im Kollegialgerichtsprozesse das Vorbringen eines Parteivertreters eine irrtümliche Rechtsauffassung erkennen läßt, begründet nicht die richterliche Fragepflicht.

4. Vertagung zur Beantwortung richterlicher Fragen. a) **RG.** II. R. **08** II 455 Ziff. 2590. Hat der Prozeßbevollmächtigte einer Partei auf Befragen des Gerichts, ob er über einen streitig gebliebenen Punkt weitere Aufklärung geben könne, sich hierzu ohne Rückfrage bei seiner Partei außerstande erklärt, so liegt für das Gericht kein Anlaß vor, die weitere Frage zu stellen, ob Vertagung beantragt werde, oder von Amts wegen eine Vertagung eintreten zu lassen. b) **RG.** I. JW. **09** 193 Ziff. 11. Erklärt der Prozeßbevollmächtigte, daß er Vertagung beantrage, um sich die zur Beantwortung einer richterlichen Frage erforderliche Aufklärung von seiner Partei zu beschaffen, so muß diesem Antrage stattgegeben werden, da andernfalls eine ordnungsmäßige Ausübung des Fragerechts nicht vorliegt.

§ 141. **RG.** III. JW. **09** 21 Ziff. 17. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien vor einem ersuchten Richter ist, wie sich per argumentum e contrario aus den Sondervorschriften der § 296 und § 619 ZPO., ferner aus der Stellung des § 141 in dem Titel „Mündliche Verhandlung" und endlich aus der Erwägung, daß ja auch im übrigen beide Parteien — persönlich oder durch Vertreter — zur mündlichen Verhandlung ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen haben, ergibt, nicht zulässig.

§ 147. **RG.** III. JW. **08** 434 Ziff. 9. Die Verbindung zu gleichzeitiger Verhandlung hat die gleichzeitige Entscheidung in einem Urteile zur notwendigen Folge (**RG. 49** 401). Sind in solchem Falle mehrere selbständige Urteile erlassen worden, so ist gegen jedes die Revision zulässig, wenn die Summe der in jedem der mehreren Prozesse geltend gemachten Ansprüche den Betrag von 2500 M. übersteigt.

§ 148. 1. Zulässigkeit der Aussetzung. a) **RG.** VI. R. **08** II 668 Ziff. 3647. Der Rechtsstreit gegen einen Beklagten, welcher das ganze Vermögen des ursprünglichen Schuldners übernommen hat, kann gemäß § 148 ausgesetzt werden, wenn eine Klage gegen den Beklagten anhängig gemacht wird, welche Feststellung der Unwirksamkeit dieser Vermögensübertragung bezweckt. b) **RG.** WarnErgbd.

08 Ziff. 669. Ein Rechtsstreit, in welchem Schadensersatz wegen Vorenthaltung einer Baukaution begehrt wird, kann bis zur Erledigung eines Rechtsstreits ausgesetzt werden, welcher die gegenseitigen Ansprüche aus dem Bauvertrage betrifft. **c)** SächsOLG. **29** 137. Wenn gegen den Klaganspruch mit einer Forderung des Beklagten aufgerechnet wird, die er in einem anderen Prozesse als Kläger verfolgt, so ist die Replik der Rechtshängigkeit nicht gegeben. Es bleibt daher zur Vermeidung mehrfacher gleichförmiger Beweiserhebungen und widersprechender Entscheidungen nur der Weg der Aussetzung des Rechtsstreits. **d)** OLG. **17** 132 (KG.). Wenn in einem gegen zwei Beklagte erhobenen Wechselprozesse, der nach Erwirkung eines Vorbehaltsurteils im ordentlichen Verfahren schwebt, der Einwand des Wuchers und der arglistigen Täuschung dem Kläger gegenüber erhoben wird und auf Grund derselben Behauptung von dem einen der Beklagten gegen den Kläger ein auf Rückgabe des Wechsels gerichteter Prozeß eingeleitet ist, so kann das Nachverfahren bis zur Erledigung des letzterwähnten Prozesses ausgesetzt werden und zwar auch hinsichtlich des anderen Beklagten. **e)** OLG. **17** 132 (Hamburg). Die Aussetzung kann nicht nur dann angeordnet werden, wenn das im § 148 ausdrücklich erwähnte Abhängigkeitsverhältnis besteht, sondern auch wenn es sich in beiden Prozessen um das gleiche Rechtsverhältnis handelt.

2. Unzulässigkeit der Aussetzung. **a) RG.** V. WarnErgbd. **08** Ziff. 400. Für die Klage auf Löschung eines durch Zahlung getilgten Teiles einer Hypothek ist ein Rechtsstreit hinsichtlich des übrigen Teiles der Hypothek, in welchem Nichtentstehung der Forderung geltend gemacht wird, nicht präjudiziell. **b)** OLG. **17** 133 (KG.). Den Rechtsstreit deswegen auszusetzen, damit der Beklagte den zur Aufrechnung gestellten Anspruch auf Honorar für eine von ihm geführte Nachlaßpflegschaft festsetzen lassen kann, ist nicht zulässig.

3. Form der Anordnung. OLG. **17** 134 (Colmar). Es bedarf nicht eines förmlichen Aussetzungsbeschlusses; es genügt statt dessen, wenn das Gericht eine Vertagung des Termins anordnet.

4. Obligatorische Aussetzung. OLG. **17** 134 (Colmar). Ist der Fortgang des Verfahrens von der Entscheidung über eine Konfliktserhebung gemäß § 11 EGGVG. abhängig, so muß das Gericht die Aussetzung beschließen.

5. Aussetzung im Beschlußverfahren. **a)** OLG. **17** 133 (Hamburg). § 148 gibt zwar seinem Wortlaute nach die Aussetzungsbefugnis nur für solche Verfahren, für welche die mündliche Verhandlung gesetzlich vorgeschrieben oder gerichtlich angeordnet worden ist. Er muß jedoch auf Verfahren ohne mündliche Verhandlung entsprechend angewendet werden, insbesondere auf das Vollstreckungsverfahren: es kann für die Anwendbarkeit des § 148 keinen Unterschied machen, ob das Gericht von der Befugnis, mündliche Verhandlung anzuordnen, Gebrauch gemacht hat oder nicht. **b)** OLG. **17** 133 (Breslau). Hat das wegen Versagung des Armenrechts angegangene Beschwerdegericht Bedenken hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers, so ist es in der Lage, Beweis über den Geisteszustand zu erheben; die Aussetzung des Verfahrens aber ist nicht zulässig.

§ 149. RG. I. LeipzZ. **09** 64 Ziff. 31. Eine Aussetzung des Verfahrens ist auch nach Rechtskraft des bedingten Endurteils noch zulässig, wenn gegen den Schwurpflichtigen ein Meineidsverfahren eingeleitet worden ist (**RG. 35** 416); dagegen kann der Umstand, daß gegen einen Zeugen ein Meineidsverfahren und gegen den Schwurpflichtigen ein Verfahren wegen falscher Anschuldigung eingeleitet worden ist, die Aussetzung des Läuterungsverfahrens nicht begründen.

§ 156. RG. VII. JW. **08** 202 Ziff. 18. Eine prozessuale Pflicht des Gerichts zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung besteht nur, wenn in der geschlossenen Verhandlung ein unbeachtet gebliebener Anlaß zur Ausübung der Fragepflicht vorhanden gewesen war. Dagegen hat die Partei kein Recht, die Wieder-

eröffnung zu verlangen, um ihren vollständigen und lückenlosen Vortrag durch Nachbringung von Behauptungen und Beweismitteln zu ergänzen. Ob in Fällen, in welchen ein Recht auf Wiedereröffnung nicht gegeben ist, solche auf Antrag der Partei zu bewilligen ist, hat das Gericht nach billigem Ermessen zu entscheiden.

§ 157. 1. OLG. **17** 135 (KG.), ebenda 136 (Dresden). Die Vorschrift, wonach die Anfechtung der Zurückweisung von geschäftsmäßigen Bevollmächtigten und Beiständen ausgeschlossen ist, findet auch auf die entsprechenden Beschlüsse der Gewerbegerichte (§ 31GewGG.) Anwendung.

2. Prozeßnovelle. Wienstein, LeipzZ. **08** 885, macht darauf aufmerksam, daß die Novelle nur die Ausschließung des Winkelkonsulenten, nicht die des Inkassozessionars, Inkassomandanten usw. ermöglicht.

§ 159. RG. III. R. **08** II 499 Ziff. 2852. Ein Protokoll, welches hinsichtlich des Rubrums mit den Worten „in Sachen wie vor" und hinsichtlich der mitwirkenden Personen mit der Wendung „gegenwärtig die Vorigen" auf ein früheres Protokoll Bezug nimmt, genügt den Anforderungen des § 159 Ziff. 2, 3, 4.

§ 162. RG. VII. JW. **08** 720 Ziff. 20, LeipzZ. **09** 63 Ziff. 30. Des Vorlesens oder Vorlegens des Protokolls über einen Vergleich von seiten des Gerichts bedarf es nicht mehr, wenn bereits eine Partei das Protokoll vorgelesen und die andere Partei nicht widersprochen hat.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

Vorbemerkung: Von besonderem Interesse für die Praxis sind die bei § 207 mitgeteilten Entscheidungen über die „Einreichung bei dem Gerichtsschreiber".

§§ 166 ff. RG. III. GruchotsBeitr. **52** 1117 (s. JDR. **6** § 166 Ziff. 3). Verpflichtung der Partei, insbesondere des Prozeßbevollmächtigten, das Zustellungsverfahren zu überwachen.

§ 170. 1. R. **08** II 471 Ziff. 2690 (Hamburg). Fehler und Auslassungen in der zugestellten Urteilsabschrift machen den Zustellungsakt nur dann nichtig, wenn durch sie der Zustellungsempfänger außer Stand gesetzt worden ist, sich über die Einlegung des Rechtsmittels schlüssig zu werden.

2. **RG.** III. JW. **09** 72 Ziff. 6. Die Beglaubigung der bei der Zustellung zu übergebenden Abschrift ist ungültig, wenn sie von einem anderen als dem die Zustellung betreibenden Anwalte vorgenommen worden ist.

3. **RG.** V. R. **08** II 669 Ziff. 3648. Der Beglaubigungsvermerk des Gerichtsvollziehers unter der Abschrift der Zustellungsurkunde umfaßt nicht die Beglaubigung der zugestellten Abschrift des Anwaltsschriftsatzes, bei dem der Beglaubigungsvordruck des Rechtsanwalts unausgefüllt geblieben ist.

4. KGBl. **08** 45 (KG.). Ist die Abschrift von dem die Zustellung betreibenden Anwalte beglaubigt, so wird damit der Mangel der Unterschrift unter der Urschrift der Ladung behoben.

5. ElsLothJZ. **08** 290 (Colmar). Die Übergabe des für den Zustellungsempfänger bestimmten Schriftstücks ist ein Bestandteil des Zustellungsakts, welcher selbst mit Genehmigung des Zustellungsempfängers nicht unterbleiben kann.

§ 171. 1. **RG.** VI. **69** 300. Auch wenn die Zustellung an einen der mehreren Vorsteher eines Vereins erfolgt, ist die Angabe des Vorstehers in der Adresse nicht unbedingt erforderlich.

2. **RG.** VII. **67** 75 (s. JDR. **6** Ziff. 3). Aus den Bestimmungen in §§ 171, 172, 173 ergibt sich, daß die Person, der wirksam die Klage zugestellt werden kann, nicht notwendig auch zur Prozeßführung berechtigt zu sein braucht.

§ 173. 1. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 633 ff. Die Vorschrift des § 173, daß die Zustellung wirksam an den Generalbevollmächtigten einer Partei erfolgen könne, ist überflüssig, mag man unter Generalbevollmächtigten den verstehen, welchem die Vertretung sämtlicher Vermögensangelegenheiten oder nur eines Kreises derselben übertragen ist: wenn man nämlich einer Person, welche Generalvollmacht hat, deswegen nicht zustellen darf, weil ihre Vertretungsmacht sich auf die in Frage stehende Angelegenheit nicht erstreckt, so beruht die Wirksamkeit der Zustellung an den Generalbevollmächtigten nicht darauf, daß er Generalvollmacht hat, sondern daß die erteilte Vollmacht sich gerade auf den vorliegenden Fall erstreckt. Es kann denn auch nicht bezweifelt werden, daß es zulässig ist, Spezialbevollmächtigte zum Empfange sämtlicher oder einzelner Zustellungen, auch zum Empfange der einen Rechtsstreit eröffnenden Zustellung, auch für familienrechtliche Streitigkeiten zu bestellen. Das folgt aus § 83 Abs. 2, wonach im Parteiprozesse Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden kann, daraus, daß die Bestellung eines Bevollmächtigten lediglich zum Empfange von Zustellungen zulässig ist, und endlich daraus, daß man die Zustellung an einen unberufenen Vertreter genehmigen, um so mehr also diesem von vornherein die spezielle Einwilligung, d. h. also Vollmacht, erteilen kann.

2. **RG.** VI. **69** 299, JW. **08** 659 Ziff. 9, DJZ. **08** 1282. Eine Generalvollmacht liegt nicht nur dann vor, wenn dem Bevollmächtigten die Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers anvertraut ist, sondern auch dann, wenn sich die Vollmacht auf einen bestimmten, durch objektive Merkmale begrenzten größeren Kreis von Vermögensangelegenheiten bezieht, in dessen Umfang sie den Bevollmächtigten zur Besorgung aller Geschäfte des Vollmachtgebers ermächtigt (**RG. 67** 22). Fällt daher ein gegen den Vollmachtgeber gerichteter Anspruch in den Kreis der Angelegenheiten, zu deren Besorgung der Bevollmächtigte ermächtigt ist, so ist die Zustellung an den letzteren gemäß § 173 auch dann zulässig, wenn die Prozeßführung im ganzen dem Vollmachtgeber vorbehalten ist. (So war die Zustellung einer wegen einer Aussperrungsangelegenheit gegen den „Zentralverband der Zimmerer" gerichteten Klage an den Vorsteher einer Lokalverwaltung, welcher die Leitung derartiger Angelegenheiten übertragen war, nicht deswegen unzulässig, weil statutgemäß die Prozeßführung dem Verbandsvorsitzenden vorbehalten war.)

3. **RG.** VI. **67** 23 (s. JDR. **6** § 173 Ziff. 2). Eine Generalvollmacht ist auch die nur auf einen bestimmten, durch objektive Merkmale begrenzten größeren Kreis von Vermögensangelegenheiten sich erstreckende Vollmacht.

4. **RG.** VII. R. II **08** 542 Ziff. 3047. Der Generalagent einer Versicherungsgesellschaft ist an und für sich (abgesehen von § 76 PrVersG.) nicht zum Zustellungsempfange legitimiert; er wird dies auch nicht durch bloße Prorogation des Gerichts seines Geschäftssitzes. — AA. BayRpflZ. **08** 250, SeuffA. **63** 327 (Zweibrücken). Der Generalagent, welcher eine Versicherungsgesellschaft in allen Fällen, in welchen sie als Klägerin oder Beklagte auftritt, innerhalb des Generalagenturbezirks zu vertreten, Urkunden anzuerkennen, Vergleiche zu schließen, gerichtliche Handlungen vorzunehmen befugt ist, hat in seinem Bezirk als Generalbevollmächtigter im Sinne des § 173 ZPO. zu gelten.

§ 175. Rosenberg, Stellvertretung im Prozesse 568. Die Bestellung des Zustellungsbevollmächtigten kann außer durch Benennung in der Verhandlung oder im vorbereitenden Schriftsatz auch durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden selbst erfolgen.

§ 176. 1. Rosenberg aaO. 960 ff. Gemäß § 176 sind die Zustellungen an die Person zu richten, welche den Prozeß als Prozeßvertreter führt und als solcher auftritt. Deswegen ist im Anwaltsprozesse niemals an einen nicht zugelassenen Anwalt oder an einen Nichtanwalt zuzustellen, auch wenn er Prozeßvollmacht hat,

dagegen wohl an den nicht bevollmächtigten Prozeßvertreter, dessen Vollmachtsmangel nicht oder erfolglos gerügt oder der einstweilen zur Prozeßführung zugelassen worden ist. Die Zustellungen sind an ihn zu richten von dem Augenblick an, in welchem er als Vertreter auftritt, was durch Wahrnehmung eines Termins, Zustellung eines Schriftsatzes, Anzeige bei Gericht geschehen kann. Daher besteht keine Pflicht, bereits die Klage dem gegnerischen Prozeßbevollmächtigten zuzustellen, auch wenn dem Kläger dessen Bestellung bereits mitgeteilt worden ist. Die Zustellungspflicht gemäß § 176 dauert fort, solange der Prozeßbevollmächtigte Prozeßvertreter bleibt; diese Stellung verliert er nicht durch Kündigung der Vollmacht, im Anwaltsprozeß auch nicht durch Anzeige von der geschehenen Kündigung. Auch der gemäß § 157 Abs. 3 zurückgewiesene Prozeßbevollmächtigte hört nicht auf, Prozeßvertreter zu sein.

2. **RG.** I. 30. 11. 07, **67** 149. Ist ein Anwalt ohne Vollmacht einstweilen zur Prozeßführung zugelassen worden, so sind, solange die Zulassung dauert, Zustellungen an ihn zu richten.

3. R. **08** II 706 Ziff. 3847 (Frankfurt). Erklärt der Anwalt, welcher für eine Partei aufgetreten ist, daß dies nur irrtümlich und ohne Vollmacht geschehen sei, und ergeht darauf ein Versäumnisurteil gegen die Partei, so ist dasselbe nicht an den Anwalt, sondern der Partei selbst zuzustellen.

4. DJZ. **09** 86 (PA., BeschwerdeAbt.). Die Vorschrift, daß an den bestellten Vertreter zuzustellen ist, kann, da sie im wesentlichen auf dem Anwaltszwange beruht, im Patenterteilungsverfahren keine Anwendung finden.

§ 182. OLG. **17** 178 (Hamburg). Die Mitteilung an die Nachbarn bildet keinen wesentlichen Teil des Zustellungsakts.

§ 183. **RG.** I. WarnErgbd. **08** Ziff. 553. Die Ersatzzustellung setzt nur voraus, daß der Adressat im Geschäftslokale nicht angetroffen wird. Darauf, ob er sich gleichwohl darin befindet, kommt es nicht an.

§ 184. OLG. **17** 137 (KG.). Die KommanditG. ist ein Verein im Sinne des § 184 Abs. 1.

§ 187. 1. **RG.** VI. R. **08** II 594 Ziff. 3291. Der § 187 findet Anwendung, wenn bei der Zustellung der Ladung eine der Vorschriften in §§ 181—186 ZPO. über die Ersatzzustellung verletzt worden ist; auf andere Zustellungsmängel kann diese Ausnahmevorschrift nicht entsprechend angewendet werden.

2. OLG. **17** 138 (Dresden). § 187 bezieht sich nur auf mangelhafte Ersatzzustellungen, nicht darauf, daß einem falschen Adressaten richtig zugestellt worden ist.

§ 189. Hellwig, Lehrbuch III 135 Anm. 24. Die Übergabe einer Ausfertigung genügt auch, wenn an zwei Streitgenossen zuzustellen ist, von welchen der eine zugleich der Vertreter des anderen ist.

§ 190. SeuffA. **63** 37 (Hamburg). Ob die Beglaubigung der Zustellungsurkunde mittels Handstempels statt mittels Handschrift genügende Beweiskraft besitzt, ist im einzelnen Falle von dem um Ausstellung des Rechtskraftattestes angegangenen Gerichtsschreiber bzw. vom Gerichte zu prüfen (vgl. schon JDR. **6** § 190 Ziff. 3).

§ 198. 1. **RG.** II. GruchotsBeitr. **52** 1131, JW. **08** 146 Ziff. 18. Rechtsgültig ist eine Urteilszustellung auch dann, wenn zwar die Urteilsabschrift den Vermerk „Ausgefertigt", aber ohne die Unterschrift des Gerichtsschreibers trägt, darunter sich aber ein von dem Prozeßbevollmächtigten unterschriebener Beglaubigungs- und Zustellungsvermerk befindet und der Gegenanwalt demgemäß ein Empfangsbekenntnis ausgestellt hat.

2. RheinA. **105** I 207 (Cöln). Die Beglaubigungsbefugnis der Rechtsanwälte bezieht sich nur auf Schriftstücke, welche sie selbst zustellen lassen oder nach § 198 zustellen. Die Zustellung einer durch den Anwalt beglaubigten Abschrift im Parteibetriebe ist daher nichtig.

3. ThürBl. **55** 249 (Jena). Die Beweiskraft der Zustellungsbescheinigung — ob auch die ohne Verlangen des Gegenanwalts ausgestellte Bescheinigung eine solche im technischen Sinne ist, kann zweifelhaft sein — ist frei zu würdigen.

4. Reform. Werner, JW. **09** 9, wünscht eine Bestimmung, durch welche die Anwälte berechtigt werden, ihre Bureauvorsteher zur Entgegennahme von Zustellungen von Anwalt zu Anwalt zu ermächtigen.

§ 203. OLG. **17** 317 (KG.). Die die öffentliche Zustellung nachsuchende Partei muß nachweisen, daß der Aufenthalt der Gegenpartei nicht nur dem Antragsteller, sondern überhaupt unbekannt ist. Das Gericht hat darüber nach seiner Überzeugung zu befinden. (Die Bescheinigung der Polizeibehörde eines Berliner Vororts darüber, daß der Aufenthalt einer Person unbekannt sei, wird in der Regel nicht genügen, da sie nicht ausschließt, daß die Person in Berlin selbst oder in einem anderen Vorort aufzufinden ist.)

§ 207. 1. R. **08** II 18 Ziff. 104 (Stuttgart). Die Notfrist ist gewahrt, wenn der behufs Wahrung der Frist bei Gericht eingereichte Schriftsatz während der Dienststunden in die Verfügungsgewalt des Gerichtsschreibers gebracht wird, mag dies auch nicht zum Bewußtsein des Beamten gekommen sein.

2. OLG. **17** 139 (Hamburg). Der Einreichung bei dem Gerichtsschreiber steht die Behändigung an den Kastellan nicht gleich.

3. HessRspr. **8** 177, OLG. **17** 138 (Darmstadt). Die Einreichung bei dem Gerichtsschreiber ist erst mit der Entgegennahme durch den zuständigen Beamten zur amtlichen Verwahrung vollendet; der Einwurf in einen Briefkasten des Gerichts genügt dazu nicht. ➠ Der Satz ist in der Allgemeinheit, in welcher er hier aufgestellt wird, bedenklich. Hat nämlich der Gerichtsschreiber die Verfügungsgewalt über den Inhalt des Briefkastens — eine solche wird schon durch den Besitz des Schlüssels begründet —, so steht der Einwurf in den Kasten der Behändigung des Schriftstücks an den Beamten gleich. Red. ⬸

4. WürttRpflZ. **1** 289, OLG. **17** 140 (Stuttgart). Die Behändigung an den zuständigen Gerichtsschreiber außerhalb der Dienststunden und der Geschäftsräume des Gerichts stellt nicht die vom Gesetze verlangte Einreichung dar: die Wahrung der Notfrist darf weder von dem Belieben des Beamten, welcher zur Annahme des Schriftstücks ohne Zweifel nicht verpflichtet ist, noch vom Zufalle (der Beamte nimmt das Schriftstück ohne Kenntnis des Inhalts an, während er es bei Kenntnis zurückgewiesen hätte) abhängen. ➠ Diese Entscheidung schränkt den Begriff der Einreichung in einer dem Gesetze nicht entsprechenden Weise ein. Daß eine Amtshandlung des zuständigen Beamten, welche außerhalb der Dienststunden und der Diensträume vorgenommen worden ist, deswegen ungültig ist, weil ihre Vornahme auch hätte abgelehnt werden können, ist ein völlig neuer Grundsatz, welcher im Zivilprozeßrechte jedenfalls keinen Anhalt hat. So ist auch die vom Amtsrichter am späten Abend in seiner Privatwohnung erlassene Terminsverfügung sowie der unter solchen Umständen beschlossene Arrest wirksam, obwohl es in seinem Belieben stand, seine Tätigkeit zu versagen. Mit den Diensträumen hat übrigens die Einreichung nichts zu tun: das Gesetz fordert lediglich Einreichung „bei dem Gerichtsschreiber". Vgl. auch JDR. **6** § 207 Ziff. 1. Red. ⬸

II. Zustellungen von Amts wegen.

§ 212. RG. IV. JW. **08** 277 Ziff. 16, BayRpflZ. **08** 222. Dadurch, daß bei vereinfachter Zustellung der Vermerk des Tages der Zustellung auf dem Briefumschlag unterblieben ist, wird die Rechtswirksamkeit der Zustellung ebensowenig berührt, wie dadurch, daß bei Zustellung im Parteibetriebe die gemäß § 190 Abs. 3 ZPO. herzustellende beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde mit einem Mangel behaftet ist.

Dritter Titel. Ladungen, Termine, Fristen.

§ 215. BuschsZ. **38** 237 (Darmstadt). Die fehlende Aufforderung zur Anwaltsbestellung ist ein gemäß § 295 verzichtbarer Mangel.

§ 216. R. **08** II 706 Ziff. 3848 (Frankfurt). Ladet eine Partei, die ein Rechtsmittel eingelegt, aber zurückgenommen hatte, den Gegner vor das Rechtsmittelgericht mit der Erklärung, die Zurücknahme wegen Irrtums anfechten zu wollen, so darf, sofern die Folgen der Zurücknahme noch nicht durch Urteil ausgesprochen sind, die Terminsanberaumung nicht verweigert werden.

§ 222. a) **RG.** II. JW. **08** 202 Ziff. 19. Mangels einer gesetzlichen Bestimmung gelten als allgemeine Feiertage im Sinne des § 222 Abs. 2 diejenigen, welche herkömmlich an dem betreffenden Orte als allgemeine Feiertage gehalten werden, so in München der St. Johannistag (24. Juni). b) **RG.** I. R. **09** Ziff. 105. Frohnleichnamstag ist in der preußischen Rheinprovinz kein allgemeiner Feiertag. (Wohl aber in der Pfalz, FDR. **6** § 222).

§ 223. 1. **RG.** IV. R. **08** II 625 Ziff. 3443. Darin, daß das 11 Tage vor Ablauf der Revisionsfrist beim RG. eingegangene Armenrechtsgesuch zuerst an einen unzuständigen Senat gelangte und infolgedessen das Armenrecht vom zuständigen Senat erst nach Ablauf der Notfrist bewilligt wurde, liegt ein unabwendbarer Zufall.

2. **RG.** VII **68** 56. Durch die Gerichtsferien werden nur prozessuale Fristen gehemmt, nicht auch materiell-rechtliche, den Verlust des Klagerechts herbeiführende Verjährungsfristen. Dies gilt auch dann, wenn für die Berechnung einer solchen Verjährungsvorschrift — wie dies im § 28 PrStempStG. vom 31. Juli 1895 geschehen ist — die Bestimmungen der ZPO. für maßgebend erklärt werden. Hier ist unter „Berechnung" der Frist nur die Berechnung im engeren Sinne, also die bloß ziffer- und rechnungsmäßige Feststellung des Endes der Frist, nicht aber die Berechnung im weiteren Sinne des Wortes, bei der auch die Hemmungsgründe zu berücksichtigen wären, zu verstehen.

§ 227. **RG.** I. WarnErgbd. **08** Ziff. 401. Eine Beschwerde gegen Ablehnung des Antrags auf Verlegung eines Termins auf einen späteren Tag findet gemäß § 225 Abs. 3 nicht statt.

§ 228. 1. Neumann, DJZ. **08** 1027. Über einen Vertagungsantrag ist nach freiem Ermessen durch unanfechtbaren Beschluß zu entscheiden. Wird der Antrag zurückgewiesen, so sind dem Antragsteller die Kosten gemäß § 91 aufzuerlegen.

2. OLG. **17** 134 (Colmar). Ist eine Vertagung von Amts wegen beschlossen worden, so ist gegen den Beschluß die Beschwerde zulässig, wenn er tatsächlich einem Aussetzungsbeschluß im Sinne des § 148 ZPO. gleichsteht.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 232. **RG.** V. R. II **08** 306 Ziff. 1834. Der zweitinstanzliche Anwalt wird nicht erst mit der Annahme des Auftrags zur Vertretung der Partei, sondern schon mit dem Zugehen des Auftrags, d. h. mit dem Eingang auf seinem Bureau Vertreter im Sinne des § 232 Abs. 2. ➞ Danach muß also der Anwalt zweiter Instanz unter Umständen für eine Prozeßpartei, an deren Vertretung er behindert ist, zunächst tätig werden. Red. ←

§ 233. 1. Grundsätzliches. a) R. **08** II 669 Ziff. 3650 (Hamburg). Für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand genügt es nicht, daß die Partei selbst oder ihren Vertreter kein Verschulden an der Versäumung trifft. Nur wenn durch die äußerste, den Umständen des Falles angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt das hier vorgekommene Versehen nicht zu vermeiden war, liegt ein unabwendbarer Zufall vor. — Ebenso OLG. **17** 140 (KG.). b) **RG.** III. R. **08** II 455 Ziff. 2592. Wenn eine Partei ohne ausreichende Entschuldigung erst in letzter

Stunde diejenigen Maßnahmen trifft, welche sie in die Lage versetzen sollen, eine Frist zu wahren, so liegt, wenn die Frist nicht gewahrt wird, ein die Wiedereinsetzung in den früheren Stand rechtfertigender unabwendbarer Zufall nicht vor. **c)** R. **08** II 97 Ziff. 566 (Naumburg). Die Partei darf mit dem Auftrage zur Einlegung der Berufung nicht so lange warten, daß im Falle der Ablehnung des ersten Anwalts die Frist zu verstreichen droht, ehe ein anderer Anwalt gefunden ist, der zur Einlegung des Rechtsmittels bereit ist. **d)** **RG.** III. JW. **09** 73 Ziff. 8. Die Partei, welche ihr Armenrechtsgesuch rechtzeitig bei dem Rechtsmittelgericht eingereicht hat, darf, bevor sie selbst unter äußerster Anstrengung für die Aufbringung der Mittel zur weiteren Rechtsverfolgung sorgt, zunächst die Entscheidung über ihr Gesuch abwarten. Wird die Zustellung des ablehnenden Bescheids derart verzögert, daß sie erst nach Fristablauf erfolgt, so liegt ein unabwendbarer Zufall vor. Andererseits ist darin, daß die Partei es unterläßt, auf ihre Kosten unter Beeinträchtigung ihres Lebensunterhalts für Fristwahrung zu sorgen, ein Verschulden nicht zu finden..

2. Einzelfälle. **a)** Verschulden des Anwalts. α. **RG.** VII. **67** 186, JW. **08** 73 Ziff. 9. Ist bei einer durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgenden Zustellung der Berufungsschrift dem Berufungskläger und seinem Prozeßbevollmächtigten ohne ihr Verschulden innerhalb der Berufungsfrist unbekannt geblieben, daß auf der dem Berufungsbeklagten zugestellten Abschrift der Berufungsschrift die Beglaubigung der Terminsbestimmung von dem Gerichtsvollzieher unterlassen worden war, so ist hierin ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 ZPO. zu finden (vgl. **RG.** [VerZS.] **48** 409). Voraussetzung ist aber die unverschuldete Unkenntnis jenes Mangels. Das Hindernis ist daher mit dem Zeitpunkte gehoben, in welchem dadurch, daß von der Gegenseite in einem Schriftsatz auf den Mangel hingewiesen wird, die Unkenntnis des Berufungsklägers bzw. seines Anwalts aufhört, unverschuldet zu sein. Vom Tage der Zustellung dieses Schriftsatzes an beginnt somit die Frist des § 234 ZPO. zu laufen, selbst wenn der Anwalt des Berufungsklägers den Schriftsatz zunächst, ohne ihn durchzulesen, seiner Partei zur Informationserteilung gegeben hat. ➠ Diese Entscheidung führt zu einer sehr unzweckmäßigen Belastung des Anwalts: er darf nunmehr mit der Durcharbeitung des gegnerischen Schriftsatzes nicht mehr bis zum Eingange der Information warten, sondern muß sich dem Studium des Schriftsatzes zweimal unterziehen, einmal am Tage des Einganges und zum zweiten Male nach Empfang der Information. Red. ⟵ β. **RG.** I. R. **09** Ziff. 104. Die Versäumung der Berufungsfrist beruht auf dem Verschulden des Anwalts erster Instanz, wenn dieser das die Mandatsablehnung enthaltende Schreiben, welches mit mehreren anderen Briefen in ein Kuvert gepackt war, übersah, wenn er anderthalb Wochen verstreichen ließ, bevor er wegen der Mandatsübernahme nachfragte und wenn er durch ein Schreiben des Anwalts zweiter Instanz, in welchem auf das frühere von ihm übersehene Schreiben Bezug genommen wurde, nicht zur Nachforschung nach diesem Schreiben veranlaßt wurde. γ. OLG. **17** 141 (KG.). Die Fristversäumnis beruht auf einem Verschulden des Anwalts, wenn sie dadurch verursacht worden ist, daß der Anwalt sich die für ihn am Sonnabendnachmittag und am Sonntag eingehenden Postsendungen erst am Montage von der Post schicken läßt und sie dann noch bis zum späten Nachmittag uneröffnet läßt. δ. **RG.** V. R. **08** II 669 Ziff. 3650. Wiedereinsetzung mangels nachträglicher Beglaubigung eines Schriftsatzes durch den Gerichtsvollzieher findet nicht statt, wenn schon der Anwalt die Beglaubigung fahrlässig unterlassen hatte. — Ebenso SchlHolstAnz. **08** 62 (Kiel). ε. **RG.** IV. JW. **08** 278. Fehlt bei einer Zustellung von Amts wegen der im § 212 Abs. 1 ZPO. vorgeschriebene Vermerk auf dem Briefumschlage, so darf der Prozeßbevollmächtigte zweiter Instanz sich nicht mit einer telephonischen Anfrage bei dem Anwalt erster Instanz beruhigen, sondern muß die Gerichtsakten einsehen, um das Zustellungsdatum festzustellen. **b)** **RG.** VI.

WarnErgbd. **08** Ziff. 554. Wer sich während eines großen Teiles des Jahres auf Reisen befindet, ohne dafür zu sorgen, daß er von eingehenden Briefen und Zustellungen benachrichtigt wird, kann sich nicht auf unabwendbaren Zufall berufen. **c) RG.** IV. PosMSchr. **09** 14, JW. **09** 72 Ziff. 7. Daß der Anwalt, welchen die Partei brieflich mit der Einlegung des Rechtsmittels beauftragt hatte, inzwischen, obwohl er noch im Rechtsanwaltsverzeichnisse stand, gelöscht und verzogen war, der Auftragsbrief infolgedessen unbestellbar wurde, ist deswegen kein unabwendbarer Zufall, weil der Partei dieser Hinterlegungsgrund gleichwohl rechtzeitig bekannt geworden wäre, hätte sie es nicht unterlassen, ihre Adresse auf dem Briefumschlage zu vermerken. **d) RG.** III. R. **08** II 455 Ziff. 2591. Ist eine Fristversäumnis darauf zurückzuführen, daß die Partei es schuldhafterweise unterlassen hat, nach der ihr bekannt gegebenen Entziehung des Armenrechts alsbald die geeigneten Schritte zur Wiedererlangung des Armenrechts zu tun, so ist für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kein Raum. Dabei kann die Partei sich auf Rechtsunkenntnis nicht berufen. **e)** OLG. **17** 140 (KG.). Daß die Partei die ihr vom Anwalte durch die Post übersandte Urteilsausfertigung nicht erhalten hat, ist kein die Wiedereinsetzung wegen der infolgedessen versäumten Berufungsfrist begründender unabwendbarer Zufall. **f)** R. **09** II Ziff. 315 (BayObLG.). Der Antragsteller kann sich nicht darauf berufen, daß er die Beschwerdefrist deshalb versäumt habe, weil er wegen Krankheit und Mittellosigkeit nicht zum LG. habe reisen und auch nicht gewußt habe, daß er die Beschwerde zu Protokoll des AG. seines Wohnorts hätte erklären können: er hätte sich an letzterer Stelle erkundigen müssen. **g) RG.** V. WarnErgbd. **08** Ziff. 446. Daß eine regelmäßige Sitzung des zuständigen Senats des Berufungsgerichts, welche noch in die Berufungsfrist gefallen wäre, ausfällt, ist ein Umstand, der sich als unabwendbarer Zufall darstellt.

§ 235. RG. V. R. **08** II 669 Ziff. 3651. Wenn auch vom RG. die zweiwöchige Frist des § 207 Abs. 2 ZPO. wiederholt als „erweiterte Notfrist" bezeichnet worden ist (**RG. 63** 414, JW. **00** 655 Ziff. 4), so läßt sich daraus nicht folgern, daß bei der „versäumten Notfrist" im § 235 Abs. 3 auch an die Frist des § 207 Abs. 2 zu denken sei.

§ 236. 1. **RG.** V. SeuffA. **63** 378. Die im § 236 Nr. 1 vorgeschriebenen Angaben müssen nicht gerade in bestimmten ausdrücklichen Worten erfolgen; es genügt ein Sachvortrag, aus welchem die Wiedereinsetzungstatsachen mittels Auslegung entnommen werden können. Dazu muß das Gericht den ihm vorliegenden einschlägigen Akteninhalt von Amts wegen heranziehen. Es ist ohne weiteres glaubhaft, daß eine Partei von der Unterlassung einer Terminsbeglaubigung seitens des Gerichtsvollziehers erst durch Rüge des Gegners Kenntnis erhalten hat.

2. PosMSchr. **08** 6 (Königsberg). Einen ausdrücklichen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand braucht das Wiedereinsetzungsgesuch nicht zu enthalten. Er kann in der gemäß § 236 Ziff. 3 nachzuholenden Prozeßhandlung stillschweigend mitenthalten sein.

§ 238. SächsOLG. **29** 139. Ist der Berufungskläger, welcher in dem zur Verhandlung über die von ihm gleichzeitig mit einem Wiedereinsetzungsgesuch eingelegte, an sich verspätete Berufung bestimmten Termine nicht erschienen, so steht ihm gegen das gegen ihn erlassene Versäumnisurteil der Einspruch nicht zu, und zwar auch dann nicht, wenn in dem Versäumnisurteil ausdrücklich nur seine Berufung, nicht auch sein Wiedereinsetzungsgesuch zurückgewiesen wird. Das Verfahren über die Wiedereinsetzung bildet nämlich, wie § 238 Abs. 1 ergibt, nur einen unselbständigen Bestandteil des Verfahrens zur Hauptsache. Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2, wonach der Partei, welche die Wiedereinsetzung nachsucht, der Einspruch versagt ist, bezieht sich somit auf jeden Fall des Versäumnisurteils; sie findet also Anwendung, gleichviel ob die nachgeholte Prozeßhandlung oder das Wiedereinsetzungsgesuch im Versäumnisurteile zurückgewiesen worden ist.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Vorbemerkung: Bemerkenswert ist namentlich die PlenEntsch. vom 9. April 1908 (vor § 239 Ziff. 1), durch welche unter Verwerfung früherer Entscheidungen festgestellt wird, daß für alle nach Verkündung des Endurteils in der Instanz erforderlich werdenden Prozeßakte die untere Instanz zuständig bleibt, eine Entscheidung, durch welche eine praktisch höchst bedeutsame Frage in ebenso einwandsfreier wie befriedigender Weise gelöst worden ist. — Ferner ist die Entsch. des RG. vor § 239 Ziff. 2 hervorzuheben, welche für die Auffassung der Stellung der Verwalter fremder Vermögensmassen im Prozesse von grundlegender Bedeutung ist.

Vor § 239. 1. Zwischen den Instanzen. a) **RG.** (VerZS.) 9. 4. 08, **68** 247. Das Berufungsgericht bleibt auch nach der Zustellung des Berufungsurteils so lange Prozeßgericht im Sinne des § 246, als noch nicht Revision eingelegt ist. In einer Reihe von Fällen sind dem Prozeßgerichte besondere Aufgaben zugewiesen, welche ihm ebenso vor, wie nach der Zustellung des in der Instanz zur Hauptsache erlassenen Urteils erwachsen können (§§ 239 Abs. 3, 4, 943, 486, 492, 188 Abs. 2, 199, 200, 201, 202, 204, Art. 50 IntAbk. vom 14. Oktober 1890). Fehlt es in diesen Fällen an einem besonderen Grunde, aus welchem der Antrag vor Einlegung des Rechtsmittels bei dem Rechtsmittelgericht anzubringen sein möchte, so muß es während des Laufes der Rechtsmittelfrist bei der Zuständigkeit des unteren Gerichts bleiben, da sonst eine unausfüllbare Lücke entstehen würde. Dies entspricht auch der Verordnungsweise des Gesetzes, z. B. in §§ 706 Abs. 1, 724 Abs. 2, 943 ZPO. Demgegenüber ist auch die Erwägung nicht zutreffend, daß mit dem Zeitpunkte der Urteilszustellung dem unteren Gerichte jede Einwirkung auf die Entscheidung entzogen werde (so früher das **RG.** GruchotsBeitr. **34** 1159, SeuffA. **45** 276): die Unabänderlichkeit in der Instanz tritt vielmehr schon mit der Verkündung ein. Für die Fortdauer der Zuständigkeit der unteren Instanz spricht auch, daß auf diese Weise Schwierigkeiten und Kosten vermieden werden, sowie, daß die Sache in den Händen desselben Richters und am alten Prozeßorte bleibt. Aus diesen Erwägungen ist entgegen der früheren Rechtsprechung anzunehmen, daß die untere Instanz während des Laufes der Rechtsmittelfrist Prozeßgericht im Sinne des § 246 bleibt. Daraus folgt, daß eine Unterbrechung im Falle des Todes einer Partei nach Zustellung des Urteils und vor Einlegung des Rechtsmittels nicht eintritt, wenn bis zu ihrem Tode eine Vertretung durch den Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz stattfand, ferner, daß dieses Gericht während derselben Zeit auch für den Aussetzungsantrag wie für einen Wiederaufnahmestreit zuständig bleibt. **b)** Remelé, R. **08** 825, führt den Gedanken des RG., in welchem er die endgültige und befriedigende Lösung des Problems der Zuständigkeit „zwischen den Instanzen" erblickt, im einzelnen näher aus.

2. Wirkung der Beendigung der Konkurs-, Nachlaßverwaltung usw. auf schwebende Prozesse. a) **RG.** VI. LeipzZ. **08** 705 Ziff. 3. Wird der über das Vermögen einer Partei im Laufe des Prozesses eröffnete Konkurs aufgehoben, so ändert sich nicht die Partei, sondern nur deren Vertretung im Prozesse: der bisherige Gemeinschuldner, welcher auch während des Konkurses nicht aufgehört hat, Partei zu sein, tritt — und zwar ohne weitere Förmlichkeit — wieder als selbständig handelnde Partei in den Prozeß ein. Diese Änderung hat aber nicht etwa die Wirkung, daß die vom Konkursverwalter erteilte Prozeßvollmacht erlischt. — Dieses höchst bemerkenswerte Urteil wird von Jäger, LeipzZ. **08** 705, und von Hellwig, DJZ. **08** 1198 ff. (vgl. auch Jäger ebenda 1268) besprochen. Jäger tritt von seinem Standpunkt aus, wonach der Konkursverwalter als Vertreter des Kridars anzusehen ist, der Ansicht des RG. bei, daß die

Konkursbeendigung nicht zu einem Parteiwechsel, sondern nur dazu führe, daß die bisher durch den Konkursverwalter vertretene Partei wieder prozeßfähig werde. — Hellwig, welcher lehrt, daß die Konkursmasse als Sondervermögen anzusehen sei und daher einen Parteiwechsel annehmen muß, billigt gleichwohl das Ergebnis der Entscheidung: überall, wo eine neue Partei in ein bestehendes Prozeßverhältnis sukzediert, dauert die von der früheren Partei erteilte Prozeßvollmacht fort, so daß die sonst eintretende Unterbrechung des Prozesses vermieden wird. So dauert die vom Erblasser erteilte Prozeßvollmacht für den Erben fort (§ 86 ZPO.)., ebenso die vom Vorerben erteilte Vollmacht für den nach § 242 in das Prozeßverhältnis sukzedierenden Nacherben, ebenso auch die vom Erben erteilte Prozeßvollmacht für den Nachlaßverwalter, woraus dann notwendig zu folgern ist, daß auch die für den Verwalter erteilte Vollmacht für den Erben fortdauert, wenn die Nachlaßverwaltung aufhört. Das gleiche gilt endlich auch für den Konkursfall, nur tritt hier durch die Eröffnung des Konkurses schlechthin aus besonderen konkursrechtlichen Gründen eine Unterbrechung des Prozesses ein. Bei der Konkurs**beendigung** dagegen tritt bei Vorhandensein eines Prozeßbevollmächtigten trotz Parteiwechsels — an die Stelle der Konkursmasse tritt wiederum der Kridar — keine Unterbrechung ein. **b)** OLG. **17** 398 (Hamburg). Bei Wegfall des gesetzlichen Vertreters ist der Antrag des Bevollmächtigten auf Aussetzung des Verfahrens nur dann zulässig, bzw. wird, falls kein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, das Verfahren nur dann unterbrochen, wenn nicht die Partei selbst prozeßfähig geworden ist. Dieser Fall ist gegeben, wenn an Stelle eines für unbekannte Erben bestellten Nachlaßpflegers die inzwischen bekannt gewordenen prozeßfähigen Erben treten. **c)** AA. Kohler, SeuffBl. **08** 71. Tritt im Laufe des Verfahrens an die Stelle des Testamentsvollstreckers der Erbe, so wird das Verfahren unterbrochen.

§ 239. HessRspr. **8** 170 (Darmstadt). Die Tatsache, daß einer der Teilhaber der klagenden oHG. während des Prozesses gestorben ist, bildet weder einen Unterbrechungs- noch einen Aussetzungsgrund.

§ 240. 1. SächsOLG. **29** 185. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen dessen, welcher wegen Patentverletzung verklagt worden ist, wird das Verfahren nur unterbrochen, wenn der Beklagte nicht lediglich bestreitet, daß sein Verhalten eine Patentverletzung darstelle, sondern sich auf ein Recht (Vorbenutzungsrecht, Lizenz u. dgl.) beruft, welches, wenn es bestände, zur Konkursmasse gehören würde.

2. PosMSchr. **08** 143 (Posen). Die Aufnahme eines durch Konkurseröffnung unterbrochenen Rechtsstreits kann nicht statt durch Zustellung eines Wiederaufnahmeschriftsatzes durch Erhebung einer neuen Klage gegen den Konkursverwalter geschehen.

§ 241. 1. **RG.** VII. R. **09** Ziff. 106. Die im § 241 vorgeschriebene **Anzeige** wird durch die förmliche Aufnahme ersetzt.

2. BraunschwZ. **08** 157 (Braunschweig). Die Auflösung der verklagten oHG. während des Prozesses bewirkt, daß der Rechtsstreit nunmehr ohne Unterbrechung gegen die Gesellschafter weiter geht. — Ebenso R. **08** II 271 Ziff. 1594. Der bisherige Prozeßbevollmächtigte der Gesellschaft gilt als Prozeßbevollmächtigter der Inhaber. Ein von ihm abgeschlossener Vergleich bindet sämtliche Inhaber der früheren Gesellschaft.

§ 244. SeuffA. **63** 161 Ziff. 98 (Dresden). Der Tod des Anwalts nach Rechtskraft des Urteils kann begrifflich eine Unterbrechung des Verfahrens nicht bewirken. Die Gegenpartei ist daher nicht gehindert, nach dem Tode des Anwalts das Kostenfestsetzungsverfahren einzuleiten und eine Aufforderung gemäß § 106 ZPO. an die Gegenpartei zu richten.

§ 246. 1. BuschsZ. **38** 547 (Breslau). Der Prozeßbevollmächtigte kann den Rechtsstreit im Falle des Todes der Partei nicht für den Erben fortsetzen, wenn

ein vom Erblasser ernannter Testamentsvollstrecker, der das Amt angenommen hat, vorhanden ist. Die Prozeßführung des Erben kann auch nicht durch nachträgliche Genehmigung von seiten des Testamentsvollstreckers wirksam werden, da nach § 2112 BGB. ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht nur von diesem selbst geltend gemacht werden kann.

2. RheinA. **106** I 72 (Cöln). Der Gegner der verstorbenen Partei verliert das Recht, Aussetzung zu verlangen, nicht dadurch, daß der gegnerische Prozeßbevollmächtigte erklärt, er nehme das Verfahren für eine Person, die er als Erbe bezeichnet, auf. Diese Erklärung ist prozessual unerheblich, da der Tod der vertretenen Partei ja an und für sich nicht zu einer Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens führt; auch kann der Partei durch die Entschließungen des Gegners ihr selbständiges Aussetzungsrecht nicht entzogen werden. (**RG. 36** 402 und JW. **02** 420 Ziff. 9).

§ 249. 1. **RG.** II. LeipzZ. **08** 70. Die Einreichung der Revisionsbegründung während der Unterbrechung des Verfahrens ist unwirksam. Ein Verzicht des Gegners auf diese Unwirksamkeit liegt noch nicht darin, daß er den Antrag ankündigt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

2. MecklZ. **27** 50 (Rostock). Die Zustellung des Urteils an den Prozeßbevollmächtigten nach Eröffnung des Konkurses über die Partei ist unwirksam.

§ 250. 1. **RG.** III. JW. **08** 305 Ziff. 15, LeipzZ. **08** 540 Ziff. 29. Die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens kann statt durch Zustellung eines Schriftsatzes auch durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolgen. — Dagegen ist kein Raum für den Antrag, den Rechtsstreit für aufgenommen zu erklären: eine Ladung zum Zwecke der Stellung dieses Antrags entspricht nicht der Vorschrift des § 250; wird dagegen entsprechend § 250 geladen, so tritt die Wirkung der Aufnahme von selbst ein, ohne daß es noch eines Antrags oder einer Gerichtsentscheidung bedarf (**RG.** V. JW. **09** 22 Ziff. 18).

2. **RG.** VI. **68** 390, JW. **08** 453 Ziff. 20. Wenn eine Aussetzung oder eine Unterbrechung des Verfahrens nach Einlegung der Revision, aber vor Einreichung der schriftlichen Revisionsbegründung stattgefunden hat, so ist, weil an den Förmlichkeiten des Rechtsmittels noch etwas fehlt, die Befolgung der Vorschrift des § 239 Abs. 2 ZPO., wonach bei der Ladung zur Aufnahme zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden soll, ausgeschlossen. Durch die Aussetzung oder Unterbrechung des Verfahrens hat aber der Lauf der Revisionsbegründungsfrist des § 554 Abs. 2 aufgehört und es muß erst das Verfahren wieder aufgenommen werden, um diese Frist wieder in Gang zu setzen. Wenn nun die gesetzmäßig zur Aufnahme geladenen Personen die Aufnahme nicht bewirken, so bleibt nichts übrig, als die Aufnahme durch ein Zwischenurteil für bewirkt zu erklären (**RG. 40** 370). Dieses Urteil ist beim Ausbleiben der geladenen Personen auf Antrag in Form eines Versäumniszwischenurteils, wie es im § 217 Abs. 4 ZPO. (aF.) vorgesehen war, zu erlassen.

§ 251. Meyer, R. **08** 846. Die Parteien können wirksam das Ruhen des Verfahrens nach Schluß der mündlichen Verhandlung bis zur Verkündung der Entscheidung vereinbaren. Sie können also durch eine solche Vereinbarung die Verkündung eines bereits beschlossenen Urteils verhindern.

§ 252. RG. I. R. **09** Ziff. 316. Ist ein Aussetzungsantrag nicht durch Beschluß, sondern in den Gründen des Berufungsurteils abgelehnt worden, so unterliegt das Urteil auch insoweit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: Eine interessante, weiterer Erörterung bedürfende Frage ist die von Oehlert, § 282 Ziff. 2, angeregte. Im übrigen ist die Literatur ohne besonderes Interesse. Einander widersprechende Entscheidungen sind über die Frage ergangen, ob der Beklagte im Falle des § 271 Abs. 3 einen unbedingten Anspruch auf Kostenurteil hat.

§ 253. I. Mängel der Klagerhebung. 1. Nußbaum, Prozeßhandlungen 77 ff. Auf Grund einer mit einem wesentlichen Mangel behafteten Klage ist eine Verhandlung nicht statthaft. Etwaige Anträge auf Verhandlung oder Entscheidung sind durch Beschluß — nicht, wie die herrschende Meinung will, prozeßabweisendes Urteil — zu verwerfen. Ein gleichwohl ergangenes Sachurteil ist an sich gültig und wirksam. Es kann wegen der der Klage anhaftenden Mängel mit der Berufung bzw. dem Einspruch angefochten werden; die Anfechtung bewirkt, daß das Gericht lediglich die Aufhebung des prozeßordnungswidrig ergangenen Urteils auszusprechen hat.

2. R. **08** II 18 Ziff. 105 (Jena). Ist die Klage nicht den richtigen gesetzlichen Vertretern der Beklagten zugestellt worden, so wird dieser Mangel zwar noch nicht dadurch geheilt, daß die Beklagte gleichwohl im Prozeß auftritt, wohl aber dadurch, daß die Klage nachträglich den richtigen Vertretern zugestellt wird. — Ebenso **RG.** VI. BayRpflZ. **09** 23. Ein Bedenken ist auch nicht daraus herzuleiten, daß die Zustellung an den richtigen Vertreter erst erfolgt ist, nachdem bereits verhandelt und der Mangel gerügt worden war. Die zweite Zustellung macht entweder die ursprüngliche Klagezustellung mit rückwirkender Kraft gültig oder sie bildet eine neue selbständige Klagerhebung.

II. Abs. 2 Ziff. 1. 1. Klage einer falschen Partei und einer Partei unter falschem Namen. Nußbaum, Prozeßhandlungen 89 ff. Gibt sich ein Dritter fälschlich als Partei aus, so fehlt es freilich an einer Urteilsgrundlage. Wird aber das auf Grund einer solchen Verhandlung gleichwohl ergangene Urteil von dem Dritten oder an den Dritten zugestellt, so wird dadurch der Lauf der Rechtsmittelfrist eröffnet; das Urteil kann also rechtskräftig werden. Anders, wenn eine Partei sich lediglich einen falschen Namen beilegt: hier wirkt das ergehende Urteil lediglich für und gegen die unter falschem Namen auftretende Person, nicht für oder gegen irgendwelche Dritte. Für eine Nichtigkeitsklage ist daher kein Raum.

2. Falsche Bezeichnung der Partei. a) Berichtigung zulässig. α. **RG.** JW. **08** 543 Ziff. 1. Ist die Klage gegen den „Kgl. preußischen Fiskus" (statt gegen den „Reichsmilitärfiskus") gerichtet, so liegt nur eine ungenaue Bezeichnung vor, deren Berichtigung jederzeit zulässig ist. β. **RG.** VII. **68** 280, R. **08** II 374 Ziff. 2203. Die auf Grund des preußischen Reglements vom 12. Dezember 1838 errichteten Sparkassen der Stadtgemeinden haben keine eigene Rechtspersönlichkeit. Deshalb muß, wenn unter dem Namen einer städtischen Sparkasse oder des Kuratoriums einer solchen eine Klage erhoben oder gegen eine solche Kasse oder deren Kuratorium geklagt wird, die Klage als von der betreffenden Gemeinde erhoben oder gegen sie gerichtet angesehen werden. Wird in der Klageschrift neben der Stadtgemeinde das Kuratorium der städtischen Sparkasse als eine besondere Klägerin oder Beklagte aufgeführt, so ist dem Antrage, das Kuratorium fernerhin nicht weiter als Mitklägerin oder Mitbeklagte anzusehen und demgemäß das Rubrum zu ändern, auch bei Widerspruch des Gegners stattzugeben, da eine Klageänderung darin nicht zu finden ist. γ. **RG.** VI. R. **08** II 133 Ziff. 807. Die Klage gegen einen Einzelkaufmann darf nicht gegen diesen und daneben

gegen die von ihm geführte Firma gerichtet werden. Es handelt sich dabei aber um einen bloß formalen Fehler, der im Urteile bei der Parteibezeichnung ohne weiteres richtig zu stellen ist. b) Berichtigung unzulässig. BadRpr. **08** 27 (LG. Mosbach). Die Bezeichnung der klagenden Partei als „Gebrüder Sch., Viehkommissionäre in Stuttgart" ist, wenn eine oHG. dieses Namens nicht existiert, vielmehr tatsächlich mehrere einzelne Personen das Verfahren betreiben, unzulässig, eine Verbesserung des mangelhaften Rubrums ohne Genehmigung des Beklagten unstatthaft. c) α. OLG. **17** 145, LeipzZ. **08** 959 (Braunschweig). Dadurch, daß im Rubrum der gegen eine oHG. gerichteten Klage die Namen der Inhaber in Klammern beigefügt sind, wird die Klage nicht zu einer auch gegen die Inhaber gerichteten; sie wird auch dadurch, daß sie zu Händen eines der Inhaber zugestellt wird, nicht gegen diesen anhängig. β. **RG.** V. JW. **08** 529 Ziff. 14. Ist in der Klage einer Ehefrau bei der Parteibezeichnung angegeben, daß die Ehefrau „im Beistand ihres Ehemanns" klage, so ist regelmäßig die Annahme gerechtfertigt, daß der Ehemann, auch wenn er die Prozeßvollmacht mitunterzeichnet hat, damit nicht als Partei in den Prozeß hat eintreten wollen, daß vielmehr damit lediglich zum Ausdrucke gebracht ist, daß der Ehemann zur Klagerhebung seine Zustimmung gebe.

III. Abs. 2 Ziff. 2. 1. Hellwig, Lehrbuch III 15 ff., weist mit ausführlicher Begründung die Richtigkeit der Individualisierungstheorie nach.

2. **RG.** I. JW. **08** 45 Ziff. 21. Wenn die Hauptsache schon vor Einlegung der Berufung erledigt war, die Klägerin dies auch selbst erklärt und den Antrag angekündigt hat, die Hauptsache für erledigt zu erklären, sie dann aber in der mündlichen Verhandlung nicht nur diesen Antrag, sondern auch einen Antrag in der Sache selbst (auf Bewirkung einer Löschung) gestellt hat, so steht dies mit ihrem eigenen Vorbringen und dem Antrag auf Erledigungserklärung in einem so offenbaren logischen Widerspruche, daß der darauf gegründete Antrag nicht als ernstlich gemeint erachtet und somit nicht berücksichtigt werden kann.

3. **RG.** IV. SeuffBl. **08** 140. Es ist zulässig, akzessorische Schadensersatzansprüche ohne Bezifferung des Betrags, auch wenn für sie die Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht gegeben sind, zu erheben.

4. **RG.** VII. JW. **08** 454. Wird außer einem bestimmt bezifferten Mindestbetrage noch der unbestimmte weitere Betrag gefordert, welchen ein Sachverständiger für angemessen erachten werde, so entbehrt nicht der ganze Klagantrag der erforderlichen Bestimmtheit.

5. *Bucerius, Eventuell verbundene Anträge, BuschsZ. **37** 193 ff. Bei eventuell verbundenen Anträgen handelt es sich nicht um eine Mehrheit von Klagen oder Ansprüchen. Ihre Zulässigkeit ist nicht nach § 260, sondern nach § 253 ZPO. zu beurteilen. Der § 253 läßt aber nicht nur Eventualanträge zu, sondern, indem er als Erfordernisse der Klage neben dem Antrage noch den Gegenstand des Anspruchs aufstellt und somit auf eine vollständige Darlegung des Streitstandes hindrängt, weist er geradezu auf die vollständige Erschöpfung des Streitstandes hin, wie sie häufig nur durch Stellung von Eventualanträgen möglich ist. Eventualanträge sind überall da zulässig, wo der Kläger seine mehreren eventuell verbundenen Anträge gleichzeitig rechtshängig machen und durch jede im Prozeß ergehende Sachentscheidung rechtskräftig erledigt sehen will. Gleichgültig ist, ob mit dem Eventualantrag ein minus oder ein aliud gefordert wird, ob die Anträge durch gleiche oder verschiedene Tatbestände begründet werden.

6. BayObLG. 8 61, SeuffA. **63** 251 (BayObLG.). Die Häufung von Klagegründen, von denen der eine nur geltend gemacht wird, falls der andere versagt, ist zulässig.

7. **RG.** I. GruchotsBeitr. **52** 1128. Der Antrag auf Verurteilung eines Beklagten, falls die Klage gegen einen anderen Beklagten abgewiesen werde, ist nicht statthaft, da das Gesetz eine bedingte Rechtshängigkeit nicht kennt.

§ 254. 1. Hellwig, Lehrbuch III 43. Die Verhandlung über den zweiten Anspruch, welche mangels einer Trennungsanordnung gleichzeitig mit der über den ersten stattfindet, beschränkt sich zunächst kraft Gesetzes auf den Grund. Ist der erste Anspruch begründet, so muß das Gericht ihn durch Teilurteil zusprechen. Mit diesem kann ein Zwischenurteil über den zweiten Anspruch verbunden werden, welches als Vorabentscheidung gemäß § 304 anzusehen ist, sofern der Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Erfüllt der Beklagte den ersten Anspruch nicht, so kann der Kläger in dem Verfahren über die gegen das Teilurteil gerichtete Berufung seinen Interesseanspruch geltend machen; ist das Teilurteil rechtskräftig, so muß er wegen des letzteren Anspruchs eine neue Klage erheben, er kann ihn nicht etwa in dem Verfahren über den zweiten Anspruch anbringen.

2. **RG.** I. JW. **08** 558 Ziff. 22, LeipzZ. **08** 779 Ziff. 29. Erst nachdem die Verurteilung zur Rechnungslegung durch Teilurteil ausgesprochen und erledigt worden ist, darf — in demselben Prozesse — über die Zahlung des jetzt bestimmt zu bezeichnenden Schadensbetrags verhandelt werden.

§ 255. Anger, § 255 ZPO. und verwandte Bestimmungen, SächsRpflA. **08** 449 ff. Der Antrag auf Fristsetzung kann noch in der Berufungsinstanz, dagegen nicht mehr im Läuterungsverfahren gestellt werden. Als Sachantrag unterliegt er den Vorschriften der §§ 297 und 335 Abs. 3. Der Umfang der begehrten Frist ist im Antrag anzugeben; es gilt § 308 Abs. 1. — Die Frist ist keine prozessuale, sondern eine zivilrechtliche. Die einmal getroffene Fristsetzung bindet das Gericht, sie ist der Rechtskraft fähig. — Das Recht, dessen Entstehung an die Fristsetzung geknüpft ist, wird in den Fällen des § 255 nur rechtshängig, wenn neben dem Prinzipalanspruche der für den Fall fruchtlosen Fristablaufs entstehende anderweite Anspruch eingeklagt wird, was jedoch nur unter den im § 256 oder § 259 normierten Voraussetzungen zulässig ist. — § 255 Abs. 1 ist entsprechend anwendbar im Falle des § 250 BGB. (Frist zur Herstellung in natura), des § 527 BGB. (Frist zur Vollziehung einer Auflage), § 1003 Abs. 2 BGB. (Frist zur Genehmigung der Aufwendungen), § 1133 BGB. (Frist zur Beseitigung der Gefährdung einer Hypothek); nicht anwendbar ist § 255 ZPO. im Falle des § 354 BGB. — Ist der Schuldner zu der ursprünglichen und zu der nach Ablauf der gleichzeitig gesetzten Frist geschuldeten Leistung verurteilt worden, so kann die Vollstreckungsklausel bezüglich beider Leistungen gleichzeitig erteilt werden. Gegenüber der Vollstreckung auf die letztere Leistung (die nach Fristablauf zulässig ist, welcher, falls ein Rechtskraftzeugnis vorliegt, ohne weiteres erkennbar, sonst vom Gläubiger zu beweisen ist) kann der Schuldner gemäß § 767 ZPO. Erfüllung des ursprünglichen Anspruchs innerhalb der Frist einwenden. — Wegen des Verhältnisses zu § 51 GewGG. vgl. das bei § 14 GVG. Bemerkte.

§ 256. 1. Rechtsverhältnis. **a)** Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile 59, 151. Der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Erstattung von Verwendungen kann, wenn der Eigentümer dieselben weder genehmigt hat, noch die wiedererlangte Sache behält, nicht zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden. Dagegen ist gemäß § 1003 Abs. 2 BGB. die Klage auf Feststellung des Betrags der Verwendungen zulässig, woraus folgt, daß auch natürliche Verbindlichkeiten zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden können. **b)** **RG.** III. JW. **08** 685 Ziff. 21. Eine Klage auf Feststellung der Richtigkeit einer Vertragsauslegung ist zulässig. **c)** R. **08** II. 133 Ziff. 809 (Frankfurt). Zur Begründung der Feststellungsklage genügt jedes die Rechtsverhältnisse des Klägers betreffende Interesse, auch wenn dies nicht zivilrechtlicher, sondern z. B. strafrechtlicher Natur ist. **d)** DJZ. **08** 200 (Bay. ObLG.). Erklärt ein nicht rechtsfähiger Verein ein bereits ausgeschiedenes Mitglied für ausgeschlossen, so kann der Ausgeschlossene im Wege der Feststellungsklage verlangen, daß die Unwirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses und damit festgestellt

wird, daß die Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Vereine nicht durch den Ausschließungsbeschluß bewirkt worden ist. **e)** OLG. **17** 141 (Colmar). Die Frage, ob ein in einem Rechtsstreite zwischen den Parteien ergangenes Urteil zu Recht besteht, betrifft kein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis, für das die Feststellungsklage gegeben ist, sondern ist eine reine Rechtsfrage. **f) RG.** IV. WarnErgbd. **08** Ziff. 427. Zur Sicherung seines Besitzes am Nachlasse darf der Testamentserbe gegenüber anderweitigen Erbprätendenten die Klage auf Feststellung der Rechtsgültigkeit des Testaments und seiner Eigenschaft als Erbe erheben. **g)** NaumburgAK. **08** 64 (LG. Magdeburg). Das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung den Gegenstand des Streites bildet, braucht nicht notwendig ein zwischen den Parteien bestehendes zu sein. — Andererseits kann der Kläger auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses des Beklagten mit einem Dritten nicht klagen, wenn ihm die zu treffende Feststellung nichts nützt. — So auch **RG.** V. JW. **08** 75 Ziff. 9: ist die Wirksamkeit des vom Kläger mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrags von der Feststellung des Nichtmehrbestehens eines Vertrags abhängig gemacht worden, welcher zwischen dem Dritten und dem Beklagten geschlossen war, so kann diese Feststellung nur durch Klage des Dritten selbst herbeigeführt werden.

2. Feststellungsinteresse. **a) RG.** VI. R. **08** II 18 Ziff. 107. Die Gefahr der kurzen Verjährung gemäß § 8 HaftpflG. bildet ein die Feststellungsklage rechtfertigendes Interesse; ebenso nach **RG.** VII. R. **08** II 18 Ziff. 109 der Umstand, daß der Anspruch gegen eine Versicherungsgesellschaft an die Erhebung der Klage binnen einer Frist von drei Monaten geknüpft ist. **b) RG.** VI. R. **08** II 205 Ziff. 1227. Die Klage auf Feststellung eines noch nicht bezifferbaren Schadens ist gerechtfertigt, wenn bei längerer Hinausschiebung der Klagerhebung eine Erschwerung des Beweises zu besorgen ist. **c) RG.** IV. R. **08** II 499 Ziff. 2853. Ein Erbe bleibt zur Erhebung der Feststellungsklage auf Nichtigkeit eines von ihm abgeschlossenen Verkaufs der Erbschaft gegen den Rechtsnachfolger des Erbschaftskäufers berechtigt, auch wenn er die Erbschaft nachträglich noch an einen anderen verkauft hat: sein Interesse besteht darin, daß im Verhältnisse zwischen ihm und dem Beklagten die Unrechtmäßigkeit seiner Erbprätention gegenüber seinem Rechtsnachfolger, dem zweiten Erbschaftskäufer, festgestellt wird. **d) RG.** V. R. **08** II 471 Ziff. 2691. Hat der Nießbraucher Pachtverträge über Grundstücke mit der Bestimmung abgeschlossen, daß der Tod des Nießbrauchers das Pachtverhältnis nicht aufhebe mit der Behauptung, hierzu vom Eigentümer bevollmächtigt zu sein, so ist der letztere zur Erhebung der negativen Feststellungsklage gegen den Nießbraucher berechtigt; sein Interesse an der Feststellung, welche allerdings den Pächtern gegenüber keine Rechtskraftwirkung hat, besteht darin, daß die Pächter nicht aus seinem Stillschweigen eine Genehmigung der vom Nießbraucher getroffenen Abmachung folgern können, und ferner darin, daß der Nießbraucher am Abschlusse derartiger Verträge für die Zukunft verhindert wird. **e)** Insbesondere: nachträglicher Wegfall des Feststellungsinteresses. α. **RG.** V. JW. **08** 338 Ziff. 23 läßt die Frage, ob der Wegfall des Feststellungsinteresses während des Prozesses die Zulässigkeit der Feststellungsklage beseitigt, offen. — **RG.** III. WarnErgbd. **09** Ziff. 44 verneint die Frage: Hatte der Kläger zur Zeit der Klagerhebung ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, so ist der Eintritt einer späteren Veränderung, durch welche die Leistungsklage ermöglicht worden wäre, unerheblich. β. **RG.** I. R. **08** II 169 Ziff. 1004. Ein einmal begründetes Feststellungsinteresse dauert bis zu seiner Befriedigung fort; die Zulässigkeit der Feststellungsklage darf daher nicht mit der Erwägung beanstandet werden, daß sie schon früher hätte erhoben werden können. γ. **RG.** V. R. **08** II 98 Ziff. 569. Hat zur Klagerhebung ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten hinsichtlich eines zu erwartenden Schadens bestanden, so wird die dieserhalb

zulässigerweise erhobene Feststellungsklage nicht nachträglich dadurch unzulässig, daß im Laufe des Rechtsstreits die schädigende Wirkung eingetreten ist und sich in ihren Folgen ziffermäßig berechnen läßt. Der Kläger ist in solchem Falle zwar berechtigt, nicht aber genötigt, zur Leistungsklage überzugehen (vgl. GruchotsBeitr. **44** 160, **45** 939, **48** 1102, JW. **00** 509 Ziff. 4, 551 Ziff. 2, **02** 420 Ziff. 11). δ. **RG.** V. R. **08** II 472 Ziff. 2692. Bei einer Feststellungsklage ist es für die Entscheidung des Revisionsgerichts unerheblich, ob während der Revisionsinstanz das rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung infolge des Todes einer der Parteien weggefallen ist. ε. PosMSchr. **08** 28 (Königsberg). Die Abtretung des Streitgegenstandes nach Erhebung der Klage ist für den Rechtsstreit gemäß § 265 ZPO. ohne Einfluß; der Beklagte kann daher nicht geltend machen, daß das alsbaldige Interesse an der Feststellung infolge der Abtretung weggefallen sei. ζ. **RG.** II. GruchotsBeitr. **52** 1121. Erkennt der Kläger den Anspruch, dessen Nichtbestehen er festgestellt wissen will, im Laufe des Prozesses an, so hört die Feststellungsklage auf, begründet zu sein. Ein alsbaldiges Interesse an der Feststellung des Nichtbestandenhabens vor der Anerkennung ist nicht gegeben.

3. Feststellungs- und Leistungsklage. **a)** (Akzessorische) Feststellungsklage neben der Leistungsklage. α. **RG.** III. R. **08** II 627 Ziff. 3448. Es ist zulässig, mit der Klage auf Ersatz bereits entstandenen Schadens die auf Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich des künftig noch entstehenden Schadens zu verbinden. — Ebenso **RG.** IV. R. **08** II 306 Ziff. 1836. β. **RG.** I. R. **08** II 133 Ziff. 810. Neben dem Anspruch auf Unterlassung kann akzessorisch die Verurteilung zum Ersatze des hinsichtlich des Betrags noch weiterer Feststellungen bedürfenden Schadens beantragt werden. **b)** Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage. α. **RG.** VI. R. **08** II 64 Ziff. 364. Bei einem Schadensanspruch ist die Feststellungsklage zulässig, wenn zur Zeit der Klagerhebung der ganze Schaden sich noch nicht beziffern läßt. — Ebenso **RG.** III. JW. **08** 685 Ziff. 21 und **RG.** I. R. **08** II 169 Ziff. 1003. — AM. **RG.** VI. R. **08** II 205 Ziff. 1227. Der Umstand allein, daß zur Zeit der Klagerhebung die Höhe des Schadens noch nicht zu übersehen ist, kann die Feststellungsklage nicht rechtfertigen. (Ebenso JDR. **6** § 256 Ziff. 5 e.) β. **RG.** III. R. **09** Ziff. 317. Die Klage auf Feststellung einer Unterlassungspflicht ist zulässig, wenn der Klage auf Ersatz des durch die Zuwiderhandlung entstandenen Schadens die Zweifelhaftigkeit der Rechtslage und die tatsächliche Schwierigkeit, den Schaden zu übersehen, entgegensteht. γ. **RG.** II. JW. **08** 339 Ziff. 25. Muß der Beklagte für den Verlust, der sich bei Auflösung des zwischen den Parteien bestehenden Gesellschaftsverhältnisses ergeben hat, in bestimmter Höhe aufkommen, so wird durch die Möglichkeit, sofort auf Zahlung dieses Betrags zu klagen, dem Kläger keineswegs die Befugnis genommen, sich zunächst zu beschränken und nur Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, daß dieser zahle, wenn er (Kläger) die Gläubiger befriedige, zu verlangen. δ. HansGZ. **08** Beibl. 156 (Hamburg). Die Klage auf Anerkennung einer Abrechnung ist eine Leistungsklage. Sie steht keineswegs im Ergebnisse der Klage auf Feststellung der Richtigkeit einer Rechnung gleich, da die Anerkennung möglicherweise angefochten oder kondiziert werden kann, während die Feststellung auf solche Weise nicht zu erschüttern ist. ε. **RG.** VI. R. **08** II 18 Ziff. 107. Ist die Feststellungsklage nur für einen Klagegrund zulässig, so darf der Kläger, da er ein berechtigtes Interesse daran hat, seine Ansprüche nicht zu spalten, auch den anderen Klagegrund im Feststellungsprozesse geltend machen. ζ. **RG.** VII. R. **08** II 18 Ziff. 109. Ist der Anspruch gegen eine Versicherungsgesellschaft im Falle der Bestreitung an die Erhebung der Klage binnen drei Monaten geknüpft, so ist damit ein zur Feststellungsklage genügendes Interesse gegeben, welches auch nicht durch die Möglichkeit der Klage auf Bestellung der Schiedsgutachter,

die statutgemäß den Schaden zu schätzen haben, beseitigt wird; diese letztere Klage nämlich erschöpft das Interesse des Klägers, welches er mit der Feststellungsklage verfolgt, keineswegs. η. R. **08** II 133 Ziff. 808 (Frankfurt). Die Möglichkeit, wegen einer Gebrauchsmusterschutzverletzung auf Schadensersatz zu klagen, steht der Erhebung der Feststellungsklage nicht entgegen. **c)** Zulässigkeit trotz anderer Rechtsbehelfe. **RG.** IV. R. **08** II 627 Ziff. 3446. Die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Anfechtungsanspruchs ist, wenn zur Sicherung dieses Anspruchs eine einstweilige Verfügung gegen den Kläger erwirkt worden ist, neben dem Widerspruche gegen die einstweilige Verfügung und dem Antrag auf Setzung einer Frist zur Erhebung der Hauptklage zulässig. **d)** Unzulässigkeit wegen möglicher Leistungsklage. α. SächsRpflA. **09** 45 (Dresden). Ist an sich die Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, vorhanden, so ist die Feststellungsklage nur zulässig, wenn ein besonderes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dargelegt werden kann. β. **RG.** V. R. **08** II 98 Ziff. 568. Ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung eines Schadensersatzanspruchs besteht nicht, wenn die angeblich schädigende Handlung beendigt, die schädigende Wirkung abgeschlossen und daher dem Beschädigten die Möglichkeit gegeben ist, den entstandenen Schaden ziffermäßig zu berechnen und die Leistungsklage auf Ersatz des Schadensbetrags zu erheben (**RG.** **4** 438, **5** 393, **12** 148, **21** 387, **23** 232). γ. OLG. **17** 142 (Hamburg). Durch die Möglichkeit der Erhebung einer Klage auf künftige Leistung gemäß § 257 wird die Zulässigkeit einer Feststellungsklage wegen desselben Anspruchs ausgeschlossen: der Kläger kann nicht befugt sein, den Beklagten nach Belieben statt mit einer nacheinander mit zwei auf dasselbe Ziel gerichteten Klagen zu überziehen (**RG.** JW. **87** 434 Ziff. 8).

4. Insbesondere: die Begründung der negativen Feststellungsklage. **a)** **RG.** V. R. **08** II 18 Ziff. 108. Wenn der Beklagte sich einer persönlichen Forderung gegen den Kläger berühmt hat, so genügt es zur Begründung der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung, daß der Kläger die Forderung bestreitet; der Beklagte muß dann das Bestehen der Forderung nachweisen. Wenn der Beklagte dagegen ein dingliches Recht an einer Sache in Anspruch nimmt, muß der die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtes betreibende Kläger dartun, daß er in einem Rechtsverhältnisse zu der Sache — Besitz, Vorbesitz, besseres Recht zum Besitze — steht, welches dem vom Beklagten behaupteten Rechte widerstreitet; denn nur dann ist der Kläger legitimiert, die Freiheit der Sache von dem angeblichen Rechte des Beklagten im Klagewege geltend zu machen. **b)** **RG.** III. WarnErgbd. **08** Ziff. 404. Die begehrte Feststellung des Nichtbestehens eines Schadensanspruchs ist ausgeschlossen, wenn auch nur ein Teil der vom Beklagten behaupteten Schadensansprüche sich als gerechtfertigt erweist. Die Feststellung, daß über diesen Teil hinaus ein Anspruch des Beklagten nicht besteht, liegt, solange nicht der Feststellungsantrag eingeschränkt wird, nicht im Bereiche der richterlichen Aufgabe. **c)** **RG.** IV. JW. **09** 75 Ziff. 10. Nach Treu und Glauben darf, wer für einen anderen Geschäfte geführt, ihm darüber Rechenschaft abgelegt, auch zur Prüfung Zeit gelassen hat, nicht im ungewissen darüber gelassen werden, ob der andere das Geschäft als gehörig geführt gelten lasse. Die Beunruhigung des Geschäftsführers, welche durch das Unterbleiben ausreichender Erklärungen von seiten des anderen erzeugt wird, bildet ein genügendes Interesse zur Erhebung der negativen Feststellungsklage. **d)** HansGZ. **08** Beibl. 156 (Hamburg). Eine Klage auf Feststellung, daß man dem Gegner nichts schulde, ist wegen Unbestimmtheit unzulässig.

5. Urteil bei Unzulässigkeit der Feststellungsklage. **RG.** II. JW. **08** 339 Ziff. 25. Die Abweisung einer Feststellungsklage als unzulässig und unbegründet ist nicht statthaft: sie gibt dem Zweifel Raum, ob die Klage in

der gewählten Prozeßart oder als materiell unbegründet abgewiesen ist, ob also über den erhobenen Anspruch überhaupt entschieden ist (vgl. im übrigen § 300 Ziff. 2).

§ 257. NaumburgAK. **08** 66 (LG. Halle). Der Anspruch auf Zahlung einer Hypothek ist keine Geldforderung im Sinne des § 257.

§ 259. 1. Paehler, DJZ. **08** 190. Der bei Klagen der Abzahlungsgeschäfte häufig vorkommende Antrag, „den Beklagten zu verurteilen, x M. zu zahlen oder im Nichtbeitreibungsfalle die Gegenstände herauszugeben", ist dahin auszulegen, daß der Kläger im Falle der Nichtbeitreibbarkeit den Rücktritt vom Vertrag erklären will, was stillschweigend dadurch geschehen kann, daß er in diesem Falle die Zwangsvollstreckung auf die Herausgabe der Sachen richtet. Der Kläger erhebt also neben der Klage auf das Restkaufgeld eine selbständige unbedingte, nicht eventuelle Klage auf Rückgabe für den künftigen Fall, daß die Zahlung nicht beizutreiben ist und in Verbindung hiermit der Rücktritt erklärt wird. Diese Klage ist nach § 259 statthaft: die Besorgnis, daß der Kläger sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, ergibt sich daraus, daß er es überhaupt zu einer fruchtlosen Zwangsvollstreckung kommen läßt. Dazu die Bemerkung von Lazarus aaO. 301.

2. Anger, SächsRpflA. **08** 453. Die Klage auf künftige Leistung eines Schadensersatzes gemäß § 283 BGB. wird nicht durch die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die ursprüngliche Leistung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich und damit der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen wird. Der Eintritt eines derartigen Umstandes ist vielmehr vom Schuldner gemäß § 767 geltend zu machen.

3. Marquardt, Der Antrag bei Klagen auf Herausgabe, JW. **09** 37. Es ist zulässig, den Antrag bei Klagen aus § 985 BGB. dahin zu stellen, daß der Beklagte verurteilt werde, die Sache binnen einer vom Kläger zu bezeichnenden angemessenen Frist herauszugeben und, sofern er dies innerhalb der Frist nicht tut, den Wert der Sache zu zahlen. Die Fristsetzung im Urteile beruht auf § 255 ZPO.; die Verurteilung zur künftigen Zahlung ist aus der Erwägung gerechtfertigt, daß, wer hinsichtlich der Herausgabepflicht im Verzug ist, sich auch wohl der künftig entstehenden Zahlungspflicht entziehen wird.

4. OLG. **17** 143 (Dresden). Daß der Hauptschuldner einer künftig fälligen Forderung zur Zeit mittellos ist, reicht nicht aus, um den unbedingten Antrag auf künftige Leistung gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

5. HessRspr. **8** 154 (Darmstadt). Zur Klage auf künftige Leistung genügt nicht die Besorgnis, daß der Kläger künftig nicht zahlen könne, sondern nur die, daß er nicht zahlen wolle.

6. **RG.** V. WarnErgbd. **08** Ziff. 671. Ist dem Käufer durch ausdrückliche Vertragsbestimmung eine gestundete Kaufpreisrate als „Kaution" für die Erfüllung gewisser Garantieverpflichtungen während einer gewissen Zeit bestellt worden, so ist eine Klage auf Rückgewähr dieser Kaution vor Ablauf der Frist unzulässig, da es bis dahin ungewiß ist, ob event. in welcher Höhe dem Kläger ein Anspruch auf Rückgabe der Kaution zustehen wird.

7. HansGZ. **08** Beibl. 101. Die Klage gegen einen Theaterunternehmer auf Gewährung des Zutritts zu einer Vorstellung gegen Vorzeigung des Billets ist, wenn die Besorgnis, daß diese Zulassung geweigert werde, gerechtfertigt ist, begründet.

§ 260. 1. Objektive Klagenhäufung. Vgl. Hellwig, Lehrbuch III 64 ff.

2. PosMSchr. **07** 111 (Posen). Die Klagenverbindung ist unzulässig, wenn für einen der mehreren Ansprüche ein anderes Gericht als das Prozeßgericht ausschließlich zuständig ist.

3. R. **08** II 98 Ziff. 570 (Naumburg). Die eventuelle Häufung mehrerer Klagen ist nur unter der Voraussetzung zulässig, daß für alle Klagen die Zuständigkeit des

angerufenen Gerichts selbständig gegeben ist. Damit erscheint es unvereinbar, daß bei mehreren nebeneinander erhobenen Ansprüchen lediglich wegen eines Sachzusammenhanges von dem im § 260 ZPO. ausdrücklich aufgestellten Erfordernisse der Zuständigkeit des Prozeßgerichts für sämtliche Ansprüche abgesehen werden könnte.

4. R. **08** II 271 Ziff. 1595 (Frankfurt). Es ist nicht zulässig, in einer späteren mündlichen Verhandlung durch nachträgliche Klagenverbindung den Anspruch auf Feststellung zu erheben, daß eine vom Beklagten aufrechnungsweise geltend gemachte Forderung nicht bestehe; diese Feststellungsklage ist vielmehr auch ohne besondere Rüge seitens des Beklagten abzuweisen, da in ihr eine objektive Klagenhäufung, keine bloße Klagerweiterung liegt.

§ 261. Hellwig, Lehrbuch III 3, hält den Richter für verpflichtet, die Terminsbestimmung zu versagen, wenn dem Kläger die Partei- oder Prozeßfähigkeit oder dem als Vertreter Handelnden die Vertretungsbefugnis fehlt.

§ 263. 1. Über Begriff und Wirkungen der Rechtshängigkeit handelt Hellwig, Lehrbuch III 215 ff.

2. **RG.** I. **69** 123, JW. **08** 530 Ziff. 17. Hat ein Wechselschuldner Klage auf Feststellung, daß der Wechsel nicht zu Recht bestehe, erhoben, so kann er allerdings hieraus nicht der Wechselklage des Wechselgläubigers den Einwand der Rechtshängigkeit entgegenhalten (vgl. **RG. 17** 327, **21** 392). Ist aber in dem Feststellungsprozesse durch einstweilige Verfügung dem Wechselgläubiger untersagt worden, bis zur Beendigung des Feststellungsprozesses den Wechsel geltend zu machen, so wird damit, solange die einstweilige Verfügung in Kraft bleibt, eine vorläufige Regelung des Rechtsverhältnisses geschaffen, die von beiden Parteien zu beachten ist, und aus der sich daher gegenüber der Wechselklage eine verzögerliche Einrede ergibt.

3. BadRpr. **08** 233 (Karlsruhe). Durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird eine Rechtshängigkeit zwar nicht begründet, doch steht die Anhängigkeit des Verfahrens betreffend die einstweilige Verfügung einem erneuten Antrag auf einstweilige Verfügung nach dem Grundsatze, daß nicht über den nämlichen Anspruch mehrfach richterliche Entscheidung angerufen werden soll, entgegen.

§ 264. **RG.** II. R. **09** II Ziff. 108. Liegt nach Ansicht des Gerichts eine unzulässige Klagänderung vor, so ist ein Eingehen auf den neuen Klagegrund unzulässig; ebenso ist eine sachliche Erörterung des neuen Klagegrundes ohne zuvorige Prüfung der Frage der Klagänderung unstatthaft.

§ 265. 1. *Voß, LeipzZ. **08** 743 ff., 840 ff. Auf die nach der Konkurseröffnung eingetretene Rechtsnachfolge ist § 265 Abs. 2 nicht anwendbar. Doch hat auch nach den Vorschriften der KO. der Rechtsnachfolger nicht das Recht, an Stelle des Rechtsvorgängers die weitere Verfolgung der Anmeldung zu übernehmen, insbesondere die Feststellungsklage zu erheben, wenn nicht etwa letzteres durch Zustimmung des Opponenten ermöglicht wird. Der Gemeinschuldner kann mit Rücksicht auf eine ihm bekannt gewordene Rechtsnachfolge die Forderung des Liquidanten besonders bestreiten. Ist die Konkursforderung zur Zeit der Konkurseröffnung für einen Rechtsvorgänger des gegenwärtigen Forderungsinhabers rechtshängig, so übt der anhängige Rechtsstreit gemäß des § 265 Abs. 2 auf die gesamte Geltendmachung des Rechtes seinen bestimmten Einfluß. Nach der sog. Irrevelanztheorie hat der Rechtsvorgänger in eigenem Namen anzumelden, die Feststellung zu betreiben und die Hebungen einzuziehen. Nach der von Eccius und dem RG. gebilligten Theorie hat der Rechtsnachfolger für sich anzumelden, der Rechtsvorgänger nach § 146 Abs. 3 KO. die Feststellung für den Rechtsnachfolger zu betreiben. Geht man mit neueren Urteilen des RG. davon aus, daß der Rechtsvorgänger den Rechtsstreit lediglich auf Grund seines eigenen, insoweit fortwirkenden Rechtes zu Ende führt, so können besondere Einwendungen des Opponenten aus der Person des Rechtsnachfolgers in diesem Prozesse nur so berücksichtigt werden,

daß die Forderung für den Fall des Nichtdurchdringens mit diesen Einwendungen gegen die Liquidanten zugesprochen wird. Der Liquidant wird aus dem so bedingten Urteile n i c h t titulierter Gläubiger (§ 146 Abs. 6 KO.). Er muß die negative Feststellungsklage innerhalb der Frist des § 152 KO. erheben und dem Einwande der Rechtshängigkeit durch einen Antrag auf Aussetzung der Entscheidung begegnen. Außerhalb dieses Falles kann der Liquidant mit einer derartigen Feststellungsklage erst nach der Entscheidung des Streites zwischen Rechtsvorgänger und Opponenten auftreten. Die Berichtigung der Tabelle erfolgt auf Betreiben des Liquidanten nach Erledigung aller Streitpunkte.

2. SächsOLG. **29** 188. Der Konkursverwalter, der eine Masseforderung, wegen deren er Klage erhoben hat, während des Prozesses an einen Dritten abtritt, ist zur Fortsetzung des Prozesses auch nach Aufhebung des Konkurses allein befugt, sofern der Beklagte dem Eintritte des Gemeinschuldners in den Prozeß widerspricht: die Verteilung der Masse ist lediglich Aufgabe des Verwalters und bleibt es auch trotz der Aufhebung des Konkurses; zur Erfüllung dieser Aufgabe gehört aber auch die Durchführung des Prozesses, dessen Ausgang für die Masseverteilung erheblich ist.

3. PosMSchr. **08** 28 (Königsberg). Die Veräußerung der Streitsache während des Prozesses ist einflußlos; sie kann daher auch nicht das Erlöschen des vorhandenen Feststellungsinteresses zur Folge haben.

4. SchlHolstAnz. **08** 27, OLG. **17** 318 (Kiel). Ein zwischen dem Zedenten und dem Schuldner abgeschlossener Prozeßvergleich ist auch für den Zessionar wirksam, dem die Forderung während der Rechtshängigkeit abgetreten ist.

5. **RG.** VII. JW. **08** 303 Ziff. 11. Nur in rein prozessualer Beziehung ist der Abtretung des Klaganspruchs eine Einwirkung auf die Streitsache entzogen. Die materiellen Rechtsfolgen der Abtretung des rechtshängigen Anspruchs treten auch während des Rechtsstreits ein. Infolgedessen kann der Kläger nach der Abtretung seinen Antrag dahin abändern, daß er Leistung an den Zessionar begehrt; er muß dies tun, sobald der Beklagte die geschehene Abtretung geltend macht. — Ebenso **RG.** V. JW. **08** 407 Ziff. 9.

6. PrOVG. **52** 211. § 265 Abs. 2 findet auch auf das Verwaltungsstreitverfahren Anwendung.

7. S a w i t z , Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 113 ff. Die Rechtshängigkeit darf im Grundbuch eingetragen werden (vgl. oben Ziff. I 1 zu § 892 BGB.).

§ 266. LeipzZ. **08** 630 Ziff. 9 (Colmar). Solange der Rechtsnachfolger nicht — sei es freiwillig, sei es auf Antrag des Klägers — den Rechtsstreit als Hauptpartei übernommen hat, bleibt der ursprüngliche Beklagte zur Vornahme aller Prozeßhandlungen befugt.

§ 268. 1. Z i f f. 1. a) K e i n e K l a g ä n d e r u n g. α. Keine Klagänderung ist die Berichtigung einer u n g e n a u e n P a r t e i b e z e i c h n u n g. **RG.** JW. **08** 543 Ziff. 1. Geklagt war gegen den Königlich Preußischen Fiskus, gemeint war der Reichsmilitärfiskus. — **RG.** VII. **68** 280, R. **08** II 374 Ziff. 2203. Ist gegen die Stadtgemeinde und das Kuratorium der städtischen Sparkasse geklagt, so ist die Änderung des Rubrums, daß nur die erstere verklagt ist, zulässig. — **RG.** VI. R. **08** II 133 Ziff. 807. Ist gegen den Einzelkaufmann und daneben gegen seine Firma geklagt worden, so ist die Richtigstellung des Rubrums ohne weiteres zulässig. β. **RG.** V. BayRpflZ. **08** 308, SächsRpflA. **08** 359. In einer veränderten juristischen Würdigung des unveränderten Tatsachenmaterials ist eine Klagänderung nicht zu erblicken, so wenn der Kläger, nachdem er in erster Instanz sämtliche die Anfechtung begründenden Tatsachen angeführt hat, erst in zweiter Instanz geltend macht, daß seine Klage als Anfechtungsklage begründet sei. — Ebenso PosMSchr. **08** 73 (Marienwerder). Übergang von der Klage aus kumulativer Schuldübernahme zur Bürgschaftsklage ohne Änderung der Tatsachen. γ. SeuffA. **63** Ziff. 25 (München). Darin, daß

die beantragte Vertragsaufhebung, welche anfangs auf § 823 BGB. gegründet wurde, nunmehr auf § 123 BGB. gestützt wird, ist eine Klagänderung nicht zu finden. δ. **RG.** V. R. **08** II 472 Ziff. 2693. Hat ein Darlehnsschuldner mit der Behauptung, das Darlehen sei zurückgezahlt, mit der Klage die Rückgabe der für die Darlehnsschuld gegebenen Sicherheit verlangt, so ist es keine unzulässige Klagänderung, wenn die ursprüngliche Behauptung, die Tilgung der Darlehnsschuld sei durch Verrechnung erfolgt, später durch die Behauptung einseitiger Aufrechnung ersetzt wird. ε. PosMSchr. **09** 15 (Posen). Eine Klage, welche auf Anerkenntnis des Beklagten gestützt ist, wird dadurch nicht geändert, daß nachträglich die die Grundlage des Anerkenntnisses bildenden Tatsachen anders dargestellt werden. ζ. **RG.** VII. R. **08** II 627 Ziff. 3449. Der Übergang vom Schadensersatz- zum Bereicherungsanspruche stellt eine Klagänderung nicht dar, wenn die Schädigung des Klägers die Bereicherung des Beklagten zur Folge gehabt hat; in solchem Falle ist in der Erhebung des Schadensersatzanspruchs gleichzeitig die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs zu finden. **b**) Klagänderung. α. **RG.** IV. JW. **08** 44 Ziff. 20. Der Antrag, an Stelle des Beklagten einen Dritten, welcher eigentlich von vornherein hätte verklagt werden müssen, zu verurteilen, enthält eine Klagänderung. — Ebenso **RG.** I. GruchotsBeitr. **08** 687, vgl. ferner BuschsZ. **38** 547 (Breslau) und NaumburgAK. **08** 22 (LG. Magdeburg). β. **RG.** II. LeipzZ. **08** 64 Ziff. 32. Ist der Konkursverwalter als solcher verklagt, so bildet der Antrag, ihn auch persönlich zu verurteilen, eine Klagänderung. γ. OLG. **17** 145 (Braunschweig). Eine Klagänderung liegt vor, wenn an Stelle der oHG. ein Gesellschafter verklagt werden soll. δ. OLG. **17** 147 (Braunschweig). Wenn nach zugelassenem Eintritt eines neuen Klägers der ursprüngliche wieder eintreten will, liegt Klagänderung vor. ε. OLG. **17** 146 (Kiel). Wird an Stelle der Bereicherung als Klagegrund die Anfechtung gemäß § 3 Nr. 1—4 AnfG. gesetzt, so liegt eine Klagänderung vor. ζ. ElsLothJZ. **08** 233 (Colmar). Es ist unzulässig, von der Klage auf Zahlung eines Saldos zu der auf Zahlung eines einzelnen dem Saldo zugrunde liegenden Postens überzugehen. η. **RG.** II. R. **08** II 707 Ziff. 3851. Wird die anfangs auf Anfechtung des klagebegründenden Vertrags wegen Irrtums und Betrugs gegründete Widerklage nachträglich auf Nichtigkeit des Vertrags gestützt, so liegt Klagänderung vor: der Beklagte kann allerdings selbst noch in zweiter Instanz von der Anfechtung zur Nichtigkeitsbehauptung übergehen, aber nur als Beklagter; als Widerkläger steht er einem Kläger gleich. ϑ. ElsLothJZ. **08** 573 (Colmar). War die Klage auf Zahlung eines Kaufpreises gerichtet, so liegt eine unzulässige Klagänderung vor, wenn der Kläger im Laufe des Verfahrens Herausgabe der Bereicherung wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags verlangt. ι. BadRpr. **08** 41 (Karlsruhe). War ursprünglich aus einem zugunsten des Klägers als Dritten abgeschlossenen Vertrage geklagt worden, so liegt in der Behauptung, daß der Vertragschließende seinen Anspruch an den Kläger abgetreten habe, eine Klagänderung.

2. Ziff. 2. a) **RG.** II. R. **08** II 707 Ziff. 3855. Der Klagantrag auf Untersagung weiterer Verletzungen der Warenzeichenrechte des Klägers enthält gegenüber der ursprünglich allein angestellten Klage auf Schadensersatz wegen solcher Zeichenverletzungen keine unzulässige Klagänderung. **b**) PosMSchr. **07** 111 (Stettin). Die Erhebung eines Schadensersatzanspruchs, nachdem ursprünglich auf Wiederherstellung geklagt und diese im Laufe des Rechtsstreits erfolgt ist, enthält keine Klagänderung. **c**) HansGZ. **08** Beibl. 87 (Hamburg). Wird neben Schadensersatz wegen Körperverletzung nachträglich noch Schmerzensgeld gefordert, so liegt eine zulässige Klagerweiterung vor.

3. Ziff. 3. a) *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 610. § 268 Ziff. 3 findet analoge Anwendung, wenn sich infolge eines nachträglichen Ereignisses die Hauptsache erledigt (vgl. unten Ziff. I zu § 271). **b**) SeuffA. **63** 329, OLG. **17** 144 (Cassel). Die Anführung in der Berufungsinstanz, daß die vom Kläger anfangs nur im Arrest-

wege gepfändete Forderung ihm inzwischen auch zur Einziehung überwiesen worden sei, enthält keine Klagänderung.

§ 270. **RG.** III. WarnErgbd. **08** Ziff. 556. § 270 findet auch Anwendung, wenn die Klagänderung in dem Eintritt einer dritten Person in den Rechtsstreit besteht.

§ 271. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 595 ff. Ist die Klage ohne Zustimmung des Gegners unzulässigerweise zurückgenommen, so kann der Kläger sie wieder aufnehmen. — Keine Klagerücknahme ist es, wenn der Kläger die Klage deshalb nicht aufrechterhält, weil sein Recht durch einen nachträglichen, unverschuldeten Umstand beendet ist. Darin liegt eine Beschränkung des Klaganspruchs auf die Kosten, zulässig in analoger Anwendung des § 268 Nr. 3, nicht Nr. 2. Dagegen liegt Klagerücknahme vor, wenn der Kläger ohne zwingenden Grund bzw. ohne Anführung eines Erledigungsgrundes die Klage nicht mehr aufrechterhält oder wenn der Erledigungsgrund vor der Klagerhebung liegt (623 ff.).

2. R. **08** II 628 Ziff. 3450 (Hamburg). In der Erklärung des Klägers, daß der Hauptanspruch erledigt und Kläger befriedigt sei, liegt keine Zurücknahme der Klage, auch kein Verzicht auf den Klaganspruch. — Ebenso WürttZ. **21** 30 (Stuttgart).

3. **RG.** VI. BayRpflZ. **08** 43. Nimmt der Kläger in der Berufungsinstanz die Klage zurück, so wird dadurch die Zurücknahme des Rechtsmittels durch den Beklagten nicht gegenstandslos; sie ist dahin zu würdigen, daß der Beklagte, nachdem die Hauptsache durch die Zurücknahme erledigt ist, nun auch auf die Kostenentscheidung verzichten will.

4. OLG. **17** 148, HansGZ. **08** Beibl. 110 (Hamburg). Der Beklagte hat im Falle der Klagerücknahme ein Recht auf Kostenurteil, ohne daß es darauf ankommt, ob er an Kosten zu viel gefordert hat oder ob die bisher entstandenen Kosten bereits bezahlt sind. Das rechtskräftige Kostenurteil gewährt dem Beklagten Vorteile, welche auch durch die freiwillige Zahlung der Kosten nicht gegenstandslos werden, indem nämlich die Zahlung nun nicht mehr nachträglich aus Gründen angefochten werden kann, welche dem rechtskräftigen Urteile gegenüber versagen. — Ebenso SeuffA. **63** 474 (Dresden). — AM. OLG. **17** 149 (KG.). Steht fest, daß dem Beklagten Kosten nicht erwachsen sind, oder daß er alle ihm erwachsenen Kosten erhalten hat, so ist sein Antrag auf Kostenurteil als gegenstandslos zurückzuweisen. — Ebenso HessRsp. **9** 131, NaumburgAK. **08** 93 (Darmstadt).

5. Vgl. § 91 II Ziff. 1.

§ 272. **RG.** III. R. **08** II 306 Ziff. 1838. Die Norm des § 272 geht als die speziellere der des § 131 ZPO. vor.

§ 274. 1. Ziff. 1. BadRpr. **08** 77 (Karlsruhe). Bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ist nur zu untersuchen, ob das angerufene Gericht für die Klage so, wie sie erhoben wurde, zuständig ist, nicht auch, ob die zur Begründung der Zuständigkeit angeführten Behauptungen wahr sind.

2. Ziff. 3. a) **RG.** V. R. **08** II 272 Ziff. 1598. Soweit vereinbarungsgemäß die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs durch die Verpflichtung, zuvor einen Schiedsspruch herbeizuführen, beschränkt ist, ist die beteiligte Partei, solange sie diese Verpflichtung unerfüllt läßt, nicht klageberechtigt, auch nicht mit dem Antrage, die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung der Entschädigung in der durch den Schiedsspruch zu bestimmenden Höhe festzustellen (**RG.** JW. **91** 415 Ziff. 21, SeuffA. **57** 422). — **b)** OLG. **17** 149 (Braunschweig). Im Gegensatze zum Schiedsrichter, dessen Aufgabe es ist, den Rechtsstreit, sei es im ganzen, sei es hinsichtlich einzelner Teile, unter Anwendung von Rechtsnormen zu entscheiden, hat der Schiedsgutachter lediglich über tatsächliche Verhältnisse ein bindendes Gutachten abzugeben. Die Vereinbarung, daß der Entscheidung ein Schiedsgutachten vorauszugehen habe, begründet nicht eine prozeßhindernde Einrede, sondern kann höchstens

dazu führen, daß der Beklagte nach Verhandlung zur Hauptsache Klagabweisung verlangen kann. — Ebenso HansGZ. **08** 119 (Hamburg). Die Vereinbarung, daß gewisse Streitfragen durch Schiedsmänner zu erledigen seien — eine solche ist in der Vertragsklausel „Hamburger Arbitrage" zu finden —, begründet nicht die prozeßhindernde Einrede des Schiedsvertrags, ist vielmehr nur in der Verhandlung zur Hauptsache bei den betreffenden Streitpunkten geltend zu machen.

3. Ziff. 6. OLG. **17** 322 (München). Der Kläger kann gegenüber der prozeßhindernden Einrede des § 274 Ziff. 6 geltend machen, daß ihm bei der Zurücknahme der früheren und der Erhebung der neuen Klage eine Vexationsabsicht ferngelegen habe, so wenn die erste Klage durch ein Versehen bei einem örtlich unzuständigen Gericht erhoben war.

4. Ziff. 7. Über die „Zulassungsstreitigkeiten" aus § 274 Ziff. 7 handelt ausführlich Nußbaum, Prozeßhandlungen 105 ff.

§ 275. 1. BuschsZ. **38** 425 (Darmstadt). Der Antrag auf Verweisung an die Kammer für Handelssachen ist vor den prozeßhindernden Einreden zu verhandeln.

2. R. **08** II 375 Ziff. 2205 (Frankfurt). Über die Einrede der Unzuständigkeit ist, falls der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, auch dann durch besonderes Urteil vorabzuentscheiden, wenn, um die Zuständigkeit oder Unzuständigkeit darzutun, die Parteien das Sachverhältnis schon völlig vortragen mußten und das Gericht auf Grund dieses Vortrags bereits zur Überzeugung gelangt ist, daß der Klaganspruch materiell nicht begründet sei.

3. **RG.** V. R. **09** Ziff. 109. Hatte weder der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, noch war abgesonderte Verhandlung angeordnet worden, so erwächst das über die prozeßhindernde Einrede erlassene Zwischenurteil nicht in Rechtskraft. — Ebenso HansGZ. **08** Beibl. 208 (Hamburg).

4. **RG.** VI. R. **08** II 374 Ziff. 2204. Wird ein die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verwerfendes Zwischenurteil mit Erfolg angefochten, so hat das in der Rechtsmittelinstanz ergehende, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisende Urteil ohne weiteres die Wirkung, daß ein in der unteren Instanz inzwischen zur Hauptsache ergangenes Urteil hinfällig wird. Gleichwohl ist, wenn auch gegen letzteres ein Rechtsmittel eingelegt ist, dieses Urteil ausdrücklich mit aufzuheben. — AM. Schleyer, DJZ. **08** 1156. Hat das Gericht erster Instanz die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts durch Zwischenurteil verworfen und darauf, nachdem inzwischen die Berufungsinstanz das Zwischenurteil aufgehoben und die Klage auf Grund der prozeßhindernden Einrede abgewiesen hatte, auf Grund einer Verhandlung zur Hauptsache den Beklagten durch Versäumnisurteil nach dem Klagantrage verurteilt, so ist weder das klagabweisende Urteil der oberen Instanz, noch, nachdem die Einspruchsfrist verstrichen ist, das verurteilende Erkenntnis der unteren Instanz aus der Welt zu schaffen. Da aber die Wirkung des Versäumnisurteils weiter reicht als die des zweitinstanzlichen Urteils, welches nur die Feststellung der Unzuständigkeit enthält, so ist die Vollstreckung des ersteren Urteils zulässig.

§ 279. 1. Geißmar, R. **08** 33. Eine Zurückweisung von verzögernden Beweisanträgen, welche der Beklagte zur Begründung einer Widerklage vorbringt, ist nicht zulässig. Daher können die Beweisanträge des Widerklägers erst dann zurückgewiesen werden, wenn das Gericht die Überzeugung gewinnt daß überhaupt keine ernst gemeinte Beweisführung, sondern nur Verzögerung der Verurteilung bezweckt wird.

2. **RG.** II. JW. **08** 558 Ziff. 20. Die Zurückweisung eines Verteidigungsmittels fordert einen dahingehenden Antrag der Gegenpartei; im bloßen Bestreiten ist ein solcher nicht zu finden.

§ 280. 1. **RG.** II. WarnErgbd. **08** Ziff. 550. Für eine Inzidentfeststellungswiderklage nach § 280 ist die Darlegung eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung nicht erforderlich. — Ebenso **RG.** III. ebenda Ziff. 407.

2. **RG.** IV. JW. **08** 202 Ziff. 20, BayRpflZ. **08** 144, PosMSchr. **08** 40. Die Behauptung, daß die Ehe der Beklagten nicht gültig zustande gekommen sei, kann vom Kläger zum Gegenstand einer Inzidentfeststellungsklage gemacht werden und zwar auch dann, wenn die Ehe inzwischen durch den Tod des anderen Ehegatten gelöst worden ist, sofern nur noch die rechtlichen Wirkungen der Ehe fortdauern.

3. R. **08** II 272 Ziff. 1599 (Frankfurt). Wenn der Beklagte im Laufe des Prozesses eine Gegenforderung aufrechnend geltend gemacht hat, die Aufrechnung aber prozessual unzulässig ist, mithin von ihrem Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits nicht abhängt, so ist eine Inzidentklage des Klägers auf Feststellung, daß dem Beklagten die behauptete Forderung nicht zustehe, unzulässig.

§ 282. 1. Rosenthal, Zum Stande der Beweislastfrage, JW. **08** 257, spricht sich gegen die in ihrer übergroßen Strenge praktisch unbrauchbare Beweislastlehre Stölzels aus. Er verweist den Praktiker auf die Theorie Leonhards, welche das Gebiet der Beweislast schärfer von dem der Beweisführung abgrenzt: alle Klagetatsachen sind vom Kläger zu beweisen; eine Verteilung der Beweislast findet nicht statt. Dagegen gehören die Fragen, wie der Beweis zu führen, unter welchen Umständen er als geführt anzusehen ist, zur Beweisführung, welche je nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen sei. Auf die Entgegnung Stölzels ebenda 393 repliziert Rosenthal das. 647 (vgl. oben den Anhang zum Allgemeinen Teile des BGB.).

2. Oehlert, SeuffBl. **08** 740. Bei der Entschädigungsklage wegen Versäumung der Einlegung eines Rechtsmittels kann das Gericht entweder zu dem Ergebnisse gelangen, daß das Rechtsmittel Erfolg oder daß es keinen Erfolg gehabt haben würde oder daß — wegen zweifelhafter Tat- oder Rechtsfragen — weder das eine noch das andere mit Sicherheit angenommen werden könne. In diesem letzteren Falle will Oehlert mit der Erwägung Abhilfe schaffen, daß die Folge der fahrlässigen Versäumung der Einlegung des Rechtsmittels die Unmöglichkeit der Beweisführung, daß ein obsiegliches Urteil erzielt worden wäre, sei, mithin nach allgemeinen Grundsätzen eine Umkehrung der Beweislast zum Nachteile des verklagten Rechtsanwalts eintreten müsse. Gegen Oehlert äußert sich Lissauer, SeuffBl. **09** 56. ➠ Die Ansicht Oehlerts scheint mir auf einer Verkennung des Wesens des Zivilprozesses zu beruhen. Geht man davon aus, daß die Aufgabe des Prozeßrichters in der Anwendung des bestehenden Rechtes auf den zu entscheidenden Tatbestand (und nicht etwa in der „freien Rechtsfindung durch Interessenwägung") besteht, so hängt der Regreßanspruch gegen den säumigen Anwalt lediglich davon ab, ob das Rechtsmittelgericht zugunsten des jetzigen Klägers, wenn es richtig entschieden haben würde, erkannt hätte oder nicht. Mehrere „richtige Entscheidungen" kann es im ordentlichen Prozeß im Gegensatze zum Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit und zum Verwaltungsprozesse nicht geben, selbst bei „zweifelhaften Tat- und Rechtsfragen" nicht (das muß sogar für die sog. Billigkeitsentscheidungen gelten, und zwar auch für solche, welche, wie die Grenzermittelungsklage des § 920 Abs. 2, ihrem Wesen nach richtiger dem Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit zuzuweisen wären). Die Behauptung, daß das für das Rechtsmittel zuständige Gericht anders, also unrichtig, entschieden haben würde, ist demgegenüber zulässig; die Beweislast trifft den verklagten Anwalt. Red. ⟵

3. Meyer, R. **09** 26. Der Beklagte, welcher sich auf Verjährung des Klageanspruchs beruft, hat den Zeitpunkt des Beginns der Verjährung zu behaupten und zu beweisen.

4. **RG.** III. JW. **08** 685 Ziff. 20. Der Kläger braucht nur den Beweis für die regelmäßigen Entstehungstatsachen des von ihm in Anspruch genommenen Rechtes zu führen; die Beweislast für die entstehungshindernden und aufhebenden Tatsachen trifft den Beklagten.

5. **RG.** II. **68** 305, JW. **08** 430 Ziff. 1, DJZ. **08** 818. Der auf Zahlung des Kaufpreises belangte Käufer, welcher behauptet, daß ihm bei Abschluß des Kaufvertrags Befristung erteilt worden sei, bringt nicht ein selbständiges Verteidigungsmittel vor, sondern leugnet den Klagegrund. Anders bei nachträglicher Gewährung der Stundung. Anders auch beim Darlehen: der Kläger, welcher seinen Anspruch auf Darlehnsrückzahlung nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist stützt, braucht nicht noch weiter zu behaupten, daß diese Frist vereinbart worden sei; daher sind die Modalitäten der Rückzahlung von dem zu beweisen, welcher sich darauf beruft.

6. **RG.** II. SächsRpflA. **08** 358, BayRpflZ. **08** 378. Die Behauptung des auf Zahlung des Kaufpreises Verklagten, daß der Kläger die Ware, welche er vereinbarungsgemäß statt dem Käufer einem Dritten zu überliefern hatte, getroffener Vereinbarung zuwider ohne Zahlung des Kaufpreises ausgehändigt habe, stellt sich als motiviertes Leugnen dar; der Kläger ist diesem Vorbringen gegenüber zum Beweise vertragsmäßiger Erfüllung verpflichtet.

7. **RG.** DJZ. **08** 971. Die Beweislast dafür, daß eine Person nicht die Einsicht zur Beurteilung der Folgen einer Handlung gehabt habe, trifft die Partei, welche sich auf diesen Mangel beruft.

8. DJZ. **08** 672 (Colmar). Die Beweislast für die Bescholtenheit der Braut trifft den deswegen zurücktretenden Verlobten.

9. Einzelne Beweislastfragen sind in den Entscheidungen R. **08** II 19 Ziff. 112 (Colmar) und 98 Ziff. 571 (Stuttgart) erörtert.

§ 286. 1. Beweismittel und sonst zulässige Erkenntnisquellen. a) Beweis der Erbfolge. **RG.** IV. GruchotsBeitr. **52** 1096. Im Prozesse bedarf es zum Beweis einer Erbfolge nicht der Vorlage eines Erbscheins. Der Beweis kann vielmehr mit beliebigen anderen Beweismitteln geführt werden. **b)** Ermittelung geschichtlicher Tatsachen. **RG.** IV. WarnErgbd. **08** Ziff. 408. Für die Beantwortung von Fragen, welche der allgemeinen Geschichte angehören, darf der Prozeßrichter auch ohne besonderes Beweisanerbieten der Parteien und unter Absehen von dem angebotenen Materiale selbständig zur Bildung seines Urteils alle vorhandenen wissenschaftlichen Hilfsmittel benutzen. **c)** Schlüsse aus dem Verhalten der Partei. R. **08** II 703 Ziff. 3856 (Colmar). Das Gericht ist in der Lage, aus der durch die Beweisaufnahme festgestellten Tatsache, daß eine Partei bewußt wahrheitswidrige Behauptungen aufgestellt hat, den Schluß zu ziehen, daß auch andere von ihr aufgestellte Behauptungen, über welche ein Beweis noch nicht erhoben ist, unwahr sind. **d)** Gutachten auf Grund privater Information. **RG.** VII. BadRpr. **08** 200. Es ist zulässig, der Entscheidung ein Gutachten zugrunde zu legen, in welchem Angaben eines Zeugen verwertet worden sind, welche dieser nach seiner Vernehmung dem Sachverständigen gegenüber außergerichtlich gemacht hat.

2. Benutzung der in einem anderen Verfahren aufgenommenen Beweise. **a)** Unmittelbare Benutzung. R. **08** II 170 Ziff. 1006 (BayObLG.). Verwerten die Parteien bei der mündlichen Verhandlung das Beweisergebnis eines unmittelbar vorher vor dem gleichen Gerichte verhandelten Prozesses, so ist auch dem Gerichte die freie Würdigung und Benutzung der dortigen Zeugenaussagen gestattet. **b)** Mittelbare Benutzung (als Urkundenbeweis). α. **RG.** VI. R. **08** II 306 Ziff. 1839. Die Benutzung einer eidlichen Vernehmung des später zur Partei gewordenen Zeugen ist statthaft. β. **RG.** VII. WarnErgbd. **08** Ziff. 1231. Ebenso die Erklärungen einer Partei in einem früheren Prozesse. γ. **RG.** VI. R. **08** II 99 Ziff. 575. Ebenso die eidliche Schätzung eines Schadens durch die Partei in einem früheren Prozesse. δ. **RG.** V. SächsRpflA. **08** 245. Ebenso die Zeugenaussage des jetzigen gesetzlichen Vertreters einer Partei in einer Strafsache. ε. **RG.** III. JW. **08** 75 Ziff. 10. Die

Verwertung der in einem anderen Prozeß erstatteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen als Urkundenbeweis auf Antrag der beweispflichtigen Partei ist zulässig (**RG. 15** 335, 342, **28** 411, **46** 410). Ein Protest der Gegenpartei gegen den an sich zulässigen Beweisantritt ist bedeutungslos (**RG. 46** 414); anders liegt die Sache, wenn die Gegenpartei ausdrücklich die Vernehmung der im Vorprozesse vernommenen Zeugen und Sachverständigen beantragt (**RG. 46** 412, GruchotsBeitr. **35** 1188, **40** 1123, JW. **97** 168, 343, **00** 292, **02** 588). ζ. **RG.** VII. R. **08** II 401 Ziff. 2353. Hat eine Partei in der ersten Instanz gegen die Benutzung der in einem anderen Verfahren stattgehabten Beweisaufnahme keinen Widerspruch erhoben, so kann sie ihre Zustimmung für die zweite Instanz gleichwohl noch versagen, wenn — was im Zweifel geschehen muß — anzunehmen ist, daß sich die Einigung der Parteien nur auf die erste Instanz beziehen sollte. η. **RG.** VII. R. **08** II 401 Ziff. 2354. Der Widerspruch einer Prozeßpartei gegen die Verwertung der in beigezogenen Strafakten befindlichen, von Polizeibeamten aufgenommenen Vernehmungsprotokolle als Beweismittel ist auch auf die in diesen Strafakten enthaltenen, durch Polizeibeamte erstatteten Berichte, welche auf Mitteilungen über Beobachtungen anderer Parteien beruhen, mitzubeziehen. ϑ. **RG.** III. R. **08** II 628 Ziff. 3453. Die Verwendung von Administrativerhebungen als Urkundenbeweis ist nicht unzulässig.

3. Ablehnung von Beweisanträgen. a) Zulässig. α. **RG.** IV. R. **08** II 134 Ziff. 812. Die Ablehnung eines Beweisantritts, dessen Nutzlosigkeit in jeder Richtung von vornherein mit Sicherheit zu übersehen ist, ist statthaft (**RG.** JW. **00** 894 Ziff. 3). — Ebenso **RG.** V. R. **08** II 595 Ziff. 3293. Haben zwei Ärzte, welche den Vertragschließenden genau gekannt haben, ihn als geistig minderwertig erklärt, so ist der für das Gegenteil angebotene Beweis (Zeugnis des Notars und dessen Bureauvorstehers) überflüssig. β. **RG.** II. R. **08** II 272 Ziff. 1601. Auf Grund eigener Sachkenntnis darf das Gericht eine Sachverständigenbeweiserhebung darüber ablehnen, ob das Vorhandensein von Wanzen in einem Gasthause von den Käufern als ein erheblicher Mangel angesehen werde. γ. **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 247. In der Nichtvereidigung eines an sich zu vereidigenden Zeugen ist eine Verletzung des § 286 ZPO. nicht zu finden, wenn das Gericht die Überzeugung gewonnen hat, daß die durch die anderweite Beweisaufnahme bereits begründete gegenteilige Überzeugung auch durch die Beeidigung des Zeugen nicht mehr zu erschüttern ist. b) Unzulässig. **RG.** II. JW. **08** 685 Ziff. 19. Das Gericht kann nicht die Vernehmung eines Zeugen mit der Begründung ablehnen, daß der Zeuge voraussichtlich nicht glaubwürdig sein werde; ebenso nicht, **RG.** VI. R. **09** Ziff. 110, mit der Erwägung, daß, wenn er das Beweisthema wirklich bestätigen würde, mit einem Mißverständnis auf seiner Seite gerechnet werden müsse.

4. Beweiswürdigung. a) **RG.** V. R. **08** II 272 Ziff. 1600. Der Richter ist nicht verpflichtet, unter allen Umständen zu einer Überzeugung darüber zu gelangen, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr oder als nicht wahr zu erachten sei. Kommt der Richter zu dem Ergebnisse, daß er eine bestimmte Überzeugung nicht habe gewinnen können, so ist die Folge, daß die Partei, welche den ihr obliegenden Beweis nicht erbringen konnte, unterliegt. b) **RG.** VI. R. **08** II 99 Ziff. 574. Kraft der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung ist das Gericht nicht behindert, die Aussage eines Zeugen zum Teil als glaubhaft und beweisend, zum Teil als unglaubhaft anzusehen. c) **RG.** I. R. **08** II 570 Ziff. 3150. Das Gericht ist in der Würdigung des vorgetragenen tatsächlichen Materials frei. Es braucht insbesondere bei der Auslegung eines vorgetragenen Vertrags nicht den Ausführungen einer der Parteien zu folgen. d) **RG.** VII. R. **08** II 402 Ziff. 2355. Es ist keine unzulässige Ergänzung des Parteiwillens, sondern eine dem Gerichte zustehende Ermittelung desselben, wenn es die Folgen des Vertragswortlauts für einen Fall feststellt, den sich die Parteien beim Vertragsabschlusse „nicht völlig ausgedacht" haben; denn damit sind diese Folgen

noch nicht außerhalb des Willensbereichs getreten. e) **RG.** VI. R. **08** II 98 Ziff. 573. Das Gericht ist in der Lage, das Vorhandensein eines ursächlichen Zusammenhanges in freier Würdigung des Sachverhalts als festgestellt anzusehen, auch wenn die theoretische Möglichkeit, daß andere als die von ihm als verursachend angesehenen Vorgänge ausschlaggebend gewesen sind, nicht schlechthin ausgeschlossen erscheint.

5. Angabe der leitenden Überzeugungsgründe im Urteile. a) **RG.** V. Warneyer **08** II 411. Das Gericht braucht nur die für die Begründung seiner Überzeugung leitend gewesenen Gesichtspunkte darzulegen. Im übrigen genügt es, wenn aus den Gründen zu erkennen ist, daß die nicht besonders erörterten Tatsachen oder Beweisanträge nicht etwa übersehen, sondern als bedeutungslos angesehen worden sind. b) **RG.** III. R. **08** II 628 Ziff. 3451. Zur Nichtbeachtung einer erwiesenen Erklärung genügt die Begründung, „es handle sich nur um eine Redensart", nicht. c) R. **08** II 472 Ziff. 2694 (BayObLG.). Das Gericht ist nicht verpflichtet, sich über das Gutachten jedes einzelnen Sachverständigen besonders auszusprechen; der Umstand, daß ein Gutachten nicht ausdrücklich angeführt ist, rechtfertigt nicht die Annahme, daß das Gericht dieses Gutachten übersehen habe.

§ 287. 1. Foß, Die Gestaltung der Schädenprozesse. Göttinger Diss. (Eisenach 1909).

2. **RG.** VI. JW. **08** 196 Ziff. 10. Hohe Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Krankheitserscheinung und Unfall ist ausreichend; mathematische Gewißheit kann nicht verlangt werden.

3. **RG.** VII. R. **08** II 500 Ziff. 2856. Steht das Vorhandensein eines Schadens und die Ersatzpflicht fest, so darf der Richter einen bestimmten einzelnen Faktor der vom Geschädigten aufgestellten Berechnung nicht deshalb ablehnen, weil insoweit nicht substantiiert genug alle die Tatsachen behauptet und unter Beweis gestellt seien, aus denen ein zwingender Schluß auf die Schadensziffer gezogen werden könnte.

4. **RG.** II. R. **08** II 708 Ziff. 3857. Bei einer Schadensersatzklage darf die Berücksichtigung einer künftigen Gehaltserhöhung nicht deswegen abgelehnt werden, weil weder der Betrag noch der Zeitpunkt der Zulage mit Sicherheit festgestellt sei.

5. **RG.** VI. R. **08** II 99 Ziff. 576. Ist anzunehmen, daß sich der körperliche Zustand des Verletzten mit der Zeit bessert, so ist es nicht unzulässig, bei der Abstufung der für verminderte Erwerbsfähigkeit zuzusprechenden Rente die nach den Erfahrungen des Reichsversicherungsamts aufgestellte Schadensskala für die Berechnung der prozentualen Besserung des Erwerbsstandes eines Verletzten entsprechend anzuwenden.

6. a) **RG.** VI. JW. **08** 140 Ziff. 10. Bei Zusprechung lebenslänglicher Renten gemäß § 843 BGB. ist, sofern nicht anzunehmen ist, daß der entgangene Erwerb ohne den vom Beklagten zu vertretenden Vorgang bis ins hohe Greisenalter möglich gewesen wäre, die mit zunehmendem Alter eintretende Minderung der Erwerbsfähigkeit in Betracht zu ziehen, da sich diese Veränderung nicht als eine die Klage aus § 323 ZPO. begründende darstellt. b) **RG.** VI. JW. **08** 170 Ziff 11. Die Berücksichtigung der künftigen Minderung der Arbeitsfähigkeit kann auch derart erfolgen, daß nur eine Durchschnittsrente zugesprochen wird.

7. **RG.** VI. WarnErgbd. **08** Ziff. 577. Es entspricht der Lebenserfahrung, daß, wenn der Inhaber eines Geschäftsbetriebs, welcher in demselben geistig und körperlich in erheblichem Maße tätig gewesen ist, an seiner Erwerbsfähigkeit einbüßt, hierdurch der Ertrag des Betriebs in der Regel in irgendeiner Weise geschmälert wird.

8. **RG.** VI. WarnErgbd. **08** Ziff. 412. Bei der Schätzung eines Schadens, den ein Gewerbetreibender durch einen Unfall erlitten hat, darf nicht schablonenhaft das vom Sachverständigen ermittelte Maß des Verlustes an physischer Kraft zugrunde gelegt werden. Unter Umständen kann der Schaden hinter den prozentualen Sätzen

des Verlustes zurückbleiben, so wenn er durch Anstellung einer billigeren Hilfskraft ausgeglichen werden kann, unter Umständen kann er ihn aber auch weit übersteigen, insofern nämlich der Geschädigte durch den Unfall an der Fortführung eines durch seine persönliche Geschäftserfahrung bedingten Betriebs gehindert ist.

9. **RG.** VII. **68** 163, JW. **08** 298 Ziff. 4, LeipzZ. **08** 538 Ziff. 19. Bei Prüfung eines Anspruchs auf Ersatz entgangenen Gewinns hat das Gericht, ohne dabei auf das von der Partei vorgebrachte Material beschränkt zu sein, jede nicht ganz entfernte Gewinnmöglichkeit, wie sie sich bei verständiger objektiver Würdigung der Sachlage ergibt, zu berücksichtigen.

10. **RG.** II. **68** 35, JW. **08** 278 Ziff. 17, LeipzZ. **08** 378 Ziff. 26. Die Anwendbarkeit des § 287 ist nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß das Gericht lediglich mittels freier Schätzung zu der Feststellung des Schadens gelangen kann. Auch wenn es das Ergebnis einer stattgehabten Beweisaufnahme benutzen will, ist es, wenn dieses für sich allein ihm nicht als zur Entscheidung ausreichend erscheint, nicht verpflichtet, eine beantragte weitere Beweisaufnahme, sollte diese auch an sich erheblich sein, anzuordnen, sondern es bleibt seinem Ermessen überlassen, „ob und inwieweit" es dies tun oder unter Würdigung aller Umstände, insbesondere des bereits vorliegenden Beweisergebnisses und in Ergänzung desselben, den Schaden frei schätzen will.

11. **RG.** VII. **67** 202, JW. **08** 75 Ziff. 12, SeuffA. **63** 475. Bei der Geltendmachung und Festsetzung der Enteignungsentschädigung handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch im Sinne des § 287 ZPO., sondern um die Ermittelung und den Ersatz des Wertes des enteigneten Grundstücks unter Berücksichtigung der im Enteignungsgesetze für die Wertermittelung aufgestellten Grundsätze. Es ist daher nicht § 287, sondern § 286 ZPO. anzuwenden (**RG. 12** 402, JW. **95** 531 Ziff. 48).

§ 288. 1. **RG. 67** 154, LeipzZ. **08** 164 Ziff. 38. Die Erklärung des Beklagten, er erkenne den Klaganspruch an mit der Maßgabe, daß er nur nach den Kräften des Nachlasses hafte, kann bedeuten, daß er, ohne die materielle Grundlage des Anspruchs anzuerkennen, gegen seine Verurteilung nach Maßgabe seiner Erklärung nichts einwenden wolle; in diesem Falle wird das Anerkenntnis nur dadurch wirksam, daß der Kläger es annimmt und Verurteilung daraufhin beantragt. Die Erklärung kann aber auch als Geständnis der klagebegründenden Tatsachen aufgefaßt werden. Welche dieser beiden Auslegungen zutrifft, ist Sache der tatsächlichen Feststellung.

2. **RG.** VI. R. **08** II 708 Ziff. 3858. Der Kläger, welcher zur Begründung seines Anspruchs gegen den einen Beklagten eine Behauptung aufstellt, die der andere Beklagte zu seiner Verteidigung dem Kläger gegenüber geltend macht, gesteht damit nicht etwa die Richtigkeit dieser Behauptung dem anderen Beklagten gegenüber zu, so daß der letztere insoweit des Beweises überhoben wäre.

3. OLG. **17** 151 (KG.). Der Beklagte, welcher einer auf Zahlung eines angemessenen Betrags gerichteten Klage lediglich eine Gegenforderung entgegenstellt, gesteht damit die Angemessenheit des geforderten Betrags zu.

4. **RG.** IV. WarnErgbd. **08** Ziff. 92. Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist nicht davon abhängig, daß dasselbe zu Gerichtsprotokoll festgestellt, noch daß das darauf ergehende Urteil von dem Gericht in derselben Besetzung, in welcher es die Geständniserklärung entgegengenommen hat, abgegeben wird.

5. **RG.** V. R. **08** II 170 Ziff. 1008. Solange ein Geständnis wirksam besteht, ist das Gericht nicht befugt, die Wahrheit der zugestandenen Tatsache nachzuprüfen, denn durch das Zugeständnis hat die betreffende Partei mit verbindlicher Kraft erklärt, daß die von dem Gegner aufgestellte Behauptung als richtig gegen sie gelten solle.

6. Reichel, AcivPr. **104** 130. Eine Tatsache kann noch wirksam zugestanden werden, nachdem ihr Gegenteil durch Parteieid beschworen oder durch Eidesweigerung festgestellt worden ist. — Ob eine zugestandene Tatsache auch angesichts der nachfolgenden Beweisaufnahme als widerlegt angesehen werden kann, ist zweifelhaft (120).

7. R. **09** Ziff. 323 (Braunschweig). Das Zugeständnis eines Rechtsverhältnisses ist keineswegs unwirksam, sondern hat ähnliche Wirkungen wie ein Anerkenntnis im Sinne des § 307 ZPO.; das entspricht der Natur der Sache und dem praktischen Bedürfnis und ist hinsichtlich des Eigentumsrechts vom **RG. 58** 54 und wegen eines Forderungsrechts ebenfalls vom **RG. 11** 405 sowie vom BayObLG. SeuffA. **62** 471 anerkannt. (Ebenso JDR. **6** § 288 Ziff. 5b [Colmar].)

§ 289. **RG.** II. JW. **08** 430. Wer Stundung behauptet, macht nicht ein selbständiges Verteidigungsmittel geltend, sondern verneint die gegnerischen Behauptungen.

§ 291. Reichel, AcivPr. **104** 127 ff. Behauptungen, welche vom Gegner des Behauptenden zugestanden, welche beschworen oder hinsichtlich deren der Eid geweigert worden ist, sind als widerlegt zu erachten, wenn ihr Gegenteil notorisch ist.

§ 293. **RG.** VI. R. **08** II 239 Ziff. 1417. Für die Ermittelung von Observanzen ist nicht § 286, sondern § 293 maßgebend. Dieser erweitert hinsichtlich der Beweiserhebung die Pflichten wie die Rechte des Gerichts, erstere, weil das Gericht sich nicht auf die von den Parteien angetretenen Beweise beschränken darf, letztere, weil es außer den prozeßordnungsmäßigen Beweismitteln jede geeignete Erkenntnisquelle benutzen darf (**RG. 3** 150, **30** 368, JW. **06** 703 Ziff. 45, GruchotsBeitr. **49** 395, SeuffA. **54** Ziff. 58, **59** Ziff. 44). So kann das Gericht seiner Entscheidung über das Bestehen der Observanz die Aussage eines Zeugen vor einem Bürgermeister zugrunde legen.

§ 294. BreslauAK. **08** 57 (Breslau). Durch die Befugnis, eine Partei durch besondere Anordnung zur eidesstattlichen Versicherung zuzulassen, ist der Richter nicht gehindert, eine ihm in schriftlicher Form vorgelegte eidesstattliche Versichernng zu benutzen.

§ 295. 1. BuschsZ. **38** 237 (Darmstadt). Die Rüge muß in der nächsten mündlichen Verhandlung erklärt werden, auch wenn diese Verhandlung sich nicht auf die Sache erstreckt, sondern z. B. nur auf den Antrag, den Rechtsstreit an die Kammer für Handelssachen zu verweisen.

2. OLG. **17** 151 (KG.). Während der stillschweigende Rügeverzicht voraussetzt, daß nach dem Eintritte des Mangels eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, in welcher der Rügeberechtigte erschienen ist, kann der ausdrückliche Rügeverzicht auch außerhalb der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz erklärt werden.

3. **RG.** I. R. **08** II 708 Ziff. 3859. Hat ein Zeuge bei seiner Vernehmung die Einsendung eines Buchauszugs aus seinen Geschäftsbüchern zugesagt, diese Zusage dann aber nicht gehalten, so kann, wenn in der Instanz selbst keine Bemängelung erfolgte, dieserhalb nicht in der Revisionsinstanz die Aussage als eine unvollständige beanstandet werden.

4. SächsRpflA. **08** 62 (Dresden). Der in der Klagezustellung an eine zur Vertretung des Fiskus in dem betreffenden Verfahren nicht berechtigte Behörde liegende Mangel ist durch Nichtrüge heilbar.

5. SchlHolstAnz. **08** 62 (Kiel). Der Mangel der unterlassenen Beglaubigung der Berufungsschrift ist unverzichtbar.

6. Über Widerklage trotz mangelnden Zusammenhanges vgl. § 33.

§ 297. **RG.** VI. R. **08** II 273 Ziff. 1604. Für die Feststellung der gestellten Anträge ist das Protokoll maßgebend und gegenüber dem abweichenden Urteilstatbestande beweisend.

§ 299. 1. Arlt, DJZ. **08** 474. Der Gläubiger, dessen Schuldner auf Betreiben eines anderen Gläubigers den Offenbarungseid geleistet hat, ist hinsichtlich dieses früheren Offenbarungseidsverfahrens nicht als Partei anzusehen. Er kann daher nicht gemäß § 299 Abs. 1 Abschrift des vom Schuldner beschworenen Vermögensverzeichnisses, sondern nur gemäß § 299 Abs. 2, sofern er durch Überreichung seines Schuldtitels ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, Einsicht in die Akten verlangen. Da namentlich dem auswärts wohnenden Gläubiger damit wenig gedient ist, so empfiehlt es sich, das Gesetz dahin zu ergänzen, daß jeder Gläubiger einen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift hat.

2. HessRspr. **9** 27 (LG. Gießen) hält den Antrag von seiten eines Dritten auf Erteilung einer Abschrift des Vermögensverzeichnisses für unzulässig.

3. Dagegen ist das LG. Kiel, NaumburgAK. **08** 30, DGerSekrZ. **08** 55, der Meinung, daß das Recht auf Einsicht auch das auf Erteilung von Abschriften in sich schließe.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Die widerspruchsvolle Rechtsprechung des RG. in der Frage der Unterscheidung zwischen Urteilen gemäß § 303 und § 304 ZPO. ist unten zu § 304 Ziff. 6 hervorgehoben worden. — Eine bedenkliche Neuschöpfung ist das Anerkenntnisurteil über den Grund (vgl. § 307 Ziff. 3). — Die schwierige Frage der Anerkennung kalifornischer Urteile im Inland ist vom OLG. Colmar mit sehr beachtenswerter Begründung verneint worden (§ 328 Ziff. 5 b η).

Vor § 300. Nußbaum, Die Prozeßhandlungen, scheidet die nicht vollwirksamen richterlichen Entscheidungen in solche, welchen zwar keine Dezisivkraft, wohl aber prozeßleitende Bedeutung zukommt, und in solche, welche weder die eine noch die andere Wirkung haben; die letzteren sind „ungültig", die ersteren gültig, aber „unwirksam". Voraussetzungen einer gültigen Entscheidung sind nur folgende: a) Die Entscheidung muß von „dem Gerichte", sei es auch dem vorschriftswidrig besetzten, ergangen sein. b) Das Gericht muß seinen Willen in der durch das Prozeßgesetz mit zwingender Kraft vorgeschriebenen Form bekannt gemacht haben. c) Die Person, für oder gegen welche der Akt ergeht, muß vorhanden sein. d) Sie darf auch nicht exterritorial sein. Dagegen scheiden aus dem Kreise der Voraussetzungen gültiger Entscheidung aus: α. die Tatumstände, deren Mangel die Wiederaufnahmeklagen begründen, β. die Tatumstände, die nur mit den ordentlichen Rechtsmitteln oder gar nicht geltend gemacht werden können.

§ 300. 1. Stölzel, Klage auf Zahlung und Feststellungsklage, R. **08** 398, setzt sich mit einigen seiner Gegner in Sachen der Eventualaufrechnung auseinander. Zur Unterstützung seiner Lehre zieht er die Prozeßlage heran, welche gegeben ist, wenn ein Verletzter auf Gewährung einer Schadensrente in einem Zeitpunkte klagt, in welchem sich die Höhe des Anspruchs noch nicht übersehen läßt; beharrt in solchem Falle der Kläger trotz des Hinweises darauf, daß er nur mit einem Antrag auf Feststellung seines Schadensanspruchs durchdringen könne, bei der Leistungsklage, so muß seine Klage ebenso abgewiesen werden, wie die des Klägers, welcher die event. zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung anerkennt, gleichwohl aber seinen Antrag auf Zahlung aufrechterhält.

2. **RG.** I. JW. **08** 489 Ziff. 24, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 32. Ein Rechtsbehelf darf nicht gleichzeitig als prozessual unzulässig und materiell unbegründet verworfen werden (**RG.** JW. **06** 394 Ziff. 21). Das Gericht darf daher

weder unentschieden lassen, ob es den Rechtsbehelf aus dem einen oder dem anderen Grunde verwirft — ein solches Urteil hätte schlechterdings keinen bestimmten Inhalt —, noch darf es einen für unzulässig erachteten Rechtsbehelf noch außerdem event. für unbegründet erklären. — Ebenso **RG.** II. JW. **08** 389 Ziff. 25, LeipzZ. **08** 449 Ziff. 26, **RG.** III. JW. **08** 718 Ziff. 16 und **RG.** II. R. **09** II Ziff. 108.

3. **RG.** VII. R. **08** II 543 Ziff. 3049. Weist das Gericht die Klage wegen einer fehlenden Prozeßvoraussetzung ab, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, so ist es in der Lage, die beschränkte Tragweite des Urteils im Tenor durch die Wendung „angebrachtermaßen" zum Ausdrucke zu bringen.

4. **RG.** VI. R. **08** II 170 Ziff. 1009. Verfolgen Prinzipal- und Eventualanspruch Ausgleich desselben Schadens in verschiedener Form (Kapital oder Rente), so bedarf es, wenn der Eventualanspruch für begründet erklärt wird, keiner ausdrücklichen Abweisung des Prinzipalanspruchs.

5. SeuffBl. **08** 751 (Breslau). Ist die Klageforderung bestritten, die eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aber unstreitig, so ist die Klage in Höhe der Gegenforderung ohne weiteres abzuweisen (mit Bemerkungen von Meyer).

§ 301. 1. *Bucerius, BuschsZ. **37** 216. Ist bei eventuell verbundenen Anträgen der Prinzipalantrag zur Abweisung oder zur Entscheidung durch ein durch Eid bedingtes Urteil reif, so kann ein Zwischenurteil, nicht ein Teilurteil erlassen werden.

2. Entscheidungsreife des Teiles. **a**)) OLG. **17** 152 (KG.). Hat der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, so kann, da, wenn dieser Einwand durchdringt, nur Verurteilung Zug um Zug ausgesprochen werden darf, ein Urteil erst ergehen, nachdem auch das Zurückbehaltungsrecht geprüft worden ist. Es ist also nicht zulässig, zunächst durch Teilurteil den Beklagten zur Leistung nach dem Klagantrage Zug um Zug gegen Herausgabe der Gegenstände, wegen deren das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, zu verurteilen und dem Schlußurteile die Frage vorzubehalten, ob unbedingte Verurteilung erfolgen kann. **b**) Insbesondere: Klage und Widerklage. α. **RG.** I. GruchotsBeitr. **52** 1133. Steht der mittels Widerklage geltend gemachte Anspruch mit dem Klaganspruch in derartigem Zusammenhange, daß beide sich gegenseitig ausschließen oder einschränken, so ist es unzulässig, die Klage oder die Widerklage allein durch Teilurteil zu erledigen. β. **RG.** II. R. **09** Ziff. 112. Die Erlassung eines Teilurteils über die Widerklage ist auch dann statthaft, wenn die Klage und die Widerklage von der Entscheidung derselben Frage abhängen und diese Frage für die Klage durch Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO. entschieden worden ist. γ. OLG. **17** 153 (Cassel). Hat der klagende Pfandschuldner Herausgabe des Pfandes, der beklagte Pfandschuldner widerklagend Erfüllung aus dem Pfande begehrt, so kann nicht durch Teilurteil dem Klagantrag entsprochen werden, da die Entscheidung über den Klagantrag notwendig gleichzeitig die Entscheidung über die Widerklage enthält.

3. Teilurteil oder Zwischenurteil? **RG.** V. WarnErgbd **08** Ziff. 250. Es kommt nicht darauf an, was für ein Urteil das Gericht erlassen wollte und wie es dasselbe bezeichnet hat; maßgebend ist vielmehr der tatsächliche Inhalt des Urteils, wie er sich aus der Urteilsformel und der Begründung ergibt. (Vgl. § 304 Ziff. 6).

§ 302. R. **08** II 206 Ziff. 1232 (Frankfurt). Der Schadensersatzanspruch wegen der Zwangsvollstreckung aus dem nachträglich wiederaufgehobenen Vorbehaltsurteil ist begründet, auch wenn die Aufhebung mit Hilfe von erst nach der Vollstreckung entstandenen Einwendungen erreicht worden ist, mithin die Vollstreckung zur Zeit ihrer Vornahme objektiv rechtmäßig war.

§ 303. 1. Nußbaum, Prozeßhandlungen 11. Es ist statthaft, ein Zwischenurteil über die Echtheit einer Urkunde zu erlassen.

2. **RG.** II. R. **08** II 595 Ziff. 3295. Ein Zwischenurteil, welches auf die Klage eines wegen angeblicher Pflichtwidrigkeiten entlassenen Geschäftsführers auf Zahlung des rückständigen Gehalts dahin erlassen wird, „der Beklagte war zur sofortigen Entlassung des Klägers nicht berechtigt", ist ein Urteil nach § 303, also nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar.

3. **RG.** II. JW. **08** 329 Ziff. 26. Ein Urteil, welches einen vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch, vorbehaltlich der Entscheidung der Frage, ob und inwieweit ein Schaden entstanden ist, für begründet erklärt, ist ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. Gegen dasselbe sind daher selbständige Rechtsmittel nicht zulässig.

4. **RG.** IV. R. **09** Ziff. 325. Bei Klage und Widerklage auf Scheidung ist über die Berechtigung eines Klagegrundes Zwischenurteil möglich.

5. Zur Frage der Unterscheidung eines Zwischenurteils gemäß § 303 von einer Vorabentscheidung gemäß § 304 vgl. § 304 Ziff. 6.

§ 304. 1. Streit nach Grund und Betrag. a) α. Schneider, BayRpflZ. **08** 29. Ein streitiger Betrag kann auch gegeben sein, wenn der Kläger seinen Anspruch nicht beziffert hat, weil der Betrag nach richterlichem Ermessen festzusetzen ist (§ 92 Abs. 2 ZPO.). — Streit über Grund und Betrag liegt auch vor, wenn der an sich unstreitigen Klageforderung eine bestrittene Gegenforderung in gleicher Höhe gegenübersteht. β. **RG.** I. R. **08** II 134 Ziff. 814. Die Vorabentscheidung ist auch über einen nicht bezifferten Anspruch auf Ersatz eines Schadens zulässig, für dessen Höhe eine noch nicht feststehende Quote in einem schwebenden Konkursverfahren maßgebend ist. **b)** SeuffA. **63** 26 (München). Der Anspruch auf Einwilligung in die Wandelung läßt eine Unterscheidung nach Grund und Betrag nicht zu. Das Urteil, wonach dieser Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird, läßt sich daher nur als Zwischenurteil gemäß § 303 auffassen. **c)** **RG.** IV. R. **08** II 206 Ziff. 1234. Den Grund eines Pflichtteilsanspruchs bildet nur das Pflichtteilsrecht selbst. Die Frage, ob die Ermittelung des Pflichtteils auf Grundlage des von dem Kläger oder dem Beklagten eingenommenen Standpunkts zu erfolgen habe, betrifft lediglich den Betrag des Pflichtteils. **d)** **RG.** III. 19. 11. 07, JW. **08** 15 Ziff. 18, GruchotsBeitr. **52** 1136, LeipzZ. **08** 224 Ziff. 8. Stehen die Parteien in laufender Rechnung miteinander, ohne daß ein echtes Kontokorrentverhältnis vorliegt, so kann die Klage nicht auf den Saldo gerichtet, es müssen vielmehr die einzelnen Posten dargelegt werden, weil die Einwirkung der Gegenposten nur im Wege der gewöhnlichen Aufrechnung oder Zahlung zustande kommt. Der Grund der Klage ist also der den einzelnen Posten zugrunde liegende Schuldgrund. Dieser muß für jeden einzelnen Anspruch feststehen, bevor das Gericht den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären kann. **e)** **RG.** III. R. **08** II 670 Ziff. 3653. Der Anspruch des Klägers, daß der Beklagte ihn von bestimmt bezifferten Schuldverbindlichkeiten befreie, ist ein solcher, welcher nach Grund und Betrag streitig sein kann. Dabei ist unerheblich, ob die Befreiung durch Zahlung oder in anderer Weise, z. B. durch Aufrechnung, vor sich gehen soll. **f)** **RG.** VII. R. **08** II 543. Bei einer Klage auf Beseitigung eines Neubaues wegen Verletzung eines Fensterrechts kann über das Bestehen dieses letzteren Rechtes nicht ein Zwischenurteil nach § 304, sondern nur nach § 303 erlassen werden. **g)** **RG.** VII. R. **09** Ziff. 328. Bei einer Klage auf Erhöhung der im Verwaltungsverfahren festgesetzten Enteignungsentschädigung ist eine Vorabentscheidung nicht zulässig. **h)** BreslauAK. **08** 52 (Breslau). Ist gegen eine Ehefrau ein nach Grund und Betrag streitiger Anspruch eingeklagt worden, so kann auch über den gleichzeitig gegen den Ehemann erhobenen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung dem Grunde nach vorabentschieden werden. **i)** **RG.** VI. WarnE. **08** Ziff. 470. Ein Zwischen-

urteil über den Grund ist in zweiter Instanz auch zulässig, wenn der Kläger erst in dieser Instanz den Klagantrag dahin ergänzt hat, daß er einen bestimmt bezifferten Betrag fordert. — Ebenso BadRpr. **09** 25 (Karlsruhe). **k)** Insbesondere bei Feststellungsklagen. α. Schneider, BayRpflZ. **08** 29. Die Vorabentscheidung ist unzulässig, wenn die Feststellung eines nicht bezifferten Schadens begehrt wird. — Ebenso **RG.** II. JW. **08** 719 Ziff. 18, LeipzZ. **08** 935 Ziff. 28, **RG.** VI. R. **08** II 273 Ziff. 1609, BadRpr. **09** 25 (Karlsruhe), ElsLothJZ. **09** 3 (Colmar). (Vgl. auch JDR. **6** § 304 Ziff. 3 b). β. **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 255. Beantragt der Kläger neben der Verurteilung des Beklagten zur Erstattung des bisher entstandenen ziffernmäßig bestimmten Schadens Feststellung des künftig noch entstehenden Schadens, so ist nur wegen des ersteren, nicht auch wegen des letzteren eine Vorabentscheidung zulässig. — Ebenso **RG.** VI. R. **08** II 708 Ziff. 3861, **RG.** VII. R. **08** II 239 Ziff. 1418 und R. **08** II 65 Ziff. 370 (Colmar). — Ergeht in solchem Falle ein Urteil, welches den gesamten Anspruch auf Ersatz des Schadens, sowohl des in der Vergangenheit entstandenen bezifferten wie des künftig entstehenden unbestimmten, für begründet erklärt, so ist dies Urteil hinsichtlich des künftigen Schadens als Endurteil und nur hinsichtlich des bereits entstandenen Schadens als Vorabentscheidung über den Grund anzusehen. Die in zweiter Instanz ausgesprochene Zurückverweisung ist daher nur auf den als Vorabentscheidung anzusehenden Teil zu beziehen (**RG.** VII. R. **08** II 239 Ziff. 1418, **RG.** VI. JW. **08** 203 Ziff. 22, **RG.** VI. JW. **08** 308 Ziff. 24).

2. Reife zur Vorabentscheidung. **a) RG.** III. JW. **09** 53 Ziff. 20. Die Vorabentscheidung ist zulässig, wenn der Prozeßstoff insoweit erledigt ist, daß außer dem Betrage nichts mehr zu entscheiden ist. **b)** Schneider, BayRpflZ. **08** 29. Die bloße Möglichkeit des Vorhandenseins eines Schadens reicht zur Erlassung eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. nicht aus; es bedarf dazu vielmehr der Feststellung, daß der Kläger irgendeinen Schadensbetrag bestimmt zu beanspruchen hat. — **RG.** VI. R. **08** II 170 Ziff. 1011. Daß ein Schadensersatzanspruch entstanden ist, muß mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit feststehen. — Ähnlich ElsLothJZ. **09** 7 (Colmar). Es muß nach Lage des Falles anzunehmen sein, daß nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge ein schädlicher Erfolg eingetreten ist oder voraussichtlich eintreten wird. **c) RG.** VI. R. **08** II 430 Ziff. 2484. Bei einem auf Ersatz eines bestimmten Schadens gerichteten Klaganspruch ist es nicht angängig, ein Urteil über den Grund des Anspruchs dahin zu fassen, daß der Beklagte allen Schaden zu ersetzen habe, der dem Kläger aus dem in Rede stehenden Ereignis entstanden sei. **d)** ElsLothJZ. **09** 7 (Colmar). Die Frage, ob eine Entschädigung in Form einer Rente oder eines Kapitals geleistet werden soll, ist im Grundurteile zu erledigen. — Nur wenn die Entscheidung dieser Frage von der über die Höhe der zu leistenden Entschädigung abhängt, ist es zulässig, auch über die Entschädigungsart erst im Verfahren über die Höhe zu entscheiden (**RG.** VI. JW. **08** 558 Ziff. 21, BayRpflZ. **08** 338). **e)** Insbesondere, wenn streitig ist, wem der Anspruch zusteht. α. **RG.** VI. WarnErgbd. **08** Ziff. 413. Die Frage, ob der dem Kläger aus dem Unfall erwachsene Anspruch gemäß § 140 GewUVG. auf die Berufsgenossenschaft übergegangen ist, betrifft den Grund des Anspruchs. β. **RG.** VII. JW. **08** 303 Ziff. 11. Die Entscheidung, wer infolge der Abtretung des Anspruchs während der Rechtshängigkeit forderungsberechtigt ist, gehört in das Grundurteil. γ. **RG.** IV. R. **08** II 206 Ziff. 1235. Die Frage, in welchem Umfange der geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf die als Hauptintervenientin aufgetretene Landesversicherungsanstalt übergegangen ist, braucht nicht notwendig in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs entschieden und dieses Verfahren deshalb wegen der Haupt-

intervention nicht ausgesetzt zu werden. f) Insbesondere bei aus mehreren Posten zusammengesetzten Ansprüchen. α. RG. VI. JW. **08** 455 Ziff. 23. Fordert der Kläger neben dem Ersatze für Verlust der Erwerbsfähigkeit auch Ersatz für die dadurch notwendig gewordene Geschäftsaufgabe, so ist für die letztere Forderung, welche nur einen besonderen Posten des einheitlichen Schadensanspruchs darstellt, ein besonderer Ausspruch in der Vorabentscheidung über den Grund nicht erforderlich. — Ebenso **RG.** VI. R. **08** II 708 Ziff. 3863. Ähnlich auch **RG.** IV. R. **09** Ziff. 326. β. **RG.** VI. R. **08** II 106 Ziff. 1233. Wird bei einem Schadensersatzanspruche gemäß § 843 BGB., § 3a HaftpflG. wegen Vermehrung der Bedürfnisse eine Rente verlangt, so bedarf es beim Verfahren über den Grund des Anspruchs keines Eingehens auf die einzelnen nach jener Richtung gemachten Ansprüche. γ. **RG.** II. JW. **09** 22 Ziff. 19. Sind mehrere im Rechnungsergebnisse voneinander unabhängige Schadensposten eingeklagt worden, die nur dadurch verbunden sind, daß sie ein Verschulden des Beklagten voraussetzen, so ist eine Vorabentscheidung über jeden einzelnen von ihnen ebenso statthaft, wie bei feststehendem Betrag über jeden einzelnen ein Teilurteil ergehen könnte. — Auch **RG.** VI. R. **09** Ziff. 115 hält eine Teil-Vorabentscheidung für zulässig. δ. **RG.** VII. R. **08** II 455 Ziff. 2593. Bei einem Schadensersatzanspruche, der nur rechnungsmäßig in verschiedene Bestandteile zerfällt, die aber sämtlich in derselben Grundlage wurzeln (z. B. Schaden infolge Enteignung), bedarf es zur Vorabentscheidung nicht einer Prüfung des Grundes der einzelnen Schadensposten. ε. OLG. **17** 154 (Hamburg). Ist die Forderung des entlassenen Klägers auf Weitervergütung von Gehalt, Reisespesen und Umsatzprovision dem Grunde nach festgestellt, so kann nur noch die Bezifferung dieser drei Posten Gegenstand der Erörterung sein. Es handelt sich hier um drei selbständige Ansprüche, nicht lediglich um Rechnungsposten eines einzigen Anspruchs. Der Anspruch auf Gehalt darf somit nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil der Kläger sich durch eigene Etablierung außerstand gesetzt habe, seine Dienste weiter zur Verfügung zu halten: vielmehr ist nur so viel abzusetzen, wie der Kläger in der kritischen Zeit anderweit verdient hat. g) Insbesondere, wenn eine Gegenforderung durch Aufrechnung und Widerklage geltend gemacht worden ist. **RG.** II. LeipzZ. **08** 229. Über eine in Höhe der Klageforderung aufrechnungsweise, wegen des überschießenden Betrags widerklagend geltend gemachte Gegenforderung kann hinsichtlich des zur Aufrechnung gestellten Betrags nur durch Zwischenurteil gemäß § 303 erkannt werden. Über den Grund der Widerklage kann gemäß § 304 vorabentschieden werden, jedoch erst, nachdem festgestellt worden ist, daß die Gegenforderung mindestens in Höhe eines Teilbetrags, der den Betrag der Klageforderung übersteigt, besteht, somit für die Widerklage noch etwas übrig bleibt. — Ebenso die Entscheidungen des **RG.** II. LeipzZ. **08** 379 Ziff. 29, 541 Ziff. 31, R. **08** II 595 Ziff. 3296 und GruchotsBeitr. **53** 105, JW. **08** 719 Ziff. 18, LeipzZ. **08** 935 Ziff. 29. **h)** Insbesondere bei Schadensrenten. (Vgl. JDR. **6** § 304 Ziff. 5 c.) α. **RG.** JW. **08** 9 Ziff. 9. Die Frage, wie lange eine Rente zu zahlen ist, gehört im Falle des § 843 BGB. zu dem Verfahren über die Höhe, im Falle des § 844 BGB. zu dem Verfahren über den Grund des Anspruchs (vgl. einerseits JW. **06** 710 Ziff. 5, **07** 366 Ziff. 14, andererseits JW. **06** 553 Ziff. 23, **07** 482 Ziff. 20). — Ebenso hinsichtlich eines Anspruchs aus § 843 BGB. **RG.** VI. JW. **08** 554 Ziff. 15, **RG.** VI. JW. **08** 109 Ziff. 7 und **RG.** VI. R. **08** II 430 Ziff. 2485, sowie hinsichtlich eines Anspruchs aus § 844 BGB. **RG.** VI. R. **08** II 273 Ziff. 1608 und **RG.** VI. JW. **08** 465 Ziff. 37. β. **RG.** VII. R. **08** II 273 Ziff. 1607. Wird von einem Verletzten bis zu einem bestimmten Zeitpunkte wegen aufgehobener Erwerbsfähigkeit Ersatz des entgangenen Arbeitslohns und von da ab wegen verminderter Erwerbsfähigkeit

eine Rente beansprucht, so genügt zum Erlaß eines Urteils über den Grund des Anspruchs, auch soweit der Rentenanspruch in Betracht kommt, die Feststellung, daß die Erwerbsfähigkeit des Verletzten durch den Unfall mindestens zeitweilig eine Beeinträchtigung erlitten hat. γ. **RG.** IV. WarnErgbd. **08** Ziff. 677. Es ist zulässig, eine Schadensrente bis zu einem gewissen Alter in dem Sinne dem Grunde nach zuzusprechen, daß die Frage des gänzlichen oder teilweisen früheren Erlöschens der Rente dem Verfahren über den Betrag vorbehalten wird. **i)** Über den Erlaß einer Vorabentscheidung bei Anerkenntnis dem Grunde nach vgl. § 307 Ziff. 3.

3. Reife zur Entscheidung über den Betrag schließt die Vorabentscheidung aus. ElsLothJZ. **09** 7 (Colmar). Ist die Klageforderung insoweit entscheidungsreif, daß sie unter Ausübung des Fragerechts und der im § 287 ZPO. gegebenen freien Schätzung ohne weiteres der Höhe nach entschieden werden kann, so ist es unsachgemäß, wenn das Gericht, statt sofort zu erkennen, von der im § 304 gegebenen Befugnis Gebrauch macht und damit die Verwirklichung des klägerischen Rechtes in unangemessener Weise verzögert.

4. Geltendmachung von Einreden. **a)** Eigenes Verschulden. α. **RG.** I. JW. **08** 558 Ziff. 22. Solange die Entscheidung über das mitwirkende Verschulden des Klägers noch aussteht, ist der Rechtsstreit zur Vorabentscheidung über den Grund nicht reif. β. **RG.** VI. R. **08** II 273 Ziff. 1606. Der Einwand des eigenen Verschuldens ist ausnahmsweise noch im Verfahren über die Höhe statthaft, wenn der Schadensersatzberechtigte nachträglich durch schuldhaftes Verhalten den Schaden noch erhöht hat oder wenn der Klaganspruch nachträglich erweitert worden ist (vgl. auch **RG.** II. R. **08** II 709 Ziff. 3862). γ. **RG.** VII. R. **09** Ziff. 116. Die Entscheidung über den Einwand des eigenen Verschuldens gehört in das Nachverfahren, wenn das Gericht diese Einwendung, statt sie im Grundurteile zu erledigen, dem Nachverfahren vorbehalten hat. δ. **RG.** IV. R. **09** Ziff. 113. Der Einwand des eigenen Verschuldens ist im Nachverfahren zu erledigen, wenn geltend gemacht wird, daß der Kläger es unterlassen habe, den entstandenen Schaden der Höhe nach zu mildern. **b)** Vorteilsausgleichung. α. **RG.** V. WarnErgbd. **08** Ziff. 254. Bei der Entscheidung über den Grund eines Schadensersatzanspruchs ist auch zu prüfen, ob und inwieweit das schädigende Ereignis dem Beschädigten auch Vorteile gebracht hat, die gegen den Schaden zum Ausgleiche zu stellen sind. β. **RG.** IV. Warneyer **08** II Ziff. 557. Der aus einem Unfall auf Schadensersatz Verklagte hat den Einwand, daß der Verletzte sich auf seinen Schadensanspruch die ihm zugesprochene Invalidenrente anrechnen lassen müsse, in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs geltend zu machen. In dem Verfahren über den Betrag kann er mit diesem Einwande nicht mehr gehört werden. — Ebenso **RG.** VI. R. **08** II 274 Ziff. 1611 und **RG.** III. R. **08** II 134 Ziff. 815.

5. Nachverfahren. **a)** **RG.** III. R. **08** II 65 Ziff. 369. Das Urteil über den Grund des Anspruchs schafft nur in den Grenzen des bis zum Erlasse des Urteils ziffermäßig geltend gemachten Anspruchs Rechtskraft, so daß, wenn in dem Verfahren über den Betrag der Anspruch erweitert wird, insoweit die Rechtskraft nicht in Betracht kommt (vgl. **RG. 60** 313, **58** 40). — Ebenso **RG.** VI. R. **08** II 273 Ziff. 1606 und HansGZ. **08** Beibl. 87 (Hamburg). **b)** Schneider, BayRpflZ. **08** 29. Ist die Klage dem Grunde nach zugesprochen worden, so ist bei Ansprüchen, über welche nach § 287 ZPO. zu befinden ist, gleichwohl noch völlige Klagabweisung möglich; bei Ansprüchen anderer Art (z. B. Rechnungssachen) ist sie ausgeschlossen.

6. Zwischenurteil nach § 303 oder nach § 304? **RG.** I. JW. **08** 558 Ziff. 22. Ist der Beklagte zum Ersatz eines der Höhe nach noch unbestimmten Schadens verurteilt, so liegt sachlich eine Vorabentscheidung nach § 304 vor; dies, nicht eine etwaige abweichende Auffassung und Absicht des Berufungsgerichts ist

maßgebend. — A. M. **RG.** IV. R. **08** II 206 Ziff. 1234. Darüber, ob ein Urteil eine Vorabentscheidung nach § 304 oder ein Zwischenurteil nach § 303 darstellt, entscheidet lediglich der im Urteile zum Ausdrucke gelangte Wille des Gerichts (ebenso **RG.** V. Warneyer 08 II Ziff. 252, anders dagegen der V. Sen. in der Entsch. § 301 Ziff. 3). — Noch anders **RG.** II. JW. **08** 245 Ziff. 18 und **RG.** II. ebenda 339 Ziff. 26, welche den Willen des Richters und die objektive Natur des Urteils für maßgebend halten. ➠ Die Frage, nach welchen Grundsätzen die rechtliche Natur eines Urteils zu bestimmen ist, harrt immer noch der Lösung. In der Praxis des RG. stehen die verschiedenen Meinungen unvermittelt nebeneinander, nicht selten sogar in der Praxis desselben Senats (vgl. die sorgfältige Zusammenstellung bei Gaupp-Stein Nr. III vor § 511). M. E. ist bei der Auslegung des richterlichen Urteils ebenso zu verfahren wie bei der Auslegung eines Gesetzes: es ist also zu prüfen, was entschieden ist, nicht was entschieden werden sollte; der Wille des Richters hat neben dem Willensausspruch ebenso zurückzutreten wie der Wille des Gesetzgebers neben dem erlassenen Gesetz: ihm kommt unterstützende, nicht maßgebende Bedeutung zu. Damit wird der Partei, welche sich über das zu ergreifende Rechtsmittel schlüssig machen will, nicht zu viel zugemutet; sie steht nach dieser Auffassung dem Urteile nicht anders gegenüber als dem Gesetze, welches auch jeder, der ihm unterworfen ist, auf seine Gefahr auslegen muß. Red. ⟵

7. Reform. **a)** Michels, R. **08** 108, wünscht, daß die Vorabentscheidung über den Grund einer Gegenforderung für zulässig erklärt werde. **b)** Schneider, BayRpflZ. **08** 30, empfiehlt, die Vorabentscheidung auf übereinstimmenden Antrag der Parteien für stets zulässig zu erklären.

§ 306. Literatur: Ziemssen, Über die dispositive Natur von Verzicht und Anerkenntnis im Zivilprozesse. (Tübinger Diss.) Stuttgart.

§ 307. 1. *Reichel, AZivPr. **104** 89 ff. Anerkenntnisurteil ist auch dann zu erlassen, wenn nach Inhalt des Klagevorbringens der Klaganspruch nicht schlüssig begründet ist. Beispiele: das der Klage zugrunde gelegte Geschäft ist formnichtig; oder unklagbar (Spiel, Wette); oder unsittlich (§ 138). Nur dann ist das Anerkenntnisurteil abzulehnen, wenn das Anerkenntnis oder die Herbeiführung des Anerkenntnisurteils selbst verboten oder unsittlich (Tatbestandsmoment verpönten Tuns) ist, oder wenn die Handlung, auf deren Vornahme geklagt ist, selbst unsittlich oder verboten ist. Beispiel: Ist auf Hurenlohn geklagt, so ist das Anerkenntnisurteil zulässig; wird dagegen auf Lieferung einer Dirne geklagt, so ist es unzulässig.

2. *Bucerius, BuschsZ. **37** 218. Bei eventuell verbundenen Anträgen kann ein Anerkenntnisurteil nur ergehen, wenn der Beklagte den Prinzipalantrag anerkennt.

3. R. **09** Ziff. 329 (Braunschweig). Auch das Anerkenntnis über den Grund ist gemäß § 307 bindend, so daß ein Urteil gemäß § 304 ergehen kann; es entzieht die Prüfung des Bestehens des Anspruchs der richterlichen Prüfung und läßt nur noch für die Kognition über die Höhe Raum.

4. **RG.** II. R. **08** II 240 Ziff. 1419. Die in einer gerichtlichen Verhandlung abgegebene Erklärung einer Partei, daß sie das Recht ihres Gegners anerkenne, sich einer bestimmten Firma zu bedienen, ist kein Anerkenntnis eines Anspruchs im Sinne des § 307 ZPO., sondern nur eine Äußerung über einen Rechtsbegriff.

5. **RG.** **67** 154. Das Anerkenntnis bedarf, um prozessual wirksam zu werden, der Annahme durch den Kläger.

6. **RG.** VI. WarnErgbd. **08** Ziff. 96. Unterläßt es der Kläger, Anerkenntnisurteil zu beantragen, so ist der Rechtsstreit, insoweit der Klaganspruch anerkannt worden ist, für erledigt zu erklären.

7. *Reichel, AZivPr. **104** 97 ff. Das prozessuale Anerkenntnis kann weder angefochten noch widerrufen werden; nicht einmal dann, wenn es vom

Gegner erlistet oder ertrotzt ist. Im letztbezeichneten Falle macht sich dagegen der Kläger aus §§ 823, 826 haftbar.

§ 308. 1. **RG.** VI. SeuffA. **63** 165, JW. **08** 16 Ziff. 19. Darin, daß das Gericht die Beklagten zur Zahlung des mit der Klage geforderten Betrags als Gesamtschuldner verurteilt hat, obgleich ein dahingehender Antrag vom Kläger nicht gestellt ist, ist ein Verstoß gegen § 308 ZPO. nicht zu finden, wenn die sinngemäße Auslegung des Klagantrags ergibt, daß ihm diese Tragweite zukommt (vgl. schon JDR. **6** § 308 Ziff. 1 a).

2. **RG.** II. R. **08** II 524 Ziff. 2962. Wird gegenüber der Klage auf Rückgabe einer Vollmachtsurkunde von dem Beklagten geltend gemacht, daß er die Vollmachtsurkunde einer Behörde vorgelegt habe, so ist es prozessual nicht unzulässig, auch ohne dahingehenden ausdrücklichen Antrag den Beklagten zu verurteilen, entweder die Vollmachtsurkunde zurückzugeben oder der betreffenden Behörde gegenüber die Erklärung abzugeben, daß die Vollmacht erloschen sei.

3. **RG.** III. R. **08** II 431 Ziff. 2486. Hat ein Angestellter, der aus einem im Dienste erlittenen Unfall gegen seinen Dienstherrn einen Schadensanspruch erhebt, dem Klagantrage selbst die Beschränkung hinzugefügt, daß auf die ihm zuzuerkennende Rente die ihm vom Beklagten weiter zu gewährenden Dienstbezüge anteilig anzurechnen seien, so ist diese Beschränkung ohne Rücksicht auf ihre allgemeine Fassung in die Urteilsformel aufzunehmen.

§ 310. OLG. **17** 141 (Colmar). Ein nicht verkündetes Urteil ist als nicht vorhanden zu betrachten. Die Partei ist in der Lage, durch Ladung des Gegners die Nachholung der Verkündung herbeizuführen. Die Beseitigung des nicht verkündeten Urteils kann nur durch die ordentlichen Rechtsmittel oder das Wiederaufnahmeverfahren geschehen. Dagegen konn weder durch Einwendungen im Vollstreckungsverfahren noch durch eine negative Feststellungsklage — das Bestehen eines Urteils ist eine reine Rechtsfrage, nicht ein Rechtsverhältnis — Abhilfe geschaffen werden.

§ 313. 1. Ziff. 1. **RG.** VI. R. **09** Ziff. 330. Ist eine oHG. Partei, so sind die Namen der Gesellschafter im Rubrum anzuführen.

2. Ziff. 3. **a)** **RG.** II. R. **08** II 65 Ziff. 372. Das Fehlen der Parteianträge in dem Tatbestande des Berufungsurteils ist kein Revisionsgrund, wenn die Anträge aus dem Sitzungsprotokoll in Verbindung mit den in diesem in Bezug genommenen Schriftsätzen deutlich zu ersehen sind (vgl. **RG.** 4 428). — Ebenso **RG.** II. R. **08** II 595 Ziff. 3297. **b)** **RG.** VI. R. **08** II 375 Ziff. 2207. Die Bemerkung, „die Strafakten seien zum Gegenstande der Verhandlung gemacht", ist nichtssagend; sie kann nicht dahin verstanden werden, daß der gesamte Akteninhalt vorgetragen sei und gibt sonach keinen Aufschluß, welche Aktenteile in der Verhandlung benutzt sind. Zur Urteilsaufhebung führt aber dieser Fehler nur, wenn daraus im Zusammenhange mit dem übrigen Urteilsinhalt Ungewißheit über das Parteivorbringen entsteht oder zugleich prozeßwidrige Erledigung oder Übergehung von Beweisanträgen gerügt wird. **c)** **RG.** SeuffBl. **08** 41. Die Bezugnahme auf Schriftsätze ist nur zur Ergänzung, nicht zum Ersatze der Sachdarstellung im Tatbestande zugelassen.

3. Ziff. 4. **a)** **RG.** II. R. **08** II 408 Ziff. 2358. Hat der Beklagte Abweisung beantragt und den Klaganspruch bestritten, so kann er erwarten, daß das Gericht die Einhaltung der rechtsgeschäftlichen Form für den die Klage stützenden Vertrag auch ohne seine ausdrückliche Rüge nachprüft. Enthält der Tatbestand des Berufungsgerichts nicht die für eine zuverlässige materielle Nachprüfung nötigen Unterlagen, so ist das Urteil aufzuheben, obwohl eine Prozeßrüge hierwegen nicht erhoben ist (JW. **06** 359). **b)** **RG.** III. R. **08** II 570 Ziff. 3152. Wird eine auf Zahlung von Provision gerichtete Klage in der ersten Instanz auf Versprechen sowie darauf gegründet, daß die Zahlung einer Provision üblich sei, wird dann aber in der Berufungsinstanz lediglich darüber gestritten, ob eine Provision versprochen worden

sei, so braucht in dem Berufungsurteil auf den anderen Klagegrund nicht mehr eingegangen zu werden. c) **RG.** I. R. **08** II 709 Ziff. 3864. Ist eine Klage auf Feststellung, daß ein Angestellter zu Recht entlassen sei, einmal darauf gegründet, daß ein wichtiger Grund zur sofortigen Entlassung vorgelegen habe, und sodann darauf, daß der Anstellungsvertrag nachträglich durch Hinzufügung einer Resolutivbedingung, welche eingetreten sei, abgeändert worden sei, so darf das Gericht, wenn es den ersten Klagegrund nicht für vorliegend erachtet, ein Eingehen auf den zweiten Klagegrund nicht deshalb ablehnen, weil der Wortlaut des Klagantrags zu dieser Klagebegründung nicht paßt.

4. Ziff. 5. a) **RG.** JW. **08** 557 Ziff. 19. Es ist durchaus statthaft und zweckmäßig, im Tenor des prozeßabweisenden Urteils durch Wendungen wie „angebrachtermaßen", „von hier" u. dgl. außer Zweifel zu setzen, daß die abweisende Entscheidung einer Wiederholung der Klage nicht entgegenstehe. b) **RG.** II. R. **08** II 20 Ziff. 118. Urteile, welche (aus Grund des § 1 UnlWG.) die Führung nicht nur tatsächlich gebrauchter, sondern auch „gleichbedeutender" Titel ohne nähere Bezeichnung untersagen, sind unzulässig. c) R. **08** II 65 Ziff. 373 (Cassel). Bezeichnet der Schuldtitel die zu erzwingende Handlung nicht genügend bestimmt, so ist er nicht geeignet, einem Antrag auf Zwangsvollstreckung zur Grundlage zu dienen, und es ist Sache des Gläubigers, durch actio judicati die Erläuterung des Titels herbeizuführen.

§ 314. **RG.** VI. JW. **09** II Ziff. 117. Die Beweisregel des § 314 Satz 1 bezieht sich nur auf mündliches Parteivorbringen und gilt für dieses auch, wenn es unrichtigerweise statt im Tatbestand in den Gründen wiedergegeben ist, nicht aber für die Feststellung des Verhandlungsergebnisses, mag diese in die Gründe oder in den Tatbestand aufgenommen sein.

§ 315. 1. Bovensiepen, PosMSchr. **08** 89. Der Richter muß das Urteil eigenhändig unterschreiben. Unterschriftsvollziehung mittels Schreibmaschine ist unzulässig (§ 126 BGB.).

2. ElsLothJZ. **08** 618 (Colmar). Auf den Mangel der unterbliebenen Unterzeichnung des Urteils durch einen der bei der Urteilsfällung mitwirkenden Richter kann von den Parteien nicht verzichtet werden.

3. **RG.** VII. JW. **08** 15 Ziff. 17. § 315 ist im schiedsrichterlichen Verfahren nicht anwendbar.

§ 316. Reform. Armbruster, DJZ. **08** 814, will das Institut des Urteilsaushanges beseitigen. Die Frist des § 320 soll mit dem Tage des Einganges des Urteils in der Gerichtsschreiberei beginnen und auf drei oder vier Wochen ausgedehnt werden.

§ 317. **RG.** I. JW. **08** 303 Ziff. 12. Die Zustellung eines Urteils, welche nach Inhalt der Zustellungsurkunde „im Auftrage des Kaiserlichen Konsulargerichts" erfolgt ist, ist rechtsgültig, wenn feststeht, daß die Zustellung auf Betrieb einer Partei geschieht: der erwähnte Vermerk in der Zustellungsurkunde ist dann dahin auszulegen, daß dem Gerichtsvollzieher der unmittelbare Auftrag zur Vornahme der Zustellung von dem zuständigen Organe des Konsulargerichts erteilt worden ist.

§ 318. Nußbaum, Prozeßhandlungen 11. Stellt sich noch vor Erlaß des Endurteils heraus, daß das in derselben Instanz erlassene Zwischenurteil der Restitutions- oder der Nichtigkeitsklage unterliegt, so ist das Gericht trotz des Wortlauts des § 318 an das Zwischenurteil nicht mehr gebunden.

§ 319. 1. Zulässigkeit der Berichtigung. a) OLG. **17** 155 (KG.). Eine offenbare Unrichtigkeit kann berichtigt werden, gleichviel ob sie auf einem Versehen des Gerichts oder auf unrichtigen Angaben der Partei beruht. — Ebenso ebenda 156 (Breslau). Der unrichtig bezeichnete Name des Beklagten („Horna" statt „Hora"), der sich übrigens auf den Rechtsstreit eingelassen hatte, kann berichtigt werden. b) Francke, ThürBl. **55** 183. Auch das Fehlen

des Namens eines der Beklagten im Urteilsrubrum ist eine offenbare, einem Schreibfehler ähnliche Unrichtigkeit. c) MecklZ. 27 42 (Rostock). Wenn die verkündete Urteilsformel im direkten Widerspruche mit den Urteilsgründen steht, so kann sie berichtigt werden und zwar auch dann, wenn die Urteilsgründe erst später schriftlich abgesetzt worden sind. d) RG. VII. R. 08 II 710 Ziff. 3868. Auch Schiedssprüche sind der nachträglichen Berichtigung durch (zuzustellenden und niederzulegenden) Schiedsrichterbeschluß zugänglich.

2. Unzulässigkeit der Berichtigung. a) R. 08 II 709 Ziff. 3867 (Hamburg). Unrichtigkeiten bei Protokollierung eines Vergleichs können nicht im Wege des § 319 berichtigt werden. b) SächsOLG. 29 275. § 319 findet auf Beschlüsse keine Anwendung (Nachfügung der fehlenden Angabe des Gerichts ist gleichwohl zulässig). c) OLG. 17 155 (KG.). Das Verfahren gemäß § 319 ist nicht auf die Berichtigung eines Schreibfehlers in einer Ausfertigung anzuwenden. d) WürttRpflZ. 1 347 (Stuttgart). Eine Unrichtigkeit der im § 319 bezeichneten Art kann nur dann mittels des im § 319 vorgeschriebenen Verfahrens beseitigt werden, wenn aus dem Urteile selbst zu entnehmen ist, wie der Urteilstext eigentlich lauten sollte. Daß, um dies klarzustellen, die Erinnerung der Richter an das, was wirklich gemeint war, nicht zu Hilfe genommen werden darf, folgt daraus, daß auch Richter, die an der Entscheidung nicht mitgewirkt haben, an dem Berichtigungsbeschlusse teilnehmen können.

3. Rechtsmittel. ElsLothJZ. 08 629 (Colmar). Gegen einen den Berichtigungsantrag als unzulässig verwerfenden Beschluß ist das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig.

§ 320. RG. IV. R. 08 II 670 Ziff. 3654. Die Ablehnung eines Berichtigungsantrags mit der Begründung, die bezüglichen Parteianführungen seien unerheblich, ist nicht anfechtbar.

§ 321. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. 52 630 ff. § 321 findet keine Anwendung, wenn der Richter deshalb nur über die Kosten entscheidet, weil er zu Unrecht annimmt, beide Teile hätten die Hauptsache für erledigt erklärt. Vielmehr ist dann die Berufung gegeben (ebenso RG. JW. 93 14, 03 290).

2. RG. V. WarnE. 08 Ziff. 415. § 321 bezieht sich nicht auf Ansprüche, welche in einer Vorabentscheidung über den Grund übergangen worden sind; die Entscheidung solcher Ansprüche kann vielmehr im weiteren Verfahren unbeschränkt nachgeholt werden.

3. OLG. 17 18 (Braunschweig). Ist ein Anspruch übergangen worden, dessen Nachholung gemäß § 321 möglich gewesen wäre, so ist, wenn die einwöchige Frist verstrichen, auch eine Klagerweiterung mittels Berufung oder Anschlußberufung nicht vorgenommen ist, die Rechtshängigkeit des betreffenden Anspruchs erloschen.

§ 322. 1. Die der materiellen Rechtskraft fähigen Bestandteile des Urteils (Tenor, nicht Gründe). a) BayRpflZ. 4 109, SeuffA. 63 95 (BayObLG.). Die Rechtskraft des Urteils, durch welches ein Anspruch anerkannt wird, hat die Wirkung, daß der Anspruch als aus den zu dessen Begründung geltend gemachten Tatsachen rechtlich entstanden und noch bestehend gilt, derart, daß sein Bestand für die Zeit vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung nicht mehr bestritten werden kann. b) RG. R. 08 II 431 Ziff. 2487. Durch die Rechtskraft der Abweisung einer Widerspruchsklage steht nur fest, daß der Dritte kein die Veräußerung hinderndes Recht am Pfande besitzt; die Abweisungstatsachen (Scheingeschäft, Anfechtung) nehmen an der Rechtskraft nicht teil und können daher in einem späteren Schadensersatzprozesse der Parteien anders beurteilt werden. c) RG. II. WarnE. 08 Ziff. 431. Die Rechtskraft bezieht sich nur auf den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch. Die Entscheidungsgründe sind zur Aufklärung der Frage, auf Grund welcher Rechtsverhältnisse die Entscheidung er-

folgt ist, heranzuziehen; damit wird jedoch über den Bestand dieser Rechtsverhältnisse selbst nicht entschieden. **d)** **RG.** VI. R. **08** II 99 Ziff. 578. Hat der erste Richter bei einer auf mehrere Klagegründe gestützten Klage den Klaganspruch aus einem der Klagegründe für begründet erachtet und demgemäß den Beklagten verurteilt, die übrigen Klagegründe aber verworfen, so tritt, wenn nur der Beklagte Berufung einlegt, nicht mangels der Anfechtung des Urteils durch Kläger relative Rechtskraft der Entscheidung hinsichtlich der vom ersten Richter zurückgewiesenen Klagefundamente ein (vgl. **RG. 45** 316). **e)** **RG.** II. R. **08** II 134 Ziff. 817. Wenn in einem Vorprozesse das Bestehen der damals zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung aus zwei selbständigen Entscheidungsgründen verneint worden ist, so ist es für die Tragweite jenes Urteils (hinsichtlich der Einrede der Rechtskraft) rechtlich unerheblich, ob das Gericht das Hauptgewicht auf den einen oder den anderen Entscheidungsgrund gelegt hat; entscheidend ist lediglich, daß das Bestehen der Gegenforderung verneint worden ist. **f)** **RG.** VII. R. **08** II 274 Ziff. 1613. Gegenüber einer Schadensklage, die darauf gegründet wird, daß der Beklagte, der auf Grund des Anfechtungsgesetzes rechtskräftig verurteilt ist, die Zwangsvollstreckung in eine ihm vom Schuldner des Klägers zedierte Forderung zu dulden, schon vor Erlaß jenes Urteils die Forderung eingezogen habe, ist der Einwand zulässig, daß bereits vor Erlaß des Urteils im Anfechtungsprozesse der Forderungsbetrag in das Vermögen des Schuldners durch Tilgung einer von dem Schuldner zu deckenden Hypothek zurückgebracht sei. Dieser Einwand ist insbesondere nicht durch die Rechtskraft des früheren Urteils ausgeschlossen. **g)** RheinA. **106** I 46 (Cöln). Mit dem Eintritte der Rechtskraft ist allerdings die Wirkung eingetreten, daß der Beklagte mit Einreden, welche vorzubringen er unterlassen hat, ausgeschlossen ist. Gleichwohl kann ihm der Kläger, wenn er ein der so präkludierten Einrede zugrunde liegendes Recht in einem neuen Prozesse klagend geltend macht, nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenhalten. **h)** Wird eine Klage als prozessual unzulässig und materiell unbegründet abgewiesen, so bleibt die sachliche Entscheidung als prozeßordnungswidrig außer Betracht; sie steht also der Wiederholung der Klage nicht entgegen (vgl. die Entsch. bei § 300 Ziff. 2).

2. Subjektive Grenzen der materiellen Rechtskraft. **a)** **RG.** I. JW. **08** 280 Ziff. 20. Der Beklagte kann seine Verurteilung nicht durch die Einrede abwenden, daß in einem früheren Prozesse rechtskräftig festgestellt sei, daß nicht er, sondern der frühere Beklagte Schuldner der streitigen Forderung sei. **b)** **RG.** V. R. **08** II 473 Ziff. 2697. Die dem Schuldner gegenüber festgestellte Fälligkeit einer Forderung wirkt nicht gegen den dem Schuldner als Nebenintervenient beigetretenen Garanten in dem Sinne, daß die Forderung damit auch diesem gegenüber als fällig zu gelten habe ohne Rücksicht darauf, daß dem Garanten gegenüber die Fälligkeit der Forderung von weiteren Voraussetzungen abhängig war. **c)** **RG.** VII. R. **08** II 375 Ziff. 2208. Ein Klagebegehren kann nicht mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen werden, daß die begehrte Verurteilung oder Feststellung in die Rechte eines Dritten eingreifen würde. Dies gilt auch dann, wenn der Dritte als Nebenintervenient in den Prozeß eingetreten war.

3. Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitserstreckung. Pagenstecher, RheinZ. **1** 71. Wenn auch in einzelnen Fällen das Gesetz gegen Dritte, auf welche sich die Rechtskraft eines Urteils erstreckt, ohne weiteres auch die Vollstreckbarkeit desselben erstreckt (vgl. z. B. § 728 ZPO.), in anderen Fällen Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitserstreckung von den gleichen Voraussetzungen abhängig macht (vgl. z. B. § 727 Abs. 1 und § 325 ZPO.), so läßt sich gleichwohl der Satz, daß in allen Fällen, in welchen ein Urteil gegen einen Dritten wirksam ist, ohne weiteres auch gegen diesen eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen sei, nicht aufstellen.

4. Wesen der Rechtskraft und Ausbeutung derselben vgl. vor § 1 Ziff. 6 und 7.

§ 323. 1. a) *Mendelssohn-Bartholdy, SeuffBl. **08** 813—821. Der § 323 ist eine prozessuale, keine materiell-rechtliche Vorschrift, wie überhaupt die Rechtskraft des Urteils dem reinen Prozeßrecht angehört. Wegen seiner prozessualen Natur hat § 323 keine „rückwirkende Kraft", d. h. Urteile, die vor dem 1. Januar 1900 rechtskräftig geworden sind, können nicht auf Grund seiner Bestimmungen angegriffen und geändert werden. **b)** RheinZ. **1** 337 (Cöln). Die Rechtskraft eines Urteils bestimmt sich, soweit nicht zwingende Vorschriften eines späteren Gesetzes entgegenstehen, nach dem Rechte, unter welchem es erlassen wurde. § 323 ist nun keine zwingende, sondern eine lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit eingeführte Vorschrift. Mithin kann sie auf Urteile, welche vor Inkrafttreten des § 323 ergangen sind, Anwendung nicht finden.

2. § 323 und § 767. **a)** Nußbaum, Prozeßhandlungen 52 ff. Gegenüber der nachträglich eingetretenen wesentlichen Änderung des Sachverhalts können sich die Parteien auf die Rechtskraft des Urteils überhaupt nicht berufen. Wohl aber dauert die Vollstreckungsfunktion des Urteils fort. Zur Beseitigung dieser dient im allgemeinen die Klage aus § 767 ZPO., sofern nicht der besondere Tatbestand des § 323 vorliegt. Daneben dient der § 323 auch dem Kläger, welcher auf Grund einer ihm günstigen Veränderung des Sachverhalts seine Ansprüche erweitern kann. **b)** Oppermann, Zur Lehre von der Änderungsklage, BuschsZ. **38** 445. Die Klage aus § 323 hat den Zweck, in Fällen, in welchen einem Urteile die künftige Gestaltung tatsächlicher Verhältnisse zugrunde gelegt worden ist und sich nachher zeigt, daß die Dinge sich anders, als das Gericht bei Erlaß des Urteils angenommen hat, entwickelt haben, die — dem rechtskräftigen Urteile gegenüber an und für sich unerhebliche — Veränderung der Dinge zur Geltung zu bringen. Dieses besonderen Rechtsbehelfs bedarf es nur gegenüber verurteilenden, nicht auch gegenüber klagabweisenden Erkenntnissen, da neue Tatsachen, welche nach Abweisung der Klage entstehen, stets zum Gegenstand einer neuen Klage gemacht werden können. Die Änderungsklage ist ferner nicht gegeben, um den Eintritt von Tatsachen zur Geltung zu bringen, welche den Anspruch tilgen oder seiner augenblicklichen Durchführung entgegenstehen: solche Tatsachen sind auch dem rechtskräftigen Urteile gegenüber wirksam; sie begründen die negative Feststellungsklage und in der Vollstreckungsinstanz die Klage aus § 767, deren Voraussetzungen somit von denen der Änderungsklage scharf geschieden sind.

3. Roßbach, SächsRpflA. **08** 497. Ist der außereheliche Erzeuger zur Zahlung einer Geldrente an das Kind verurteilt worden, so können später eingetretene wesentliche Veränderungen der — für den Unterhaltsanspruch maßgebenden — Lebensstellung der Mutter mittels Klage aus § 323 ZPO. geltend gemacht werden.

4. **RG.** VI. R. **08** II 307 Ziff. 1841. Die Beschränkung einer Rente bis auf ein bestimmtes höheres Alter kann unterbleiben, wenn der Verletzte voraussichtlich wegen der schweren Unfallsfolgen ein höheres Alter doch nicht erreichen wird.

5. **RG.** VI. **68** 353, DJZ. **08** 819, JW. **08** 434, NaumbAK. **08** 73. Wo Schadensersatz in Form von Rentenzahlungen zu leisten ist, kommt es auf die Kausalität für jeden einzelnen Zeitabschnitt an. Die Ersatzpflicht fällt daher fort, wenn ein neuer, vom Verpflichteten nicht verschuldeter und von dem Unfalle, für den er haftet, unabhängiger Umstand eintritt, der denselben Schaden ganz oder teilweise ohnehin verursacht haben würde; anders nur, wenn die spätere Schadensursache von einem Dritten veranlaßt wird, da dieser insoweit nicht haftbar gemacht werden kann, als der Schaden schon früher verursacht war. Ebenso verändert sich die Ersatzpflicht insoweit, als der Geschädigte eine Verminderung der Unfallsfolgen durch eigenes Verschulden verhindert hat.

6. BuschsZ. **38** 238 (Jena). Ist die Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen durch Versäumnisurteil ausgesprochen, so sind die für diese Verurteilung maßgebenden Tatsachen die, welche in dem Urteil auf Grund des fingierten Zugeständnisses des § 331 als wahr unterstellt worden sind.

7. SächsOLG. **29** 458, OLG. **17** 322, NaumburgAK. **08** 96 (Dresden). Die Klage aus § 323 ist auch statthaft, wenn die Verurteilung durch Anerkenntnisurteil erfolgt war.

8. RheinZ. **1** 337 (Cöln). Die Klage ist nicht analog anwendbar, wenn die künftig fällig werdenden Leistungen durch Prozeßvergleich übernommen worden sind.

§ 325. 1. Bendix, ABürgR. **32** 213. Der Fiskus ist nicht Rechtsnachfolger des auf das Eigentum an einem Grundstücke Verzichtenden (vgl. oben Ziff. 1 zu § 928 BGB.).

2. BuschsZ. **38** 419 (KG.). Rechtsnachfolge im Sinne des § 325 ist die Nachfolge in das den Prozeßgegenstand bildende Rechtsverhältnis. Wird daher auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück auf Grund eines persönlichen Anspruchs geklagt, so wird dadurch, daß der Beklagte das Grundstück an einen Dritten aufläßt, nicht eine Rechtsnachfolge gemäß § 325 begründet, auch nicht, wenn zuvor zugunsten des Klägers wegen des Anspruchs auf Auflassung eine Vormerkung eingetragen worden war.

3. R. **08** II 595 Ziff. 3298 (Hamburg). Eine kumulative Schuldhaftung läßt sich schon nach dem Wortsinne nicht unter den Begriff „Rechtsnachfolge" bringen; denn Rechtsnachfolger kann nur der sein, welcher an des Berechtigten Stelle tritt. Aber auch eine privative Schuldübernahme fällt nicht unter diesen Begriff.

4. BayObLG. **8** 503. Die Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß, in welchem die jetzigen Parteien Streitgenossen waren, wirkt nicht auf das unter ihnen bestehende Rechtsverhältnis.

5. **RG.** VII. R. **08** II 65 Ziff. 375. Hat eine KommanditG. während eines gegen sie schwebenden Prozesses das Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven und der Firma auf Dritte übertragen, so begründet das demnächst gegen die KG. ergehende Urteil nicht die Judikatsklage gegen die Übernehmer des Geschäfts; durch die Übernahme ist die Verbindlichkeit der alten Schuldnerin nicht erloschen, vielmehr nur ein Gesamtschuldverhältnis entstanden. Das Urteil wirkt somit nur gegen die KG., nicht auch gegen die Übernehmer (§ 425 BGB.).

6. Wegen der Rechtskrafterstreckung des eine Ehefrau verurteilenden Erkenntnisses dem mit ihr in allgemeiner Gütergemeinschaft oder im gesetzlichen ehelichen Güterstande lebenden Ehemanne gegenüber s. Pagenstecher, oben Ziff. 1 zu § 1400 BGB.

7. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot, berührt Fragen über Erstreckung der Rechtskraft 70 (Veräußerungsverbot), 110 (Vormerkung) und 141 ff. (bedingte Verfügungen).

§ 328. 1. Allgemeines. **a)** Intertemporales Recht. α. Kohler, DJZ. **08** 276. Bereits bestehende ausländische Vollstreckungstitel, welche bisher im Inlande nicht vollstreckbar waren, können durch eine spätere Änderung der Gesetzgebung nicht vollstreckbar werden; ebensowenig kann durch eine Gesetzesänderung bewirkt werden, daß ausländische Vollstreckungstitel, welchen die Vollstreckbarkeit im Inlande zukam, nachträglich die Vollstreckbarkeit verlieren. Entscheidend ist vielmehr der Rechtszustand zur Zeit der Entstehung des Vollstreckungstitels. Für Urteile ergibt sich die Richtigkeit dieses Satzes insbesondere aus der Erwägung, daß die zivilistische Wirkung der res iudicata eine Verschiebung der bürgerlich rechtlichen Verhältnisse sein kann, derart, daß diese nunmehr so gestaltet werden, wie es das Urteil besagt, auch wenn sie bisher anders gestaltet waren.

Die Frage aber, ob diese urteilsmäßige Verschiebung der Verhältnisse stattgefunden hat oder nicht, kann nur entschieden werden nach den Rechtsgrundsätzen der Zeit der Entstehung der res iudicata. AM. ß. OLG. **17** 158 (Celle). § 328 gilt auch für die vor dem 1. Januar 1900 im Ausland erlassenen Urteile. Entscheidend ist lediglich, ob in dem Augenblick, in welchem es sich um die Wirksamkeit einer im Ausland erlassenen Entscheidung handelt, die Gegenseitigkeit verbürgt ist oder nicht. **b)** HansGZ. **08** Beibl. 77 (Hamburg). Die §§ 328, 722 beziehen sich nicht nur auf Urteile, sondern auf alle gerichtlichen Entscheidungen, welche einen Rechtsstreit zwischen Parteien auf Grund eines beiden Parteien Gehör gewährenden ordentlichen oder summarischen prozessualen Verfahrens erledigen (**RG. 16** 428). Danach ist auch der aus Anlaß eines Ehescheidungsprozesses erlassene Alimentenbeschluß eines Züricher Gerichts eine der Anerkennung fähige Entscheidung, da er zwar nur die Rechtslage während des Scheidungsprozesses, während dieser Zeit aber definitiv, nicht nur, wie sonst Arreste und einstweilige Verfügungen, provisorisch vorbehaltlich der mit rückwirkender Kraft erfolgenden Regelung durch Urteil ordnet. **c) RG.** II. SeuffA. **63** Ziff. 27. Mit der Einrede, daß die eingeklagte Forderung im Auslande mit Arrest belegt sei, wird nicht eine der Rechtskraft fähige ausländische Entscheidung geltend gemacht, sondern lediglich auf eine nicht in das Gebiet der deutschen Gerichtsgewalt hinübergreifende Maßregel des ausländischen Gerichts hingewiesen: eine solche ist, auch wenn für sie die Voraussetzungen des § 328 nicht gegeben sind, zu berücksichtigen. **d)** OLG. **17** 158 (Celle). Ist die Anerkennung eines ausländischen Urteils versagt, so hindert dies nicht nur die Vollstreckbarkeitserklärung im Inlande, sondern schließt die Benutzung des ausländischen Urteils nach jeder Richtung hin aus. Insbesondere kann sich der Kläger nicht darauf berufen, daß durch die Klagerhebung im Ausland eine Verjährung unterbrochen sei. **e)** R. **09** Ziff. 118 (BayObLG.). Die Kostenentscheidung in einem der Anerkennung nicht fähigen ausländischen Urteile bildet auch keine materielle Grundlage zur Geltendmachung des Anspruchs auf Kostenerstattung im Inlande.

2. Ziff. 1. **a)** OLG. **17** 323 (Celle). Es genügt, wenn nach deutschem Rechte irgendeines der Gerichte des fremden Staates, wenn auch nicht gerade das Gericht, welches das Urteil erlassen hat, zuständig ist. **b)** R. **08** II 171 Ziff. 1014 (Frankfurt). Ein gegen einen deutschen Ehemann im Ausland erwirktes Ehescheidungsurteil ist in Deutschland unwirksam. **c) RG.** I. SächsRpflA. **08** 558, BayRpflZ. **08** 419. Bei der Nachprüfung der ausländischen Zuständigkeit sowie bei der eines Verstoßes wider die guten Sitten ist der deutsche Richter nicht auf das tatsächliche Vorbringen vor dem ausländischen Gerichte beschränkt; werden die von dem ausländischen Gerichte getroffenen tatsächlichen Feststellungen aber von den Parteien nicht beanstandet, so können sie ohne weiteres dem deutschen Urteile zugrunde gelegt werden. **d)** SächsRpflA. **09** 21 (LG. Freiberg). Der Einwand, es sei die ausschließliche Zuständigkeit eines inländischen Gerichts vereinbart worden, kann, auch wenn er von dem ausländischen Gericht aus tatsächlichen Erwägungen bereits zurückgewiesen wurde, gegenüber der Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils erneut vorgeschützt werden.

3. Ziff. 2. **a)** OLG. **17** 327 (KG.). Unter dem „Staate des Prozeßgerichts" ist der Staat im völkerrechtlichen Sinne zu verstehen; es ist unerheblich, wenn die Zustellung in einem Teile des Staates vorgenommen wird, an welchem die für das ausländische Prozeßgericht maßgebende Gesetzgebung und Gerichtsverfassung nicht gilt (so bei den verschiedenen Schweizer Kantonen). **b)** R. **08** II 710 Ziff. 3869 (Colmar). Der Zustellung der Klage an den beklagten Deutschen in Person steht die Zustellung an den Generalbevollmächtigten, Prokuristen, gesetzlichen Vertreter gleich. Dagegen ist die Zustellung an einen Spezial-

oder Zustellungsbevollmächtigten keine wirksame Zustellung im Sinne der angeführten Vorschrift. c) OLG. 17 324 (Breslau). Statt der Zustellung an den Beklagten in Person genügt die Zustellung an einen dem Beklagten von der ausländischen Behörde bestellten Offizialvertreter nur dann, wenn ein Fall gegeben ist, in welchem auch nach deutschem Rechte die Beiordnung eines solchen Vertreters zulässig wäre. Daher genügt nicht die Zustellung zu Händen eines von einem österreichischen Prozeßgerichte gemäß § 116 ÖstProzeßO. bestellten Abwesenheitskurators, da ein solcher nach deutschem Rechte zur Besorgung der Vermögensangelegenheiten, nicht zur Wahrnehmung von Prozeßhandlungen, und nicht vom Prozeßrichter, sondern vom Vormundschaftsrichter zu bestellen ist.

4. Ziff. 4. OLG. **17** 323 (Celle). Die Anerkennung gemäß § 328 Ziff. 4 ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Entscheidung bei der Beurteilung des Prozeßstoffs, wie er dem ausländischen Richter vorgelegen hat, sittenwidrig ist, nicht wenn dies erst bei Heranziehung weiterer dem ausländischen Richter nicht unterbreiteter Tatsachen der Fall ist (aM. **RG.**, vgl. oben Ziff. 2 c).

5. Ziff. 5. **a**) Begriff der Gegenseitigkeit. HansGZ. **08** Beibl. 253 (Hamburg). Werden in einem fremden Staate deutsche Urteile nur insoweit anerkannt, daß dort aus ihnen mit Erfolg die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erhoben werden kann, so werden dort die deutschen Urteile in erheblich geringerem Umfang anerkannt, als es in Deutschland bei Urteilen fremder Staaten, mit denen Gegenseitigkeit besteht, der Fall ist. Das hat zur Folge, daß die Urteile jenes Staates in Deutschland überhaupt nicht, auch nicht etwa in demselben beschränkten Umfange, anerkannt werden. **b**) Einzelne Staaten. α. OLG. **17** 157 (Hamburg). Die Gegenseitigkeit mit Dänemark ist verbürgt. β. OLG. **17** 323 (Celle). Die Gegenseitigkeit mit Italien ist verbürgt. γ. Falkmann, DJZ. **08** 470. Die Gegenseitigkeit mit dem Kanton Waadt ist verbürgt, da nach einer Erklärung der Kantonregierung rechtskräftige deutsche Urteile, auch wenn sie einen vermögensrechtlichen Anspruch betreffen und im Versäumnisverfahren ergangen sind, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit für vollstreckbar erklärt werden. — Ebenso OLG. **17** 327 (KG.), vgl. auch JDR. **6** § 328 Ziff. 3 d. δ. OLG. **17** 158 (Celle). Die Gegenseitigkeit mit Holland ist nicht verbürgt. ε. OLG. **17** 157 (Hamburg). Die Gegenseitigkeit mit England ist nicht verbürgt. ζ. Zu dem Streite um die Vollstreckbarkeit kalifornischer Urteile im Deutschen Reiche (vgl. JDR. **6** § 328 Ziff. 3) äußert sich Marcuse, LeipzZ. **08** 220. Die Gegenseitigkeit wird durch das kalifornische Gesetz vom 12. März 1907 verbürgt; das von Kißkalt (LeipzZ. **07** 689) aus dem Umstande, daß Prozesse mit Ausländern an die Bundesgerichte gebracht werden können, hergeleitete Bedenken ist unbegründet, da für diese in common-law-Sachen die Gesetze der Einzelstaaten gemäß Art. 721 der revidierten Verfassung maßgebend sind. — Demgegenüber weist Kißkalt, ebenda 295, darauf hin, daß keineswegs alle Vollstreckungsklagen als common-law-Sachen zu betrachten sind; in equity-Sachen sei aber die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. — RheinZ. **1** 339 (Colmar) kommt in der Frage, ob die Gegenseitigkeit mit Kalifornien verbürgt ist, ebenfalls zu einem verneinenden Ergebnisse. Die Vorschrift des § 1915 des kalifornischen C. of c. pr. in der Fassung des Gesetzes vom 11. März 1907, wonach ausländische Urteile in Kalifornien dieselbe Wirkung haben sollen wie in dem Lande, in welchem sie erlassen sind, und außerdem die Wirkung eines kalifornischen Endurteils, ist in sich widerspruchsvoll. Daß jedenfalls deutsche Urteile nicht ebenso wie in Deutschland durch einfache Beifügung einer Vollstreckungsklausel vollstreckbar gemacht werden können, ist sicher. Selbst Urteile der anderen amerikanischen Staaten bedürfen einer kalifornischen Vollstreckbarkeitsentscheidung. Hinzu kommt, daß ausländische Urteile im equity-Verfahren in einem weit über das deutsche Recht hinausgehenden Maße

der Anfechtung ausgesetzt sind, unter anderem wegen neuer Beweismittel, welche die Partei ohne Verschulden nicht gekannt oder nicht beigebracht hatte; ferner wenn die Partei ein Beweismittel durch Verschulden des Gegners nicht beigebracht hatte; wegen Zufalls oder Überraschung; endlich ganz allgemein wegen arglistiger Täuschung. η. Knauth, RheinZ. 1 93. Die Gegenseitigkeit mit einer Reihe nordamerikanischer Staaten, insbesondere mit dem Staate New-York, ist verbürgt.

§ 329. 1. BayObLG. 8 182 = JDR. **6** a.

2. BuschsZ. **38** 550 (Colmar). Der Richter ist in der Lage, neben der im Gesetze vorgeschriebenen Zustellung nicht verkündeter Beschlüsse und Verfügungen telegraphische Benachrichtigungen an die Beteiligten zu erlassen, z. B. um ihnen eine Reise zu einem in letzter Stunde aufgehobenen auswärtigen Termine zu ersparen; eine Verpflichtung des Gerichts zu telegraphischer Benachrichtigung ist aber nicht anzuerkennen.

3. Reformvorschlag. Michels, R. **08** 108. Der Vorsitzende ist befugt, in dringenden Fällen verpflichtet, Anträge aus §§ 36, 109 und 715, 118, 204, 707, 719, 732, 769, 771 ZPO. ohne das Kollegium zu entscheiden. Gegen seine Anordnung ist entsprechend § 576 Abs. 1 die Entscheidung des Kollegiums anzurufen.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

Vorbemerkung: In der Streitfrage, ob das in einem der ladenden Partei selbst unbekannt gebliebenen Termin erlassene Versäumnisurteil zu Recht ergangen sei oder nicht, sind drei Landgerichte der herrschenden Meinung beigetreten (§ 335 Ziff. 2). — Bemerkenswert ist der Beschluß der RTK. über die Form der Einlegung des Einspruchs.

§ 330. **RG.** III. JW. **08** 750 Ziff. 20. Die Pflicht, im Verhandlungstermine zu erscheinen, sowie die Befugnis, gegen den nicht erschienenen Gegner ein Versäumnisurteil zu erwirken, bemißt sich ausschließlich nach den gesetzlichen Bestimmungen und nach den Interessen der vertretenen Partei. Die sich für Fälle der Versäumung unter Rechtsanwälten etwa ausbildenden Geschäftsgewohnheiten — z. B. daß ein Versäumnisurteil nur nach vorheriger Ankündigung genommen wird — stehen außerhalb der Sphäre des Rechtes. Ein Prozeßbevollmächtigter, der sich auf einen solchen Brauch verläßt, handelt daher seinem Auftraggeber gegenüber auf seine Gefahr.

§ 331. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 646. Erklärt im Versäumnisverfahren der Kläger die Hauptsache für erledigt, so hat er die Tatsachen anzuführen, die einen nachträglichen Erledigungsgrund ergeben (nachträgliche Zahlung des Beklagten usw.). Unterläßt er dies oder ergibt sich aus seinem Vorbringen kein nachträglicher Erledigungsgrund, so gilt seine Erklärung als Klagerücknahme.

2. HessRspr. **9** 57, NaumburgAK. **08** 58 (Darmstadt). Ein Läuterungsurteil kann nicht als Versäumnisurteil ergehen.

§ 335. 1. Ziff. 1. OLG. **17** 319 (Hamburg). Die Tatsache, daß der Beklagte sich im Besitz einer beglaubigten Abschrift der Klageschrift befindet, in Verbindung mit dem Umstande, daß der Kläger die Klage zurückgenommen hat, ohne zu erwähnen, daß er sie noch gar nicht zugestellt habe, genügt zum Nachweise der Klagezustellung.

2. Ziff. 2. SächsRpflA. **08** 298 (LG. Leipzig). Ist die ladende Partei im Termine deswegen nicht erschienen, weil sie die durch Vermittelung des Gerichtsschreibers zugestellte Ladung nicht rechtzeitig zurückerhalten hatte, so ist das gegen sie erlassene Versäumnisurteil gleichwohl zu Recht ergangen. Aus dem dem Gesetze zugrunde liegenden Prinzipe der Selbstladung folgt, daß der Ladende verpflichtet ist, rechtzeitig Erkundigungen über den auf seine Ladung hin anberaumten Termin einzuziehen. — Ebenso KGBl. **08** 55 (LG. I Berlin) und HansGZ. **08** Beibl. 154

(LG. Hamburg). — Demgegenüber hält Meyer (Breslau), GruchotsBeitr. **52** 589, in einer Erwiderung auf den Aufsatz von Jaritz (vgl. JDR. **6** § 335 Ziff. 4) an der gegenteiligen Ansicht fest.

3. Ziff. 3. **RG.** VI. JW. **08** 453 Ziff. 20. In der Ladung des Rechtsnachfolgers „zur Aufnahme des Rechtsstreits" ist die stillschweigende Ankündigung zu finden, daß im Falle des Nichterscheinens der Antrag gestellt werden wird, das Verfahren für aufgenommen zu erklären.

§ 338. OLG. **17** 321 (KG.). Anders als durch Einspruch kann das Versäumnisurteil nicht beseitigt werden. Eine Einigung der Parteien, wonach unter Verzicht des Klägers auf alle Rechte aus dem Versäumnisurteile die Verhandlung fortgesetzt werden soll, ist unwirksam, die in Ausführung dieser Vereinbarung stattgehabte Verhandlung nichtig.

§ 340. Reform. Nach den Beschlüssen der RTKomm. soll künftig die Einlegung des Einspruchs und der Berufung statt durch Zustellung durch Einreichung einer Schrift bei Gericht erfolgen.

§ 343. 1. **RG.** VI. R. **08** II 274 Ziff. 1614. Ist eine unzulässige Berufung durch Versäumnisurteil als unbegründet zurückgewiesen worden, so ist, falls es demnächst zu einer weiteren Entscheidung kommt, diese dahin zu treffen, daß die in dem Versäumnisurteil enthaltene Entscheidung mit der Maßgabe aufrechterhalten wird, daß die Berufung als unzulässig verworfen wird.

2. DJZ. **08** 624 (Hamburg). Ein Versäumnisurteil ist schon dann aufzuheben, wenn nach der weiteren Verhandlung bedingt erkannt werden muß, nicht erst im Läuterungsurteile.

§ 344. 1. BayRpflZ. **08** 443 (Bamberg). Ein Versäumnisurteil ist nicht deswegen ungesetzlich, weil die das Versäumnisurteil rechtfertigenden tatsächlichen Behauptungen der Wahrheit nicht entsprechen oder sogar wissentlich falsch vorgebracht waren. Die Kosten treffen daher den säumigen Beklagten, auch wenn derselbe schon vor dem Termine den Kläger befriedigt und der letztere das Versäumnisurteil unter Verschweigung dieser Tatsache erwirkt hat.

2. OLG. **17** 320 (KG.). Die Kosten des Versäumnisverfahrens treffen die säumige Partei auch dann, wenn die Klage nach Erhebung des Einspruchs zurückgenommen wird.

3. OLG. **17** 159 (Hamburg). Die Kosten der Vollstreckung eines Versäumnisurteils gehören nicht zu den Kosten der Versäumnis.

§ 345. HansGZ. **08** Beibl. 92 (Hamburg). Gegen ein auf Verwerfung des Einspruchs lautendes Urteil ist auch dann ein weiterer Einspruch nicht zulässig, wenn in einem dem ersten Versäumnisurteile folgenden Termine zur Hauptsache verhandelt worden war und daher gemäß § 343 auf Aufrechterhaltung des Versäumnisurteils zu erkennen gewesen wäre.

§ 347. R. **08** II 670 Ziff. 3656 (Colmar). Selbst wenn die Vorabentscheidung, durch welche der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden ist, die Rechtskraft beschritten hat, ist die Klage auf Antrag des Beklagten durch Versäumnisurteil abzuweisen, wenn der Kläger in der über den Betrag seines Anspruchs anberaumten Verhandlung trotz gehöriger Ladung ausbleibt.

Vierter Titel. Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§ 354. **RG.** VII. R. **09** II Ziff. 331. Die Ausschlußwirkung tritt nur ein, falls im vorbereitenden Verfahren alle von den Parteien geltend gemachten Ansprüche und Rechtsbehelfe berücksichtigt und erschöpfend behandelt worden sind.

Fünfter Titel. Allgemeine Vorschriften über die Beweisaufnahme.

§ 355. SächsRpflA. **09** 70 (LG. Leipzig). Aus der Vorschrift des § 355 ZPO. ergibt sich, daß die Übertragung der Beweisaufnahme im Amtsgerichtsprozeß auf einen anderen Richter des Prozeßgerichts ausgeschlossen ist; mithin ist auch die Erledigung eines Beweisbeschlusses durch einen als Richter kraft Auftrags fungierenden Referendar unzulässig. Das von dem Referendar errichtete Protokoll ist, da es nicht den Charakter einer öffentlichen Urkunde hat, auch nicht als solches im Wege des Urkundenbeweises verwertbar. — Zum gleichen Ergebnisse kommt KGBl. **09** 6 (LG. II Berlin).

§ 357. *Ortlieb, Ausländische Rechtshilfeersuchen, BuschsZ. **38** 385. Bei der Erledigung ausländischer Rechtshilfeersuchen ist zwar auch den Parteien von dem Beweistermine Nachricht zu geben und ihnen die Anwesenheit in dem Termine zu gestatten. Doch ist ihre rechtliche Stellung eine wesentliche andere als bei inländischen Rechtshilfeersuchen. Sie haben nicht das Recht, von dem ersuchten Richter die genaue Beobachtung der deutschen Verfahrensvorschriften zu verlangen, sofern nur das Verfahren dem ausländischen Rechte genügt.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: Von erheblicher praktischer Bedeutung sind die OLGEntsch. über das Zeugnisverweigerungsrecht des Redakteurs (§ 383 Ziff. 5 g und h), ferner die Entscheidung zu § 384 Ziff. 2 b.

§ 373. 1. Über Benutzung von Zeugenaussagen, welche sich in anderen Akten befinden vgl. § 286 Ziff. 2.

2. Antretung des Zeugenbeweises. **a)** Bezeichnung der Zeugen. **RG.** WarnErgbd. **08** Ziff. 417. Der Zeugenbeweis kann nicht dadurch angetreten werden, daß die Vernehmung von Zeugen, deren Namen aus heranzuziehenden Akten zu entnehmen seien, beantragt wird. **b)** Beweisthema. α. **RG.** V. R. **08** II 66 Ziff. 376. Auch über Vorgänge in der Seele eines Dritten ist unter Umständen Zeugenbeweis zulässig, z. B. darüber, daß jemand erst durch eine Mitteilung des Zeugen über einen ihm bis dahin unbekannten Sachverhalt unterrichtet worden sei. β. Über das Erfordernis der bestimmten Bezeichnung des Beweisthemas vgl. **RG.** II. R. **08** II 207 Ziff. 1237.

3. Wer kann Zeuge sein? **a)** Hellwig, Lehrbuch III 135. Ein Streitgenosse kann über eine Tatsache, welche in diesem Prozesse lediglich für einen anderen Streitgenossen von Bedeutung ist, als Zeuge vernommen werden (Beispiel: der mit dem Bürgen zusammen verklagte Hauptschuldner kann nicht über die Zurückzahlung des Darlehens, wohl aber über die Übernahme der Bürgschaft als Zeuge vernommen werden). **b)** **RG.** VI. 19. 12. 07, **67** 265, JW. **08** 70 Ziff. 3. In einem Prozesse, welchen ein Ehemann als Haupt der Gütergemeinschaft führt, ist, auch wenn der Prozeß über ursprüngliches Frauenvermögen geführt wird, die Ehefrau nicht Partei; sie kann daher als Zeugin vernommen werden, denn der Mann führt den Prozeß aus eigenem Rechte und nicht als Vertreter der Frau, mag diese auch im Sinne des § 393 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. unmittelbar beteiligt sein. **c)** **RG.** V. JW. **08** 529 Ziff. 14. Daß die Ehefrau „im Beistande des Ehemanns“ klagt, kann bedeuten, daß der Ehemann als Partei mitwirkt oder daß er nur seine Zustimmung zur Prozeßführung der Frau erteilt habe, in welchem letzteren Falle er Dritter ist und daher als Zeuge vernommen werden kann. **d)** **RG.** VI. JW. **08** 748 Ziff. 18. Der Kommanditist kann im Rechtsstreite der KG. nicht als Zeuge vernommen werden. Ist er trotzdem vernommen worden, so kann das Protokoll über seine Aussage im Wege des Urkundenbeweises als Indiz für die Wahrheit oder Unwahrheit der den Gegen-

stand der Vernehmung bildenden Tatsache benutzt werden. e) **RG.** VII. R. **08** II 544 Ziff. 3053. Die nicht zum Vorstande gehörigen Mitglieder eines verklagten nicht rechtsfähigen Vereins können in dem Prozeß als Zeugen vernommen werden. f) DJZ. **08** 597 (KG.). Die Zession, welche lediglich geschehen ist, um den Zedenten als Zeugen auftreten zu lassen, ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig; der Zedent kann daher in solchem Falle nicht als Zeuge vernommen werden.

4. **RG.** VI. R. **08** 306 Ziff. 1839. Die eidliche Aussage des nachträglich Partei gewordenen Zeugen ist in der **RG. 29** 343, GruchotsBeitr. **43** 493 dargelegten Weise benutzbar.

§ 374. **RG.** VII. WarnErgbd. **08** Ziff. 98 läßt die Frage, ob der in erster Instanz vernommene Zeuge, welcher in zweiter Instanz nach Erlaß eines Beweisbeschlusses abermals benannt wird, als neuer Zeuge anzusehen ist, offen.

§ 376. RheinA. **106** I 53 (Cöln). Auch wenn die Parteien den Notar von der Verschwiegenheitspflicht entbunden haben, darf dieser nur mit Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde als Zeuge vornommen werden.

§ 379. 1. Weber, SeuffBl. **08** 960. Es ist unzulässig, dem ersuchten Richter die Feststellung der Höhe des Auslagenvorschusses zu übertragen.

2. **RG.** R. **08** II 207 Ziff. 1239. Der Bestimmung einer Frist für die Hinterlegung eines Auslagenvorschusses bedarf es nicht mehr wenn sich die Partei bestimmt weigert, den Vorschuß zu leisten.

3. **RG.** I. R. **08** II 431 Ziff. 2489. Die Nichtleistung des Vorschusses innerhalb der vom Gerichte festgesetzten Frist hat an sich keinerlei nachteilige Wirkungen für den Beweisführer; es muß noch die Verzögerung des Prozesses hinzukommen.

4. **RG.** VI. WarnE. **08** 256. Das Gericht bleibt beim Sachverständigenbeweis auch im Falle der Nichtzahlung des Vorschusses befugt, von Amts wegen einen Sachverständigen zu vernehmen.

§ 380. 1. SächsOLG. **29** 263. Das Gericht, welches das Ausbleiben eines Zeugen als entschuldigt anzusehen beschlossen hat, kann diesen Beschluß nicht nachträglich abändern, weil es in einen Irrtum versetzt worden sei.

2. Die Entscheidung über den Strafbeschluß des ersuchten Richters steht dem Prozeßgerichte zu, vgl. § 576.

§ 381. HessRspr. 8 155 (Darmstadt). Der wegen Ausbleibens bestrafte Zeuge kann mit der Beschwerde auch Entschuldigungsgründe verbinden. Sie sind in der Regel glaubhaft zu machen. Ist dies nicht geschehen, hat er aber Beweismittel für seine Entschuldigungsgründe angeführt, so muß das Gericht sie erheben. — Die Kosten eines zur Entschuldigung geeigneten ärztlichen Attestes sind dem Zeugen aus der Staatskasse zu erstatten.

§ 383. 1. Ziff. 1. **RG.** (Straff.) JW. **08** 359 Ziff. 6. Das Ehehindernis des § 1312 BGB. steht mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Befreiung der Annahme eines Verlöbnisses nicht entgegen.

2. Ziff. 2. **RG.** (Straff.) JW. **08** 589 Ziff. 76. Auch der in bigamischer Ehe lebende Ehegatte hat das Zeugnisverweigerungsrecht.

3. Ziff. 3. OLG. **17** 160 (Celle). Ein Zeuge, welcher mit einzelnen von mehreren Streitgenossen verwandt ist, kann sein Zeugnis überhaupt verweigern.

4. Ziff. 4. **RG.** (Straff.) DJZ. **08** 1224. Hat ein Geistlicher Vermittelungsversuche zwischen seinem Beichtkind und einer dritten Person gemacht, so gehören auch die Mitteilungen, welche ihm der Dritte bei dieser Gelegenheit gemacht hat, zu den ihm „bei Ausübung der Seelsorge" anvertrauten Tatsachen.

5. Ziff. 5. a) **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 680. Anvertraut ist dem Notar nicht nur das von dem Beteiligten ausdrücklich Mitgeteilte, sondern auch alle anderen ihm anläßlich eines Geschäfts zur amtlichen Kenntnis gebrachten Tatsachen. b) **RG.** V. ZBlFG. **9** 32, KGBl. **08** 73. Der Notar ist jedem einzelnen

der mehreren Beteiligten einer von ihm aufgenommenen Verhandlung nur insoweit zur Verschwiegenheit verpflichtet, als die Beteiligung des einzelnen reicht, also nicht insoweit, als nur die Erklärung eines anderen Beteiligten, die nur für einen anderen Beteiligten bestimmt war, in Betracht kommt. c) **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 680. Auch auf Angestellte von Notaren erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht. — Ebenso KGBl. **09** 16 (KG.). d) Trotz Einverständnisses der Beteiligten darf der Notar nur mit Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde aussagen (vgl. § 376). e) OLG. **17** 160, BayRpflZ. **08** 228 (Bamberg). a) Die Inhaber von Auskunfteien sind sowohl über die ihnen mitgeteilten Tatsachen, wie auch über die Quellen der von ihnen erteilten Auskünfte zur Zeugnisverweigerung berechtigt. b) Auch der Angestellte einer Auskunftei ist zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Müßte er aussagen, so würde das Zeugnisverweigerungsrecht des Inhabers der Auskunftei illusorisch werden, auch würde er dem Inhaber gegenüber durch die Aussage einen Vertrauensbruch begehen. f) OLG. **17** 329 (Dresden). Der Zeitungsredakteur ist als Zeuge berechtigt, die Nennung des Einsenders eines politischen Zeitungsartikels zu verweigern. g) Ebenso R. **08** II 596 Ziff. 3299 (Hamburg) für einen Zeitungsaufsatz, welcher sich mit dem Geschäftsbetrieb einer Prozeßpartei befaßte.

6. OLG. **17** 162 (Hamburg). Der Zeuge, welcher bereits begonnen hat auszusagen, kann gleichwohl jederzeit im Laufe der Vernehmung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht zurückkommen.

§ 384. 1. Ziff. 2. a) Landé, DJZ. **08** 694. Der Zeuge kann die Aussage verweigern, wenn bei Beantwortung der Frage in bejahendem oder in verneinendem Sinne die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung gegeben ist, ohne daß er sich darüber auszulassen braucht oder zu untersuchen ist, ob seine Aussage bejahend oder verneinend ausfallen würde. Demgemäß ist, was in der Praxis oft nicht beachtet wird, der Zeuge dahin zu belehren, daß er seine Aussage auch dann verweigern darf, wenn er ohne Gefahr aussagen könnte. — Zustimmend Hamm aaO. 804. b) **RG.** III. LeipzZ. **08** 375 Ziff. 9. Einem Angestellten gereicht es zur Unehre, daß er sich hinter dem Rücken des Dienstherrn von einem Lieferanten Gratifikationen geben ließ. c) **RG.** III. OLG. **17** 162 Anm. Der frühere Angestellte des Klägers, welcher jetzt im Dienste des Beklagten steht, kann das Zeugnis darüber verweigern, ob ihm vor Eintritt in den Dienst des Beklagten die Erstattung der für diesen Fall an den Kläger zu leistenden Vertragsstrafe versprochen worden ist.

2. Ziff. 3. a) **RG.** VI. BayRpflZ. **08** 228. Zum Gewerbegeheimnisse gehört nicht nur das Produktionsgeheimnis, sondern auch andere geschäftliche Geheimnisse, so bei Auskunfteien die Quellen ihrer Auskünfte. b) KGBl. **09** 4 (KG.). Es mag richtig sein, daß Verkaufspreise nicht schlechthin Gewerbegeheimnis sein können, weil sie zur Offenlegung in Preislisten u. dgl. bestimmt sind (**RG. 53** 43). Anders aber ist es mit der Kundschaft, an deren Geheimhaltung der Kaufmann das größte Interesse hat. — Ebenso KGBl. **09** 5 (LG. I Berlin). c) OLG. **17** 162 (Celle). Die Bezugsquellen und die Bezugspreise gehören zum Gewerbegeheimnisse. Die Offenbarung dieser Tatsachen würde einer Aufdeckung des gesamten Vermögensstandes gleichkommen. Über letzteren aber kann das Zeugnis auch dann verweigert werden, wenn die Aufdeckung nicht zuungunsten des Inhabers des Gewerbebetriebs sprechen würde (anders mit Unrecht das **RG. 54** 323). d) Die Entscheidung, wonach über die Nummer eines Patents, welches in dem Gewerbebetrieb, in dem der Zeuge angestellt ist, benutzt wird, das Zeugnis nicht verweigert werden kann (JDR. **6** Ziff. 3 b), ist jetzt auch in GruchotsBeitr. **52** 445 abgedruckt. Bedenken gegen diese Entscheidung äußert Landenberger, ZJndR. **2** 252.

§ 385. 1. Ziff. 2. Hilse, R. **08** 73. Die uneheliche Mutter ist gemäß § 385 Ziff. 2 verpflichtet, auszusagen, wer der Vater ihres Kindes ist.

2. Ziff. 3. a) v. Warnstedt, R. **08** 536, folgert aus dem Systeme des BGB., daß die Vorschriften über die eheliche Verwandtschaft auf das zwischen „unehelichen Verwandten" bestehende Verhältnis entsprechend anzuwenden seien. Mithin könne die uneheliche Mutter gemäß § 385 Ziff. 3 über die Person des Erzeugers des Kindes das Zeugnis nicht verweigern. **b)** BayObLG. **8** 487, SeuffA. **63** 117 (BayObLG). Eine Tatsache betrifft dann eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit, wenn sie mit ihr in sachlichem Zusammenhange steht; daß die Vermögensangelegenheit von der Tatsache abhängt, ist nicht erforderlich. c) SächsRpflA. **08** 117 (LG. Leipzig). Die außereheliche Mutter ist hinsichtlich der exceptio plurium zeugnispflichtig, da das Verhältnis zwischen dem außerehelichen Erzeuger und dem Kinde ein dem Familienverhältnis ähnliches ist, durch welches die streitige Vermögensangelegenheit bedingt wird und der Anspruch des Kindes von der das Verhältnis zur Mutter begründenden Tatsache des Beischlafs abhängt. — AM. dasselbe Gericht aaO. Ein Familienverhältnis besteht nur zwischen Mutter und Kind; dieses ist aber nicht bedingend für die streitige Vermögensangelegenheit. **d)** OLG. **17** 330 (Celle). Für den Bruder ist sowohl die Tatsache, daß der Schwester vom Vater der Hof übertragen worden war, eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit, wie auch die — für die Pflichtteilsklage eines anderen Bruders erhebliche — Frage, welchen Wert der Hof zur Zeit der Übertragung gehabt hat. **e)** **RG.** I. HoldheimsMSchr. **17** 237. Ein Gesellschaftsverhältnis zwischen nahen Verwandten ist nicht eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit.

3. Ziff. 4. **RG.** VI. R. **08** II 307 Ziff. 1842. Bloße Wahrnehmungen im Gegensatze zu Handlungen fallen nicht unter § 385 Ziff. 4.

§ 386. *Ortlieb, Ausländische Rechtshilfeersuchen, BuschsZ. **38** 394 ff. Die nach der ZPO. begründete Zeugnispflicht ist durch das HaagProzeßAbk. auch auf die Fälle ausgedehnt worden, in denen Zeugen auf Ersuchen von Gerichten der Vertragsstaaten vernommen werden sollen. Dagegen ist bei Ersuchen anderer als der Vertragsstaaten des HaagProzeßAbk. eine Zeugnispflicht für die Inländer nach Reichsrecht nicht begründet, sondern event. nur nach Landesrecht. Der Grundsatz, daß die ersuchten deutschen Gerichte eigene Gerichtsbarkeit ausüben, steht dem nicht entgegen, da deutsche Gerichte eigene Gerichtsbarkeit auch nach Maßgabe der Landesgesetze ausüben können. Das Recht eines Zeugen, seine Aussage zu verweigern, bestimmt sich bei Rechtshilfeersuchen ausländischer Gerichte lediglich nach deutschem Rechte; auf etwaige weitergehende Zeugnisverweigerungsgründe des ausländischen Rechtes kann sich der Zeuge nicht berufen. Doch können die Parteien der prozessualen Verwertung einer trotz des ausländischen Weigerungsrechts erzwungenen Aussage vor dem ausländischen Prozeßgerichte widersprechen.

§ 387. 1. OLG. **17** 106, SchlHolstAnz. **08** 112 (Kiel). Die in die Prozeßkosten verurteilte Partei hat auch die Kosten des Anwalts zu ersetzen, den ein Zeuge zu seiner Vertretung in dem Zwischenstreit über sein Zeugnisverweigerungsrecht angenommen hat. ➠ Diese Entscheidung ist unrichtig. Über die Kosten des Zwischenstreits ist im Zwischenurteile zu entscheiden. So auch KGBl. **09** 5 (KG.). Wird die Zeugnisverweigerung für unberechtigt erklärt, so treffen gemäß § 91 die Kosten den Zeugen als die im Zwischenstreit unterliegende Partei; andernfalls ist die Partei kostenpflichtig, welche dadurch, daß sie die Zeugenaussage verlangt hat, Anlaß zum Zwischenstreite gegeben hat. Im Hauptprozesse kann über die Kosten des Zwischenstreits schon deswegen nicht erkannt werden, weil die Parteien des Hauptprozesses nicht mit denen des Zwischenstreits identisch sind. Red. ⟵

2. *Ortlieb, BuschsZ. **38** 411. Bei Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland entscheidet über die Berechtigung eines Zeugen, seine Aussage zu verweigern, nicht das ausländische Prozeßgericht, sondern der ersuchte deutsche Richter, und zwar im

Beschlußverfahren ohne Zuziehung der Parteien. Der ergehende Beschluß ist dem Zeugen von Amts wegen zuzustellen. Gegen den Beschluß findet die sofortige Beschwerde statt. Erst nach Rechtskraft des Beschlusses kann gegen den Zeugen, wenn er auf seiner Weigerung beharrt, durch einen neuen Beschluß eine Strafe festgesetzt werden.

§ 389. 1. **RG.** VI. **67** 343, JW. **08** 146 Ziff. 20. Der Zeuge, welcher dem beauftragten Richter gegenüber schriftlich das Zeugnis verweigert hat, ist zu einem zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung anzuberaumenden Termine vor das Prozeßgericht zu laden, und zwar nicht als Zeuge, sondern als am Zwischenstreite Beteiligter. Wird er zu dem bereits zur Verhandlung über die Hauptsache anstehenden Termine geladen, so muß er sich als Zeuge geladen betrachten (eine Ladung, welcher er gemäß § 386 Abs. 3 nicht Folge zu leisten braucht). Ein solches Verfahren ist im Sinne des § 579 Ziff. 4 ZPO. nichtig; das auf Grund eines solchen ergangene Zwischenurteil ist daher auf Beschwerde aufzuheben.

2. **RG.** VI. **67** 364, JW. **08** 145 Ziff. 17. Durch die Bestimmung, daß bei der Verhandlung über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung neue Tatsachen, die nicht schon vorher in der im § 386 Abs. 1 bzw. § 389 Abs. 1 bezeichneten Weise schriftlich festgelegt worden sind, nicht geltend gemacht werden dürfen, wird die Berücksichtigung einer dem Vorbringenden selbst nachteiligen tatsächlichen Erklärung nicht ausgeschlossen, ebensowenig die Anwendung des § 570, wonach die Beschwerde auf neue Tatsachen gestützt werden kann.

§ 390. 1. *Ortlieb, BuschsZ. **38** 411. Bei Rechtshilfeersuchen ausländischer Gerichte der Vertragsstaaten des HaagProzeßAbk. hat bei der Zeugnisverweigerung eines Zeugen bei Festsetzung der Strafe ein doppeltes Beschlußverfahren stattzufinden (vgl. auch § 387 Ziff. 2).

2. Zur Beschwerde gegen den Strafbeschluß des ersuchten Richters vgl. § 576.

§ 392. Entwurf. Seuffert, DJZ. **08** 1188, hält die durch den Entwurf zugelassene gleichzeitige Beeidigung mehrerer Zeugen für bedenklich, ebenso die Abschaffung des Voreids (beide Änderungen sind inzwischen von der RTKomm. angenommen worden).

§ 393. 1. Unmittelbare Beteiligung. **a)** SeuffA. **63** 213 Ziff. 124 (München). Eine unmittelbare Beteiligung des Zeugen ist nicht nur dann gegeben, wenn das ergehende Urteil ihm gegenüber Rechtskraft schafft, sondern auch, wenn der Ausgang des Rechtsstreits ihm unmittelbar zugute kommt, so wenn die Ehefrau in einem vom Ehemann im eigenen Namen über ihre Rechte geführten Prozeß als Zeugin vernommen wird. **b)** R. **08** II 671 Ziff. 3658 (Frankfurt). Der Gemeinschuldner ist am Ausgange des über die Zugehörigkeit von Ansprüchen zur Konkursmasse geführten Prozesses unmittelbar beteiligt. **c)** BayObLG. **9** 17, OLG. **17** 162 Anm. (BayObLG.). Klagt ein Gründer einer AG. gegen einen anderen Gründer wegen Betrugs bei der Gründung, so sind die übrigen Gründer nicht deswegen, weil sie wegen ihres Verhaltens bei der Gründung möglicherweise ebenfalls schadensersatzpflichtig sind, unmittelbar beteiligt. **d)** Reform. Die RTKomm. hat beschlossen, die Ziff. 4 des § 393 so zu fassen: „Personen, welche ein rechtliches Interesse daran haben, daß in dem Rechtsstreite die eine Partei obsiege, Personen, welche einen in dem Rechtsstreite geltend gemachten Anspruch übertragen haben, auch dann, wenn sie zur Gewährleistung nicht verpflichtet sind." ➛ Einen Versuch, die Zeugenschaft des Zedenten schon nach geltendem Rechte wenigstens in besonders krassen Fällen zu beseitigen, stellt die oben bei § 373 Ziff. 3e mitgeteilte RGEntscheidung dar. Red. ⟵

2. **RG.** V. R. **08** II 275 Ziff. 1616. Ist ein Zeuge, der uneidlich zu vernehmen war, vom beauftragten Richter vereidigt worden, so hat die Aussage als eidliche

zu gelten, wenn das Prozeßgericht erklärt, daß es den Zeugen gleichfalls beeidet haben würde.

§ 396. **RG.** I. WarnE. **08** Ziff. 418. Es ist zulässig, im Protokoll auf schriftliche Ausführungen der Zeugen zu verweisen, sofern der Inhalt derselben mit den Zeugen mündlich erörtert und von ihnen bestätigt worden ist.

§ 398. 1. **RG.** VI. JW. **08** 304 Ziff. 13. Haben die Parteien sich darüber geeinigt, daß die Aussage eines in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen auch für den gegenwärtigen Rechtsstreit gelten soll — eine Einigung, welche auch stillschweigend getroffen werden kann —, so ist, falls die abermalige Vernehmung des Zeugen beantragt wird, über diesen Antrag gemäß § 398 Abs. 1 nach freiem Ermessen zu entscheiden.

2. **RG.** III. R. **08** II 500 Ziff. 2857. Werden, nachdem Zeugen über ein Rechnungsverhältnis vernommen sind, später die von den Zeugen seiner Zeit ausgestellten Rechnungen vorgelegt, so liegt die nochmalige Vernehmung der Zeugen im richterlichen Ermessen.

3. **RG.** I. R. **08** II 710 Ziff. 3872. Wenn ein Zeuge, der im eidesunmündigen Alter und darum uneidlich vernommen worden ist, während des Prozesses eidesmündig geworden ist, so ist dem Antrag auf nochmalige und nunmehr eidliche Vernehmung zu entsprechen, wenn das Gericht die Aussage lediglich deshalb, weil sie nicht beeidet ist, nicht als beweiskräftig erachtet.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 402. 1. a) **RG.** VI. R. **08** II 375 Ziff. 2211. Die Benutzung außergerichtlicher Mitteilungen eines Zeugen als Grundlage des Gutachtens ist unstatthaft. Nicht unzulässig ist es aber, daß ein Sachverständiger sich Einzelheiten, über welche ein Zeuge sich bei der gerichtlichen Vernehmung geäußert hat, von diesem zur Sicherheit nochmals persönlich bestätigen und erläutern läßt. b) **RG.** II. R. **08** II 134 Ziff. 819. Wenn es bei einem Gutachten darauf ankommt, wie die Ware gerade von der einen Partei habe verwertet werden können, so kann der Sachverständige die ihm bekannte Art des Geschäftsbetriebs der Partei mit in den Kreis seines Gutachtens ziehen; seine Kenntnis darüber ist nur eine Grundlage seines Gutachtens.

2. **RG.** III. JW. **08** 680 Ziff. 24. Die Einholung und Benutzung fachbehördlicher Gutachten als urkundlicher Belege wissenschaftlicher Auffassung ist zulässig.

§ 406. 1. Besorgnis der Befangenheit. a) R. **08** II 275 Ziff. 1617. Das bei jedem Beamten vorauszusetzende allgemeine Interesse an der Förderung der Angelegenheiten des Staates oder der Gemeinde begründet für sich allein in Prozessen gegen letztere noch kein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der Begutachtung. b) BayRpflZ. **09** 28 (München). Wenn auch die Verwandtschaft des Sachverständigen mit dem gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person weder rechtlich noch tatsächlich der mit einer Partei selbst gleichsteht, so genügt sie doch, um in einem Rechtsstreite gegen die juristische Person den Verdacht der Befangenheit des Sachverständigen zu rechtfertigen. c) **RG.** V. BayRpflZ. **08** 269. Der Umstand, daß der Sachverständige vor Erhebung der Klage geäußert hat, daß die Ansprüche der Kläger begründet seien und sie den Prozeß gewinnen müßten, rechtfertigt nicht den Verdacht der Befangenheit. d) **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 99. Die Tatsache, daß der Sachverständige für den Gegner ein Privatgutachten angefertigt hat, rechtfertigt nicht den Vorwurf der Befangenheit. e) **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 258. Daß ein Sachverständiger der Gegenpartei gegen Entgelt ein Gutachten geliefert hat, reicht zur Begründung des Vorwurfs der Befangenheit dann nicht aus, wenn die Parteien sich vor Streitbeginn darüber geeinigt hatten, daß beide vorerst Gutachten je eines Sachverständigen einholen sollten. Die Partei kann aus diesem mit ihrer

Zustimmung eingeschlagenen Verfahren nicht nachträglich einen Ablehnungsgrund herleiten.

2. Glaubhaftmachung. OLG. **17** 331 (KG.). Die Bezugnahme auf eine vom Gerichte herbeizuführende Äußerung des Sachverständigen ist kein zulässiges Glaubhaftmachungsmittel.

3. Beschwerdeverfahren. OLG. **17** 163 (KG.). Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs wird keineswegs dadurch gegenstandslos, daß vor Erledigung derselben das erstinstanzliche Urteil ergeht, da nämlich, falls der Beschwerdeführer durchdringt, die Benutzbarkeit des Gutachtens in der zweiten Instanz ausscheidet. (Anders, falls die Entscheidung, welcher das Gutachten zugrunde lag, nur noch mit der Revision angefochten werden kann, **RG. 60** 110.)

4. Ausländisches Rechtshilfeersuchen. *Ortlieb, BuschsZ. **38** 406. Bei ausländischen Rechtshilfeersuchen richtet sich das Recht, einen Sachverständigen abzulehnen, lediglich nach dem ausländischen Rechte. Über das Ablehnungsgesuch entscheidet in allen Fällen, auch wenn die Ernennung des Sachverständigen dem deutschen Richter überlassen war, das ausländische Prozeßgericht.

5. Schultzenstein, PrVerwBl. **29** 825. Im preußischen Verwaltungsstreitverfahren ist ein Recht zur Ablehnung von Sachverständigen nicht gegeben.

§ 407. *Ortlieb, BuschsZ. **38** 404. Bei Rechtshilfeersuchen aus dem Auslande besteht eine Sachverständigenpflicht nach Reichsrecht nur, wenn das Ersuchen von einem Vertragsstaate des HaagProzeßAbk. gestellt ist. Bei Ersuchen anderer Staaten richtet sich die Frage, ob eine Sachverständigenpflicht besteht, lediglich nach Landesrecht. — Inhalt und Umfang der Sachverständigenpflicht richtet sich nach deutschem (Reichs- oder Landes-) Recht, doch kann der ersuchte deutsche Richter auf Grund des § 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO. auch ein nach ausländischem Rechte begründetes Weigerungsrecht des Sachverständigen berücksichtigen.

§ 409. *Ortlieb, BuschsZ. **38** 413. Bei ausländischen Rechtshilfeersuchen ist bei einer Weigerung des Sachverständigen — ebenso wie bei der Zeugnisverweigerung — ein doppeltes Beschlußverfahren erforderlich (vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 387).

§ 410. **RG.** VII. JW. **09** 77 Ziff. 12. Der Voreid ist für Sachverständige keineswegs zwingend angeordnet (vgl. **RG.** JW. **94** 516 Ziff. 8). Daß die unterbliebene Eidesleistung nachgeholt werden kann, ist somit sicher; ob dies in promissorischer oder assertorischer Form geschieht, ist gleichgültig.

§ 414. **RG.** VI. R. **09** Ziff. 119. Sachverständige Zeugen sind Zeugen über vergangene Tatsachen und Zustände und unterscheiden sich von anderen Zeugen nur darin, daß zu ihren Wahrnehmungen eine besondere Sachkunde erforderlich war; ihre Vernehmung kann daher, wenn die Beweistatsache erheblich ist, nicht abgelehnt werden.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 415. 1. **RG.** VI. R. **08** II 340 Ziff. 2038. Unterschriftsbeglaubigungen, die vor 1900 von Bürgermeistern in Elsaß-Lothringen vorgenommen wurden, waren keine öffentlichen Urkunden, da den Bürgermeistern in Elsaß-Lothringen die Zuständigkeit zur Beglaubigung der Unterschriften von Privatpersonen nicht verliehen war, wie dies auch nach neuem Rechte nicht der Fall ist.

2. DNotV. **08** 413 (KG.). Der beurkundete Vorgang wird auch durch solche öffentliche Urkunden voll bewiesen, welche unter Verletzung von Ordnungsvorschriften aufgenommen worden sind.

3. **RG.** III. LeipzZ. **08** 935 Ziff. 27. Die Benutzung urkundlich niedergelegter Gutachten von Fachbehörden ist zulässig.

4. **RG.** II. R. **08** II 500 Ziff. 2858, LeipzZ. **08** 780. Durch § 415 Abs. 2 ist gegenüber einer notariellen Urkunde der Beweis zugelassen, daß ein Beteiligter eine ihm in den Mund gelegte Erklärung nicht abgeben wollte, daß sie nur versehentlich in die Urkunde aufgenommen wurde und daß sie von ihm beim Vorlesen der Urkunde überhört wurde, somit durch die Genehmigungserklärung nicht gedeckt wird.

§ 416. BadRpr. **08** 277 (Karlsruhe). § 416 enthält nur eine formelle Beweisregel; sie hindert nicht den Beweis, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung mit einem Willensmangel behaftet ist.

§ 420. BadRpr. **08** 119 (Karlsruhe). Eine Partei verliert durch Überreichung einer Urkunde zu den Akten nicht das Eigentum an derselben; ihr Verlangen auf Rückgabe der Urkunde ist daher, auch wenn in einer Zeugenvernehmung auf den Urkundeninhalt Bezug genommen ist, begründet.

§ 426. **RG.** VI. JW. **09** 53 Ziff. 21. Die Vorschriften der §§ 465—468 finden auf das Editionseidsverfahren entsprechende Anwendung.

§ 427. **RG.** VII. JW. **08** 492 Ziff. 29 läßt die Frage, ob die Folgen der verweigerten Vorlegung der Handelsbücher im Falle einer auf Grund des § 45 HGB. getroffenen Vorlegungsanordnung sich nach § 427 oder nach § 286 ZPO. bestimmen, offen.

§ 438. Josef, R. **08** 569. Zu den inländischen öffentlichen Urkunden, welche gemäß § 1 RGes. vom 1. Mai 1878 nicht der Legalisation bedürfen, gehören auch die von den Behörden der deutschen Schutzgebiete ausgestellten.

§ 440. **RG.** II. SeuffA. **63** 294, R. **08** II 240 Ziff. 1421. Wenn bezüglich einer Urkunde das Vorliegen eines äußeren Mangels im Sinne des § 419 ZPO. behauptet wird, so ist zunächst zu prüfen, ob er vorliegt; erst wenn feststeht, daß die Urkunde äußerlich fehlerfrei ist, kommt § 440 Abs. 2 zur Anwendung, andernfalls § 286 ZPO.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vor § 445. Jastrow, 29. DJT. 2 126, fordert die Abschaffung des Instituts der Eideszuschiebung und die Einführung der eidlichen Vernehmung der Partei.

§ 445. 1. Wem kann der Eid zugeschoben werden? **a)** R. **08** II 671 Ziff. 3659 (Hamburg). Wenn auch der Beklagte als Geschäftsherr, sofern er aus den ihm von seinem Agenten überbrachten und von ihm angenommenen Aufträgen Rechte herleiten will, materiell die von dem Agenten in Beziehung auf den Auftrag abgegebenen Erklärungen unter Umständen gegen sich gelten lassen muß, so wird dadurch der Agent, der bei den Verhandlungen nur als Vermittelungsagent aufgetreten ist, nicht zum „Vertreter" des Beklagten im Sinne des § 445 ZPO. bezüglich der bei jenen Verhandlungen erfolgten Handlungen und Wahrnehmungen. Eine Eideszuschiebung über solche Handlungen und Wahrnehmungen des Agenten an den Geschäftsherrn ist daher unzulässig. **b)** **RG.** VI. JW. **08** 554 Ziff. 15. Allerdings ist in den Fällen des § 844 BGB. der mittelbar Geschädigte hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs nicht Rechtsnachfolger des Getöteten, vielmehr gelangt der Anspruch von vornherein in seiner Person zur Entstehung (**RG. 55** 24); da er indes gemäß § 846 das eigene Verschulden des Getöteten wie ein Rechtsnachfolger vertreten muß, so ist insoweit ihm gegenüber auch die Eideszuschiebung statthaft. **c)** **RG.** VII. R. **08** II 570 Ziff. 3154. Eine Eideszuschiebung an den Vorstand einer Genossenschaft ist nicht unzulässig, weil hinsichtlich des Gegenstandes der Eideszuschiebung der Vorstand gegenüber der von ihm vertretenen Genossenschaft zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

2. Worüber kann der Eid zugeschoben werden? **a)** Über Tatsachen, nicht über Rechtsbegriffe. α. Neumiller, SeuffBl.

08 79. Die Verzeihung (im Ehescheidungsstreit) ist ein Rechtsbegriff; der Eid kann somit nur über die die Verzeihung ergebenden Tatsachen zugeschoben werden. β. **RG.** VII. JW. **08** 435 Ziff. 12. Nach Lage des Falles und der Befähigung des Schwurpflichtigen können auch Begriffe und Urteile als etwas Tatsächliches aufgefaßt werden; so ist es zulässig, einen im Verkehre stehenden Kaufmann einen Überzeugungseid über die Zahlungsfähigkeit eines anderen Kaufmanns schwören zu lassen. γ. **R. 08** II 570 Ziff. 3153 (Stuttgart). Einer im kaufmännischen Verkehre stehenden Partei ist der Eid über die Zusicherung einer Eigenschaft der Ware, wenngleich die Zusicherung ein Rechtsbegriff ist, sehr wohl zuzumuten. δ. **RG.** VI. BayRpflZ. **09** 50. Die Behauptung der Genehmigung einer Schuldübernahme ist ein Rechtsbegriff; die Eideszuschiebung ist nur über die einzelnen Tatsachen zulässig, welche den Tatbestand der Genehmigung ergeben. ε. Vgl. auch **RG.** I. R. **08** II 629 Ziff. 3458. „Schuldübernahme" und „Ermächtigung" als Rechtsbegriffe. — OLG. **17** 165 Anm. (Breslau). „Eigentum" als Rechtsbegriff. ζ. BayRpflZ. **08** 110 (BayObLG.). Der Eid darüber, daß jemand „eine Genehmigung erteilt habe", ist unzulässig. ε. **RG.** I. R. **09** Ziff. 333. Der Eid darüber, daß jemand sich in einer Notlage befunden habe, ist unzulässig. **b)** Eideszuschiebung über innere Tatsachen. α. **RG.** IV. JW. **08** 530 Ziff. 16. Daß jemand Schmerzen empfinde oder Krankheitserscheinungen an sich wahrnehme, ist eine Tatsache, über welche der Eid zugeschoben werden kann. β. **RG.** VII. **68** 132, JW. **08** 312 Ziff. 25, LeipzZ. **08** 541 Ziff. 32. Daß jemand über den Sinn einer Erklärung nicht im Zweifel gewesen sei, ist eine innere Tatsache, welche zum Gegenstand eines Parteieids gemacht werden kann. γ. **RG.** VI. JW. **08** 76 Ziff. 12. Die Zuschiebung des Eides darüber, daß jemand die Bedeutung einer schriftlichen oder mündlichen Mitteilung verstanden habe, ist zulässig. Das Verstehen ist eine innere Tatsache; der Umstand, daß es durch Schlußfolgerungen vermittelt wird, schließt es vom Begriffe der Tatsache nicht aus. δ. **RG.** V. Pos. MSchr. **08** 166. Dem Erwerber eines Grundstücks kann zur Widerlegung des von ihm behaupteten guten Glaubens der Eid über die innere Tatsache zugeschoben werden, daß ihm das Recht eines nicht eingetragenen Dritten beim Erwerbe bekannt gewesen sei; einer Angabe der Quellen, aus welchen der Delat sein Wissen geschöpft habe, bedarf es bei der Eideszuschiebung nicht. ε. **RG.** V. R. **08** II 341 Ziff. 2039. Die Eideszuschiebung über die Kenntnis von dem Vorhandensein von Schwamm in einem Hause wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß zur Feststellung des Schwammes Sachkunde gehört. ζ. **RG.** V. R. **08** II 275 Ziff. 1618. Die Eideszuschiebung über die Kenntnis von der Unrichtigkeit einer Zusicherung ist unzulässig, solange nicht die Unrichtigkeit des Zugesicherten selbst feststeht. Über die Unrichtigkeit des Zugesicherten ist aber eine Eideszuschiebung nur zulässig, wenn das, was Gegenstand der Zusicherung gewesen sein soll, auch Gegenstand der eigenen Wahrnehmung des Gegners oder eines Vertreters des Gegners (§ 164 BGB.) gewesen ist. η. ElsLothJZ. **08** 235 (Colmar). Der Eid über Vorgänge in der Seele anderer Personen ist unzulässig.

§ 446. **RG.** II. JW. **08** 203. Eine gemäß § 446 unzulässige Eideszuschiebung braucht in den Urteilsgründen nicht erwähnt zu werden.

§ 447. **RG.** VII. R. **08** II 403 Ziff. 2363. Die gesetzliche Regelung der Beweislast kann auch nicht durch die ausdrückliche einseitige Übernahme der Beweislast seitens der den Eid zuschiebenden Partei eine Änderung erleiden; Berücksichtigung hat immer nur die Eideszuschiebung derjenigen Partei zu finden, der nach dem Gesetze die Beweispflicht obliegt.

§ 451. 1. In der Festschrift der Straßburger Fakultät für Laband (Tübingen) behandelt Kisch (163—248) die bestimmte Bezeichnung der Eidestatsache. Die Eideszuschiebung muß sich auf eine konkrete Tatsache beziehen. Unzulässig ist die Eideszuschiebung über einen abstrakten Tatbestand, so wie er im Gesetze normiert ist. Die unter Beweis gestellte Behauptung muß so bestimmt sein, daß erkennbar ist, daß der Beweisführer einen Einzelvorgang oder Einzelzustand im Auge hat. Das gebietet auch die Rücksicht auf den Prozeßgegner, welcher aus der Formulierung erkennen muß, welchen Vorgang er eidlich ableugnen soll. Beispiele: bei der Eideszuschiebung über einen Ehebruch wird meist die Angabe des Namens des Mitschuldigen, event. auch die Angabe eines nicht allzu weit gezogenen Kreises von Personen genügen, nicht aber die Angabe „mit anderen Männern". Ähnlich liegt die Sache bei dem Beweise der exceptio plurium. Die Zulassung der allgemein gehaltenen Eideszuschiebung über den Verkehr „mit anderen Männern" ist weder mit dem bei unehelichen Müttern nahe liegenden Verdacht der Vielmännerei, noch mit der besonderen Schwierigkeit des fraglichen Beweises, noch mit dem Hinweise darauf, daß die uneheliche Mutter über die streitige Tatsache am sichersten Bescheid wisse, noch endlich mit der Erwägung zu rechtfertigen, daß das Verbot der allgemein gehaltenen Eideszuschiebung im Ergebnisse zum Verbote der freien Forschung nach der Vaterschaft führe. — Die Eideszuschiebung über eine hypothetische Tatsache, z. B. darüber, wie sich der Schwurpflichtige unter gewissen Umständen verhalten haben würde, ist dann zulässig, wenn das Urteil, welches ein solcher Eid voraussetzt, so einfacher Natur ist, daß es dem Schwurpflichtigen zugemutet werden kann.

2. a) **RG.** VI. WarnE. **08** Ziff. 101. Es ist nicht zulässig, Eide ohne tatsächliche Unterlagen zuzuschieben, um den Gegner auszuforschen und so erst die erheblichen Tatsachen zu ermitteln. **b) RG.** III. WarnE. **08** Ziff. 564. Es müssen Anhaltspunkte tatsächlicher Art dargelegt werden, aus welchen sich ergibt, daß die unter Eid gestellte Behauptung nicht lediglich auf einer unbestimmten Vermutung beruht. **c) RG.** IV. JW. **08** 304 Ziff. 14. Die Eideszuschiebung darüber, daß die Verlobte „mit anderen Männern" geschlechtlich verkehrt habe, ist unzulässig. — Ebenso HansGZ. **08** Beibl. 76 (Hamburg). **d) RG.** III. WarnE. **08** Ziff. 563. Die Zuschiebung des Eides darüber, daß etwas „wörtlich oder dem Sinne nach" gesagt worden sei, entbehrt nicht der erforderlichen Bestimmtheit.

§ 453. RG. VII. R. **08** II 571 Ziff. 3155. Werden neben der Eideszuschiebung andere Beweismittel nur subsidiär angeboten, so bedarf es, wenn der Eid für zulässig und erheblich angesehen wird, eines Eingehens auf die anderen Beweismittel nicht.

§ 454. RG. II. LeipzZ. **08** 65 Ziff. 36. Der Widerruf der auf die Eideszuschiebung abgegebenen Erklärung geschieht wirksam durch jede Erklärung, welche den Widerrufswillen deutlich erkennen läßt; so genügt zum Widerrufe der Zurückschiebung die nachträgliche Annahme des Eides.

§ 459. 1. PosMSchr. **08** 167 (Posen). Die Ansicht, daß der Eid darüber, daß etwas nicht geschehen sei, im allgemeinen in der Überzeugungsform anzuordnen sei, es sei denn, daß es sich um eine Tatsache handle, deren Eintritt der Schwurpflichtige habe erwarten müssen, deren Nichteintritt ihm daher nicht habe entgehen können, ist unzutreffend: der Eid in der Wahrheitsform ist nicht das Beschwören oder Ableugnen der Tatsache selbst, sondern ein Schwur über das Wissen oder Nichtwissen dieser Tatsache. Wissen aber ist nichts anderes als eine besonders stark begründete Überzeugung, und diese wiederum beruht — bei positiven wie negativen Tatsachen— auf Schlußfolgerung. Der Grad der Sicherheit der Schlußfolgerung allein entscheidet, ob ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, der praktisch als Wahrheit anzusehen ist.

2. **RG.** VI. JW. **08** 76 Ziff. 12. Das Eidesthema, welches der Rechtsvorgänger einer Partei als Tatsache im Sinne des § 445 ZPO. zu beschwören gehabt haben würde, ist von der Partei in der Überzeugungsform zu beschwören, ohne daß von der den Eid zuschiebenden Partei Angaben über die Quellen, aus welchen die schwurpflichtige Partei mittels Prüfung und Erkundigung eine Überzeugung gewinnen könnte, verlangt werden kann.

§ 461. 1. **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 440. Die Anordnung des Beschlußeids ist zulässig, wenn die Entscheidung eines selbständigen Angriffsmittels von der Leistung des Eides abhängt; dazu genügt es, daß die Eidesleistung bzw. -weigerung in Verbindung mit anderen Tatsachen für die Entscheidung maßgebend ist.

2. **RG.** VI. WarnE. **08** Ziff. 102. Die Einigung über die Norm und Erheblichkeit erstreckt sich auch auf die Beweislast. (Vgl. über die Frage JDR. **6** § 463 Ziff. 1).

3. **RG.** I. R. **09** Ziff. 121. Ist ein Eid durch Beweisbeschluß normiert worden, so wird Geltendmachung der Unstatthaftigkeit einzelner Teile der Norm durch stillschweigenden Rügeverzicht gemäß § 295 ZPO. ausgeschlossen.

§ 462. 1. Bedingtes Endurteil. a) **RG.** VI. R. **08** II 207 Ziff. 1240. Ist ein Klaganspruch nur zu einem Teile von der Leistung eines Eides abhängig, zum anderen Teile aber bereits endgültig spruchreif, so enthält es eine sachliche Beschwerung des Klägers, wenn über den letzteren Teil seines Anspruchs nicht sofort unbedingt erkannt, vielmehr die Entscheidung über den ganzen Anspruch von dem Eide abhängig gemacht wird. b) OLG. **17** 165 Anm. (Breslau). Es ist unzulässig, alle Folgen der Leistung oder Weigerung des Eides dem Läuterungsurteile vorzubehalten; nur hinsichtlich der nicht vorhersehbaren Folgen ist dies statthaft.

2. Läuterungsurteil. a) OLG. **17** 166, HessRspr. **9** 57, NaumburgAK. **08** 58 (Darmstadt). a) Hat die schwurpflichtige Partei, indem sie sich gemäß § 469 ZPO. zur Leistung eines beschränkten Eides anbietet, Tatsachen zugestanden, welche das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache ergeben, so ist damit der Eidesbeweis überflüssig geworden. — Vgl. auch OLG. **17** 165 (Kiel). Erklärungen des Schwurpflichtigen, welche sich mit der Eidesnorm nicht vereinigen lassen, stehen der Eidesweigerung gleich. b) Das Läuterungsurteil kann niemals als Versäumnisurteil ergehen. b) **RG.** VI. WarnE. **08** Ziff. 263. Eine Anfechtung eines Läuterungsurteils durch Revision ist nur dahin möglich, daß der Eid zu Unrecht als geleistet oder verweigert angesehen, daß die Folgen der Leistung oder Weigerung unrichtig gezogen seien oder daß § 469 durch falsche Anwendung oder Nichtanwendung verletzt sei.

3. Reform. Landsberg, PosMSchr. **08** 68, macht Vorschläge zur Beschleunigung des Läuterungsverfahrens.

§ 463. 1. **RG.** V. JW. **08** 748 Ziff. 19. Der Widerruf des geleisteten Eides hat prozessual die Bedeutung, daß der Schwurpflichtige auf die im § 463 Abs. 1 normierte Beweiswirkung des Eides verzichtet und die Sachlage so angesehen wissen will, als habe er im Schwurtermine die Eidesleistung verweigert. — Der vor dem ersuchten Richter geleistete Eid kann wirksam vor diesem widerrufen werden; ob eine privatschriftliche Eingabe diesem Zwecke genügt, bleibt dahingestellt.

2. R. **08** II 671 Ziff. 3660 (BayObLG.). Ist der Schwurpflichtige wegen schuldhafter Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt, so kann für jede durch die Eidesleistung bekräftigte Tatsache Gegenbeweis angetreten werden, gleichviel ob gerade wegen der eidlichen Versicherung dieser Tatsache die Verurteilung erfolgt ist oder nicht.

§ 464. 1. OLG. **17** 166, HessRspr. **9** 57, NaumburgAK. **08** 58 (Darmstadt). In der Erklärung des Schwurpflichtigen, er trage Bedenken, den Eid, wie er gefaßt ist, zu leisten, ist, wenn gleichzeitig Anträge auf Abänderung des Eides gemäß § 469 ZPO. gestellt werden, eine Eidesweigerung nicht zu finden. — Anders, wenn zur

Begründung dieser Anträge Tatsachen zugestanden werden, welche das Gegenteil der zu beschwörenden Behauptung ergeben (vgl. § 462 Ziff. 2 a).

2. Zur Frage des Widerrufs der Eidesweigerung wegen Irrtums. **RG.** I. **69** 261, JW. **08** 718 Ziff. 17 (vgl. vor § 1 Ziff. 3 c; ferner OLG. **17** 169 [KG.]). Die Weigerungserklärung des Schwurpflichtigen ist bindend. Die Anfechtung wegen Irrtums ist, wie das dem § 290 ZPO. zu entnehmende argumentum e contrario ergibt, ausgeschlossen; § 119 BGB. bezieht sich nur auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen und ist daher nicht anwendbar.

3. **RG.** III. R. **08** II 629 Ziff. 3459. Eine durch den Eid des Gegners widerlegte Parteibehauptung ist damit nicht aus dem Prozeßstoff ausgeschieden; sie kann daher immer noch zuungunsten der behauptenden Partei verwertet werden. (So kann aus der von dem verklagten Arzte aufgestellten Behauptung, er habe den Kläger über die besondere Gefährlichkeit der Behandlung aufgeklärt, auch nachdem der Kläger diese Behauptung abgeschworen hat, geschlossen werden, daß der Beklagte sich dieser Gefährlichkeit bewußt war.)

§ 465. DJZ. **08** 1231 (Dresden). Ist ein Eid durch Beweisbeschluß normiert worden, so kann der im Termine zur Eidesleistung ausgebliebene Schwurpflichtige dadurch, daß er durch seinen Prozeßbevollmächtigten ein neues Beweismittel über das Thema des Eidesbeweises geltend machen läßt, immer noch den Beweisbeschluß zu Fall bringen. — Ebenso R. **08** II 66 Ziff. 377 (Stuttgart).

§ 468. Reform. Remy, R. **08** 361, wünscht, daß gegen die Versäumung des zweiten Schwurtermins Wiedereinsetzung wie gegen die Versäumung einer Notfrist gewährt werde.

§ 469. 1. SächsOLG. **29** 268, OLG. **17** 168 (Dresden). Die Abänderung der Eidesnorm darf nicht zu einer Verbesserung der Lage des Schwurpflichtigen führen; die Beseitigung einer in die Eidesnorm aufgenommenen Adversative (eine Zusagung sei nicht schlechthin, vielmehr nur unter gewissen Modalitäten gegeben worden) ist daher nicht zulässig.

2. **RG.** VII. R. **09** Ziff. 334. Die Klausel „oder um diese Zeit" (z. B. bei dem Eide über den Empfang eines Darlehens) ist im Zweifel unerheblich.

§ 471. 1. BayObLG. **9** 121, OLG. **17** 165 (BayObLG.). Stirbt der Schwurpflichtige während des Verfahrens über die von der Gegenpartei eingelegte Berufung, so können seine Erben darlegen, daß für die unter Eid gestellten Tatsachen bereits voller Beweis erbracht sei, und einen entsprechenden Antrag stellen, ohne daß sie ihrerseits das Urteil anfechten müssen.

2. **RG.** VI. R. **08** II 341 Ziff. 2041. Der § 471 ZPO. gilt auch, wenn von mehreren Schwurpflichtigen einer gestorben ist und zwar selbst dann, wenn von den übrigen Schwurpflichtigen einer den Eid verweigert, die anderen aber den Eid geleistet haben.

3. **RG.** II. LeipzZ. **08** 856 Ziff. 20. Der den mehreren (nicht namentlich, sondern nur der Amtsstellung nach bezeichneten) gesetzlichen Vertretern einer Partei auferlegte Eid ist von denjenigen Personen zu leisten, welche zur Zeit des Urteilserlasses die Partei vertraten. — Zustimmend Könige aaO. mit der Bemerkung, daß andernfalls die Partei nach Erlaß des Urteils in der Lage sein würde, an Stelle ihrer zur Leistung des Eides unfähigen Vertreter andere zu wählen.

§ 472. Hellwig, Lehrbuch III 147. § 472 ist nicht nur in den Fällen des § 62, sondern ebenso wie § 476 überall anwendbar, wo der Parteieid eine für alle Streitgenossen relevante Tatsache betrifft.

§ 473. HansGZ. **08** Hptbl. 213 (Hamburg). Schwurpflichtiger gesetzlicher Vertreter einer preußischen Eisenbahndirektion ist der Präsident.

§ 475. 1. a) **RG.** II. 29. 5. 08, LeipzZ. **08** 599 Ziff. 29. Das Gericht ist in der Lage, einen richterlichen Eid aufzuerlegen, ohne die anderen Beweismittel vorher zu erschöpfen. **b)** **RG.** VII. R. **08** II 275 Ziff. 1622. Von dieser Befugnis darf das

Gericht namentlich dann Gebrauch machen, wenn die weiteren Beweisangebote nur einen Indizienbeweis erbringen sollen.

2. **RG.** II. JW. **08** 660 Ziff. 10. Das Gericht ist verpflichtet, bevor es auf einen zugeschobenen Eid erkennt, zu prüfen, ob nicht nach Lage der Sache auf einen richterlichen Eid zu erkennen ist. Das Gericht ist dabei in der Lage, ohne Berücksichtigung des in der Wahrheitsform zugeschobenen Eides auf einen richterlichen Eid in der Überzeugungsform zu erkennen.

3. **RG.** III. R. **08** II 403 Ziff. 2365. Bei einer Eidesauflage über eine vor längerer Zeit abgegebene Erklärung ist es nicht unzulässig, den Eid dahin zu fassen, daß der Schwurpflichtige wörtlich oder dem Sinne nach die in Rede stehende Erklärung abgegeben habe.

4. **RG.** VI. R. **08** II 275 Ziff. 1621. Die tatsächliche Würdigung, daß das Mittel des richterlichen Eides zur Ergänzung der richterlichen Überzeugung dem Gerichte nicht zweckdienlich erscheint, liegt außerhalb der Nachprüfung der Revision (vgl. **RG.** JW. **05** 116 Ziff. 18, **06** 232 Ziff. 17). — Ebenso **RG.** IV. R. **08** II 473 Ziff. 2698.

§ 476. 1. **RG.** VII. **68** 132, JW. **08** 312 Ziff. 25, LeipzZ. **08** 541 Ziff. 33. Soll einer Partei, welche von mehreren gesetzlichen Vertretern vertreten wird, über ein Geschäft ein richterlicher Eid auferlegt werden, so hat das Gericht von sich aus eine Erörterung darüber herbeizuführen, welche von den Vertretern an dem Geschäfte teilgenommen oder von ihm Kenntnis erhalten haben, um danach beurteilen zu können, ob allen oder nur einzelnen der mehreren Vertreter der Eid aufzuerlegen ist.

2. R. **08** II 171 Ziff. 1017 (BayObLG.). Die Feststellung, der Schwurpflichtige sei „Teilhaber der klagenden Firma", ist dahin zu verstehen, daß er Teilhaber der unter dieser Firma bestehenden oHG. ist; solchenfalls erscheint er als einer ihrer gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 476 ZPO.

§ 477. **RG.** V. SeuffA. **63** 295. Ob der richterliche Eid in der Wahrheits- oder Überzeugungsform aufzuerlegen ist, steht lediglich in dem — durch § 459 nicht eingeschränkten — richterlichen Ermessen. Insbesondere bedarf es für den Überzeugungseid nicht des im § 459 Abs. 2 vorgeschriebenen Antrags.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 489. Meyer (Breslau), R. **08** 440, macht darauf aufmerksam, daß die im § 489 dem Gerichte gegebene Befugnis, auf Antrag einer Partei ohne Zustimmung des Gegners eine Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises anzuordnen, die Erlassung von weiteren Beweisbeschlüssen ohne abermalige mündliche Verhandlung ermöglicht.

§ 490. KGBl. **08** 23, OLG. **17** 164 (KG.). Daraus, daß der Beschluß, welcher die Beweissicherung anordnet, nicht angefochten werden kann, folgt, daß auch die in dem Beschluß enthaltene Ernennung eines Sachverständigen nicht anfechtbar sein kann; § 406 findet im Beweissicherungsverfahren keine Anwendung.

§ 492. Über Kosten des Beweissicherungsverfahrens, vgl. § 91 III Ziff. 2 d, e.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Vorbemerkung: Aus der überall verstreuten Literatur zur Reform des Amtsgerichtsprozesses ist im folgenden nur das Wesentlichste wiedergegeben.

Vor § 495. Zu beachten sind insbesondere die Gutachten zum 29. Deutschen Juristentag über die Frage, ob und in welchem Umfange Reformen des amtsgerichtlichen Verfahrens erforderlich sind, von Jastrow, 29. DJT. **2** 102, und von Dittenberger aaO. **4** 331, sowie die Verhandlungen aaO. **5** 647 ff., endlich auch Dittenberger, Kommentar zum Entwurfe 44 ff.

§ 496. Entwurf. Seuffert, DJZ. **08** 1189. Die Vorschrift des Abs. 3, wonach die Wirkung der Fristwahrung mit der Einreichung eintritt, „sofern die Zustellung demnächst erfolgt“, ist bedenklich, weil zweifelhaft ist, wie die Praxis das Wort „demnächst“ auslegen wird.

§ 497. Entwurf. Seuffert aaO. wünscht, daß vorgeschrieben werde, daß die Terminsbestimmung dem Kläger stets schriftlich mitgeteilt werde.

§ 501. Entwurf. Seuffert aaO. sieht eine Verschlechterung des Entwurfes darin, daß die vor der ersten mündlichen Verhandlung erfolgenden Beweisanordnungen ohne die im ersten Entwurfe vorgesehenen Beschränkungen (der erste Entwurf ließ dieselben nur zu, falls besondere Kosten nicht verursacht werden oder die Beweisaufnahme zur Vermeidung wesentlicher Nachteile geboten erscheint oder von beiden Parteien beantragt wird) zugelassen worden sind.

§ 502. Entwurf. 1. Levis, 29. DJT. **5** 658, will die Befugnisse des Amtsrichters zur Unterstützung der Parteien noch erheblich erweitern. — Ähnlich auch v. Kujawa, R. **08** 60.

2. Die RTKomm. hat beschlossen, den § 502 durch den Zusatz zu erweitern, daß eine Bezugnahme auf Schriftstücke zulässig ist, soweit keine der Parteien widerspricht und das Gericht das Verfahren für angemessen hält.

§ 505. 1. OLG. **17** 331 (Hamm). Ist der Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen, so ist zur Fortsetzung des Verfahrens eine einfache Ladung genügend. Es ist aber nicht unzulässig, diese Ladung in einen tatsächliche Anführungen enthaltenden Schriftsatz, dem sogar die Form einer Klage gegeben werden kann, aufzunehmen. Es bedarf auch nicht des ausdrücklichen Hinweises, daß es sich hier nur um eine Ladung im anhängigen Verfahren handelt, wenn sich nur die Absicht der Fortsetzung des alten Verfahrens aus den Umständen ergibt.

2. Entwurf. **a)** Seuffert aaO. hält es für bedenklich und unzweckmäßig, daß das Amtsgericht in Gegensatze zum Landgerichte seine örtliche Unzuständigkeit durch eine unanfechtbare Entscheidung aussprechen kann. **b)** Remy, R. **08** 362, wünscht, daß die Überweisung auch ohne mündliche Verhandlung ausgesprochen werden kann.

§ 506. Cohn (Brandenburg), R. **08** 586. Durch die Verbindung mehrerer Prozesse, deren Gesamtwert die Zuständigkeit des Amtsgerichts übersteigt, wird der Antrag auf Verweisung an das Landgericht nicht begründet. Ebensowenig ist die Verweisung dadurch zu erreichen, daß eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens der ganzen Forderung erhoben wird. Eine solche Widerklage ist mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig; nur durch eine in zulässiger Weise erhobene Widerklage aber wird der Verweisungsantrag begründet.

§ 509. Reform. 1. Jastrow, 29. DJT. **2** 121, hält die Vorschrift, wonach die Beweisaufnahme sofort erfolgen solle, für bedenklich. Mindestens der Parteieid dürfe nicht abgenommen werden, ohne daß dem Schwurpflichtigen Zeit zur Überlegung gegönnt werde. Auch die sofortige Vernehmung von Zeugen sei jedenfalls nur dann ratsam, wenn beide Parteien ihre Zeugen gestellt hätten. — In ähnlicher Richtung bewegen sich die Bedenken, welche v. Kujawa, R. **08** 61, geltend macht.

2. Gegen das Prinzip der Nichtbeeidigung der Zeugen sind namentlich von Armbruster, JW. **08** 707, Striemer aaO. 417 und von Seuffert aaO. Bedenken erhoben worden. Die RTKomm. hat, diesen Bedenken Rechnung tragend, den Abs. 2 des § 509 Entw. gestrichen.

§ 510. 1. Hellwig, Lehrbuch III 46. Auch ein Anerkenntnis ist ein Vergleich im Sinne des § 510 Abs. 2. Die Protokollierung eines solchen liegt daher nicht, wie Stein III 1 lehrt, im Ermessen des Richters.

2. SächsOLG. **29** 259, OLG. **17** 184 (Dresden). Die durch den Sühneversuch erwachsenen Kosten werden als Teil der Kosten des nachfolgenden Rechtsstreits behandelt, wenn dieser Rechtsstreit sich mit dem in der Ladung zum Sühnetermine bezeichneten Anspruch befaßt. Gleichgültig ist dabei, ob der zum Sühneversuche Ladende oder dessen Gegner die Klage erhoben hat.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

§ 511. 1. Beschwer. **a)** Bei Erledigung der Hauptsache α. **RG.** I. JW. **08** 45 Ziff. 21, LeipzZ. **08** 165 Ziff. 39, RheinA. **105** II 270 Die Berufung des in erster Instanz abgewiesenen Klägers ist unzulässig wenn sich der Rechtsstreit vor Einlegung der Berufung unstreitig erledigt hat, da die Abweisung den Kläger nun nicht mehr beschwert (vgl. **RG. 45** 107). Dagegen kann der verurteilte Beklagte Berufung einlegen, auch wenn der Klaganspruch inzwischen durch Verzicht des Klägers oder in anderer Weise erledigt ist, da er durch das Bestehenbleiben des verurteilenden Erkenntnisses beschwert wird (**RG. 27** 407, **33** 383). Ebenso bleibt der Arrestbeklagte beschwert, wenn der Arrestkläger die Aufhebung des Arrestes bewilligt, ohne anzuerkennen, daß der Arrest von vornherein unrechtmäßig war. β. OLG. **17** 170 (Hamburg). Der Beklagte, welcher in erster Instanz verurteilt worden war, ist, wenn die Hauptsache sich nachträglich erledigt hat, durch die Weiterexistenz des verurteilenden Erkenntnisses beschwert. γ. OLG. **17** 170 (Dresden). Eine die Anfechtung des Urteils ausschließende Erledigung der Hauptsache liegt nur dann vor, wenn der Beklagte die geforderte Leistung vorgenommen hat in der Absicht, die Klageforderung zu erfüllen. δ. R. **08** II 65 Ziff. 374 (Hamburg). Die Berufung gegen ein Grundurteil wird nicht dadurch gegenstandslos, daß inzwischen in erster Instanz das Urteil über die Höhe ergangen und rechtskräftig geworden ist; das letztere Urteil ist nur unter der Voraussetzung wirksam, daß die Vorabentscheidung über den Grund rechtskräftig wird. **b)** Bei Abweisung aus materiellen statt aus prozessualen Gründen und umgekehrt. α. **RG.** VI. R. **09** Ziff. 340. Die Zurückweisung eines Rechtsbehelfs als materiell unbegründet statt als prozessual unzulässig beschwert den Kläger, da sie ihm die abermalige Geltendmachung des gleichen Anspruchs unmöglich macht. β. **RG.** I. GruchotsBeitr. **52** 1129, JW. **08** 489 Ziff. 24. Ist die Klage als prozessual unzulässig und unbegründet abgewiesen worden, so hat die Rechtsmittelinstanz, wenn sie die Klage für prozessual zulässig hält, das Urteil aufzuheben und zurückzuweisen: Der Kläger ist dadurch beschwert, daß sein in Wirklichkeit zulässiger Rechtsbehelf für unzulässig erachtet worden ist, und zwar auch dann, wenn die Klage materiell unbegründet ist. (Vgl. aber auch **RG.** IV. R. **08** II 306 Ziff. 1835. Durch Zurückweisung eines Wiedereinsetzungsgesuchs als materiell unbegründet statt als prozessual unzulässig wird der Antragsteller nicht beschwert.) **c)** Wegen eines unzweckmäßigen Vorbehaltsurteils. BayObLG. **9** 121, SeuffA. **63** 293, OLG. **17** 171 (BayObLG). Gegen den Erlaß eines Vorbehaltsurteils gemäß § 302 kann deswegen Berufung eingelegt werden, weil der Erlaß desselben unzweckmäßig sei. Die Sache liegt hier anders als bei dem Teilurteile gemäß § 301. Während letzteres den ausgeschiedenen Prozeßstoff unberührt läßt, entscheidet ersteres über die vorbehaltene Aufrechnung mit, indem es sie für ungeeignet erklärt, die einstweilige Verurteilung des Beklagten abzuwenden. **d)** Wegen eines in erster Instanz noch nicht gestellten Antrags. OLG. **17** 185 (Hamburg). Der Kläger kann nicht lediglich deswegen Berufung einlegen, um den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit nach-

zuholen. e) Bei Eventualaufrechnung. α. PosMSchr. **08** 108 (Königsberg). Der Beklagte kann ein Urteil, welches die Klage wegen einer eventuell zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung abweist, mit der Berufung anfechten (**RG.** GruchotsBeitr. **41** 947, **42** 364, **43** 209). β. **RG.** III. WarnE. **08** Ziff. 416. Ist durch Teilurteil die Klage mit Rücksicht auf eine eventuell zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung und darauf durch Schlußurteil auch die Widerklage, mit welcher der den Klaganspruch übersteigende Teil der Gegenforderung geltend gemacht worden war, abgewiesen, so kann der Beklagte das Schlußurteil auch deswegen angreifen, weil seine Gegenforderung teilweise als durch Aufrechnung mit dem Klaganspruche getilgt angesehen worden ist, während die Klage schon auf Grund der übrigen Verteidigungsmittel hätte abgewiesen werden müssen.

2. Devolutiveffekt. ElsLothJZ. **08** 555 (Colmar). Hat der erste Richter, ohne über den Hauptantrag zu entscheiden, den Eventualantrag zugesprochen, so ist der Hauptantrag gleichwohl Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz, wenn Haupt- und Eventualantrag sich so zueinander verhalten, daß der erstere fällt, wenn der letztere begründet ist.

§ 514. 1. **RG.** IV. JW. **09** 54 Ziff. 23. Der Verzicht vor Erlaß des Urteils ist im allgemeinen statthaft. In Ehesachen ist aber mit Rücksicht auf die rechtliche und sittliche Natur der Ehe ein Abkommen, wonach ein die Scheidung aussprechendes Urteil, gleichviel, ob es materiell richtig ist oder nicht, unbedingt bindend sein soll, nichtig (§§ 134, 138 BGB.).

2. R. **09** Ziff. 335 (Hamburg). In der Erklärung des Beklagten, er werde die Leistung, zu welcher er in erster Instanz verurteilt worden ist, vornehmen, ist ein Verzicht auf das Recht, Berufung einzulegen, zu finden.

§ 515. 1. Zurücknahmeerklärung. **RG.** VII. **68** 166, JW. **08** 340 Ziff. 28. Bemerkt der Berufungskläger bei der Zurücknahme, er nehme die Berufung in Erfüllung eines zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs zurück, so fügt er damit nur eine für den Bestand der Zurücknahmeerklärung unerhebliche Begründung bei, nicht aber macht er damit die Wirksamkeit der Erklärung von der Existenz des Vergleichs abhängig. Demgemäß kann auch in der Erklärung des Berufungsbeklagten, er bestreite, daß ein Vergleich zustande gekommen sei, ein Widerspruch gegen die Berufungszurücknahme nicht gefunden werden.

2. Wirkung der Zurücknahme. a) **RG.** SeuffBl. **08** 39. Die Zurücknahme der Berufung hat ohne weiteres den Verlust des Rechtsmittels zur Folge; das Verlustigkeitsurteil hat reinen Feststellungscharakter. Nach der Zurücknahme kann selbst mit Zustimmung des Berufungsbeklagten nicht mehr zur Hauptsache verhandelt werden. — Ebenso **RG.** **68** 166, JW. **08** 340 Ziff. 28 und HansGZ. **08** Beibl. 25, OLG. **17** 171 (Hamburg). b) SeuffA. **63** 118 (Karlsruhe). Wird die gegen ein berufungsunfähiges Zwischenurteil eingelegte Berufung zurückgenommen, so kann kein Verlustigkeitsurteil, sondern nur ein Unzulässigkeitsurteil ergehen.

3. Zurücknahme des Rechtsmittels und der Klage. **RG.** VI. BayRpflZ. **08** 43. Durch die Zurücknahme der Klage in der Berufungs- oder Revisionsinstanz wird die Zurücknahme des Rechtsmittels nicht gegenstandslos: sie ist dahin zu würdigen, daß der Rechtsmittelkläger, nachdem die Hauptsache durch die Klagezurücknahme erledigt ist, nun auch auf die Entscheidung über die Kosten verzichten will.

4. Anfechtung wegen Irrtums? a) **RG.** VII. **68** 166, JW. **08** 340 Ziff. 28. Ob die Anfechtung der Zurücknahmeerklärung wegen Irrtums zulässig ist, bleibt dahingestellt. b) R. **08** II 710 Ziff. 3873 (Frankfurt) hält die Anfechtung für unzulässig (vgl. vor § 1 Ziff. 3 c und JDR. **6** § 515 Ziff. 1).

§ 516. 1. HansGZ. **08** Beibl. 37, OLG. **17** 172 (Hamburg). Die Zustellung einer Urteilsabschrift, welche so mangelhaft ist, daß sie dem Empfänger den Entschluß über die Einlegung des Rechtsmittels nicht ermöglicht, setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf.

2. SeuffA. **63** 36 (Hamburg). Die Zustellung des Urteils durch den Nebenintervenienten setzt die Rechtsmittelfrist zuungunsten der Hauptpartei nicht in Lauf.

§ 518. 1. **RG.** VI. RheinA. **105** II 240, BayRpflZ. **08** 143, SächsRpflA. **08** 430. Ist in der Berufungsschrift das angefochtene Urteil unvollständig bezeichnet (es war nur erklärt, daß gegen das Urteil des Landgerichts — ohne Angabe des Gerichtssitzes und des Urteilsdatums — Berufung eingelegt werde), so ist die Berufung gleichwohl zulässig, wenn ein begründeter Zweifel darüber, welches Urteil angefochten werde, nicht bestehen konnte.

2. **RG.** VI. **68** 390. War der in der Rechtsmittelschrift als Rechtsmittelkläger bezeichnete Beklagte nicht mehr am Leben, so ist die Einlegung, als in Wirklichkeit für seine Rechtsnachfolger geschehen, für rechtswirksam zu erachten. Es ist anzunehmen, daß der Rechtsanwalt, welcher das Rechtsmittel eingelegt hat, entweder noch von dem Beklagten persönlich vor dessen Tode oder vom Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz bevollmächtigt worden war; wenn er dann, weil er irrigerweise den ursprünglichen Beklagten noch für lebend hielt, diesen statt der Rechtsnachfolger als Rechtsmittelkläger bezeichnete, so war das nur eine unschädliche falsa demonstratio.

3. DJZ. **08** 200 (BayObLG.). Auf die unrichtige Angabe der Unterschrift des Anwalts in der dem Berufungsgegner zugestellten Abschrift des Berufungsschriftsatzes kann dieser die Unzulässigkeit der Berufung nicht gründen, wenn ihm aus der unrichtigen Angabe ein Nachteil nicht erwachsen ist.

4. Reform. Die RTKomm. hat beschlossen, daß die Berufung künftig durch Einreichung einer Schrift einzulegen sei.

§ 521. 1. **RG.** V. JW. **08** 661 Ziff. 12. Die Anschlußberufung ist auch noch zulässig, nachdem die Sache auf eingelegte Revision in die Berufungsinstanz zurückverwiesen worden ist.

2. **RG.** VI. R. **08** II 275 Ziff. 1624. Wird die Berufung einer Partei zurückgewiesen, so wird die vom Gegner nur für den Fall einer Aufhebung des angegriffenen Urteils eingelegte Anschließung gegenstandslos. In solchem Falle sind, wenn durch die eventuelle Anschließung besondere Kosten nicht erwachsen sind, dem Berufungskläger die gesamten Kosten der Berufungsinstanz aufzuerlegen.

3. **RG.** VI. R. **08** II 571 Ziff. 3156. Ist durch das erstinstanzliche Urteil ein Rentenanspruch nur teilweise zugesprochen und mit der Maßgabe, daß die zu leistenden Beträge um eine von dem Beklagten bereits gezahlte Summe zu kürzen seien, und hat dann der Kläger mit der Berufung Erhöhung der Rente begehrt, ohne in seinem Antrag eine von dem Beklagten inzwischen weiter erfolgte Zahlung zu berücksichtigen, so hat insoweit der Beklagte — was insbesondere auch für die Kostenentscheidung von Bedeutung ist — gerechtfertigten Anlaß zur Anschlußberufung.

§ 522. 1. **RG.** VI. R. **08** II 207 Ziff. 1242. Die Anschließung verliert, auch wenn die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 ZPO. nicht vorliegen, nicht dadurch ihre Wirkung, daß der Berufungs- oder Revisionskläger im Verhandlungstermin ausbleibt und Versäumnisurteil gegen ihn ergeht; denn ein Fall des § 522 Abs. 1 ZPO. liegt hier nicht vor.

2. **RG.** VI. R. **08** II 134 Ziff. 821. Verliert die — nicht innerhalb der Berufungsfrist erklärte — Anschließung ihre Wirkung, weil die Berufung als unzulässig verworfen wird, so ist dies im Urteilstenor in der Weise zum Ausdrucke zu bringen, daß die Anschließung für wirkungslos erklärt wird.

§ 523. *Bucerius, BuschsZ. **37** 223. Auch bei eventuell verbundenen Anträgen ist die Berufungsinstanz grundsätzlich mit der ganzen Streitsache befaßt, wird aber durch die Anträge beschränkt. Der Kläger als Berufungsbeklagter kann daher stets durch eventuelle Anschließung die Eventualität der Anträge auch für die Berufungsinstanz herstellen.

§ 527. **RG.** I. R. **08** II 671 Ziff. 3663. Die Erklärung, sich die anderweitige Begründung einer Klage vorzubehalten, hindert das Gericht bei entsprechender Sachlage nicht, diese Begründung als in dem bisherigen Vorbringen bereits mitenthalten anzusehen; nötigenfalls ist die Fragepflicht auszuüben.

§ 528. 1. **RG.** IV. JW. **08** 44. Der Einwand der mangelnden gesetzlichen Vertretung kann, da er nicht dem Parteiverzicht unterliegt, noch in der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden.

2. Roth, BadRpr. **08** 99. Die Frage der Zuständigkeit der Sondergerichte ist auch in der Berufungsinstanz von Amts wegen nachzuprüfen; § 528 Abs. 2 bezieht sich nur auf die örtliche, nicht auch die sachliche Unzuständigkeit. — Ebenso SächsRpflA. **08** 85, SächsOLG. **29** 127, OLG. **17** 173, GewG. **13** 242 (Dresden). Vgl. auch JDR. **6** § 528.

§ 529. 1. **a)** **RG.** VII. WarnE. **08** Ziff. 420. Unter einem neuen Anspruch ist ein bisher noch nicht gestelltes Verlangen zu verstehen. Dabei kommt es nicht auf die Begründung des Verlangens, sondern auf dieses selbst und seinen Gegenstand an. **b)** R. **08** II 171 Ziff. 1021 (Cöln). Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist im Verhältnisse zu dem Anspruch auf Ersatz des durch einen Unfall erlittenen Vermögenschadens (Auslagen usw.) kein neuer Anspruch, so daß er noch nachträglich in der Berufungsinstanz gemäß §§ 529 Abs. 2, 268 Ziff. 2 ZPO. geltend gemacht werden kann. — Ebenso R. **08** II 376 Ziff. 2212 (Colmar).

2. **a)** OLG. **17** 22 (Braunschweig). Nur der neu erhobenen Aufrechnungseinrede, nicht auch der Geltendmachung eines Zrurückbehaltungsrechts kann widersprochen werden. **b)** R. **08** II 66 Ziff. 378 (BayObLG.). Mit der Aufrechnungseinrede ist nicht schon kraft Gesetzes auch der Einwand der Zurückbehaltung erhoben; dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Erklärung. **c)** R. **08** II 672 Ziff. 3664 (BayObLG.). Die Einwilligung in die Geltendmachung der Aufrechnungseinrede kann auch stillschweigend erklärt werden. **d)** R. **08** II 66 Ziff. 378 (BayObLG.). Die Zurückweisung der Aufrechnungseinrede ist nach § 529 Abs. 3 — im Gegensatze zu §§ 145, 302 ZPO. — auch zulässig, wenn die Gegenforderung mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhange steht. **e)** OLG. **17** 22 (Braunschweig) (s. JDR. **6** Ziff. 4 b). Eine ohne weiteres zur Abweisung reife Gegenforderung braucht nicht vorbehalten zu werden. — AM. **RG.** III. JW. **09** 23 Ziff. 21. Die Voraussetzung einer sachlichen Entscheidung über einen Aufrechnungseinwand ist dessen prozessuale Zulässigkeit in dem gerade anhängigen Verfahren, und zwar auch dann, wenn der Aufrechnungseinwand im übrigen ohne weiteres entscheidungsreif ist.

§ 532. R. **08** II 628 Ziff. 3454 (Frankfurt). § 532 gilt nur für Zugestandenes, nicht für Unbestrittenes.

§ 534. HansGZ. **08** Beibl. 204 (Hamburg). Dem Berufungskläger, welcher in der Berufungsschrift nur die Anfechtung eines Teilbetrags angekündigt hat, bleibt die Erweiterung der Berufungsanträge unbenommen; der Antrag des Klägers und Berufungsbeklagten, den nicht angefochtenen Teil des Urteils für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ist daher mit Rücksicht auf diese Möglichkeit unstatthaft.

§ 535. 1. Nußbaum, Prozeßhandlungen 117 ff. Zur Verwerfung der Berufung als unzulässig kann es nur kommen, wenn überhaupt die Berufung als rechtlich vorhanden anzusehen ist. Dazu ist erforderlich, daß ein mit gültiger Prozeßvollmacht versehener Anwalt für den Berufungskläger handelt, daß Mängel hin-

sichtlich der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung auf seiten des Berufungsklägers nicht bestehen und daß das Berufungsgericht einen Termin anberaumt hat. Dagegen ist nicht Voraussetzung des Verwerfungsurteils, daß ein gültiges Urteil erster Instanz ergangen, ferner nicht, daß die Berufungsschrift zugestellt worden ist.

2. BadRpr. **08** 144 (LG. Karlsruhe). Die Berufung gegen ein ausweislich des erstinstanzlichen Sitzungsprotokolls nicht verkündetes Urteil ist unzulässig.

3. OLG. **17** 176 (KG.). Hat ein Gewerbegericht in den Entscheidungsgründen festgestellt, daß der Streitwert sich auf einen nicht berufungsfähigen Betrag belaufe, so ist gegen diese Feststellung weder die Beschwerde noch ein Antrag auf anderweitige Wertfestsetzung zulässig; die Frage, ob ein berufungsfähiges Objekt gegeben ist, kann vielmehr nur nach Einlegung der Berufung gemäß § 535 durch das Berufungsgericht entschieden werden.

4. **RG.** IV. R. **08** II 240 Ziff. 1422. Das Berufungsgericht braucht nicht zu prüfen, ob die Vorschrift des § 212 Abs. 1 (Vermerk des Tages der Zustellung auf dem Briefumschlage bei Zustellung von Amts wegen) beachtet ist.

5. **RG.** VII. R. **08** II 66 Ziff. 379. Wird ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung der Berufungsfrist zurückgewiesen und erweist sich damit die eingelegte Berufung als unzulässig, so bedarf es einer ausdrücklichen Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags in der Urteilsformel nicht, da sie in der Verwerfung der Berufung als unzulässig enthalten ist.

§ 536. 1. a) **RG.** V. GruchotsBeitr. **52** 1137, SeuffA. **63** 77 (s. JDR. **6** § 536 Ziff. 1 c). Die Beseitigung eines in erster Instanz für den Berufungsbeklagten normierten Eides ist, wenn dieser sich der Berufung nicht angeschlossen hat, unzulässig. A. A. **RG.** V, JDR. **6** § 536 Ziff. 1a. — **RG.** VI. R. **09** Ziff. 339 läßt die Frage offen. b) OLG. **17** 174 (Dresden). Das Berufungsgericht ist im Ehescheidungsprozesse, selbst wenn es den Ehebruch auch ohne den für den Kläger und Berufungsbeklagten in erster Instanz normierten Eid für bewiesen hält, nicht in der Lage, unbedingt nach dem Klagantrage zu erkennen, wenn sich der Kläger der Berufung nicht anschließt. c) OLG. **17** 174 (Cassel). Erweist sich die Ehescheidungsklage, nachdem in erster Instanz auf einen Eid für die Beklagte erkannt worden ist, in zweiter Instanz nach den eigenen Erklärungen des Klägers und Berufungsklägers als unbegründet, so ist das Eidesurteil aufzuheben und die Klage unbedingt abzuweisen. Die im § 622 ZPO. dem Gericht auferlegte Pflicht, Tatsachen, welche der Aufrechterhaltung der Ehe dienen, von Amts wegen zu berücksichtigen, gilt auch in der Berufungsinstanz.

2. **RG.** I. JW. **08** 489 Ziff. 24. Eine Klage darf nicht als prozessual unzulässig und materiell unbegründet zurückgewiesen werden (vgl. § 300 Ziff. 2). Kommt in solchem Falle der Berufungsrichter zu dem Ergebnisse, daß die Klage prozessual zulässig ist, so muß er auf Zurückverweisung in die erste Instanz erkennen, selbst wenn er die Klage für sachlich unbegründet hält: da das erste Urteil, soweit es die Sache selbst berührt, nicht in Betracht kommt, würde in der Sachabweisung eine reformatio in peius liegen.

3. R. **08** II 307 Ziff. 1844 (BayObLG.). Ist gegen ein die Klage völlig abweisendes Urteil nur bezüglich eines Teilbetrags Berufung eingelegt und diese wiederum nur teilweise von Erfolg, so darf das Urteil auch nicht formell ganz aufgehoben und nach Zusprechung des Teilbetrags „im übrigen" die Klage abgewiesen werden; es muß vielmehr die teilweise Rechtskraft aus der Formel ersichtlich sein.

4. **RG.** II. R. **08** II 544 Ziff. 3055. Ist der Beklagte zur Leistung Zug um Zug und zur Tragung sämtlicher Kosten verurteilt worden, so hat, wenn dem Berufungsantrage des Klägers gemäß in zweiter Instanz unbedingte Verurteilung unter Abzug des Wertes einer unmöglich gewordenen Gegenleistung erfolgt, eine

Abänderung der Kostenentscheidung zuungunsten des Berufungsklägers einzutreten. Diese Änderung ist eine notwendige Folge der vom Berufungskläger erstrebten Entscheidung in der Hauptsache; sie bildet keinen Verstoß gegen das Verbot der reformatio in peius.

§ 537. **RG.** III. JW. **08** 452 Ziff. 18. Die Verhandlung vor dem Berufungsgericht erstreckt sich auch auf die Streitpunkte, über welche in erster Instanz deswegen nicht verhandelt worden ist, weil das Gericht sie durch Anordnung gemäß § 146 ZPO. aus der Verhandlung ausgeschieden hatte.

§ 538. 1. a) **RG.** VI. R. **08** II 276 Ziff. 1625 läßt die Frage, ob die Anwendbarkeit des § 538 Ziff. 3 von der Voraussetzung abhängt, daß bereits in erster Instanz nicht bloß der Grund, sondern auch der Betrag des Anspruchs streitig gewesen ist, offen (in **RG. 56** 186 ist sie bejaht worden). **b)** **RG.** VI. R. **08** II 276 Ziff. 1626. Wird bei einem Schadensanspruch eine Rente begehrt, deren Höhe zwar dem richterlichen Ermessen unterstellt ist, für deren Bemessung aber insofern bereits die Grundlage geschaffen ist, als behauptet wird, daß durch Zerstörung der Sehkraft eines Auges die Erwerbsfähigkeit des Klägers um mindestens $^2/_3$ vermindert werde, so hat, wenn der Beklagte das tatsächliche Vorbringen des Klägers nach allen Richtungen, also auch die erwähnte Behauptung bestreitet, der Schadensanspruch auch der Höhe nach als bestritten zu gelten, so daß, falls in der Berufungsinstanz der Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt erscheint, eine Zurückverweisung in die erste Instanz zu erfolgen hat. **c)** SächsRpflA. **08** 536 (Dresden). Ist ein Schadensersatzanspruch in erster Instanz nicht wegen mangelnden Grundes, sondern, weil die Entstehung des Schadens nicht nachgewiesen sei, abgewiesen, so hat das Berufungsgericht, wenn es einen Schaden als erwiesen ansieht, dessen Höhe selbst festzustellen, nicht zurückzuverweisen (**RG. 59** 472).

2. **a)** **RG.** V. R. **08** II 100 Ziff. 582. Erachtet das Berufungsgericht einen vom ersten Richter abgewiesenen, nach Grund und Betrag streitigen Anspruch nicht nur dem Grunde nach für gerechtfertigt, sondern auch hinsichtlich der Höhe für entscheidungsreif, so kann es gleichwohl nur über den Grund des Anspruchs entscheiden und muß die Sache zur weiteren Verhandlung über die Höhe an das Gericht erster Instanz zurückverweisen. **b)** PosMSchr. **08** 8 (Königsberg). Im Falle der Klagabweisung eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs kann das Berufungsgericht bei Feststellung des Anspruchs dem Grunde nach gleichzeitig den Beklagten zur Zahlung des alsdann unstreitigen Betrags verurteilen, da sich insoweit eine weitere Verhandlung als nicht mehr erforderlich erweist. **c)** **RG.** II. R. **08** II 524 Ziff. 2963, LeipzZ. **08** 780 Ziff. 33. Zahlungen, welche vor der Klagerhebung auf die eingeklagte Forderung gemacht sein sollen, betreffen auch den Bestand des Anspruchs zur Zeit der Klagerhebung; das Berufungsgericht ist daher in der Lage, nachdem es den Einwand der Zahlung geprüft hat, den Beklagten auch dem — im übrigen unstreitigen — Betrage nach zu verurteilen. **d)** **RG.** II. JW. **08** 152 Ziff. 26. Hatte die erste Instanz einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch des Klägers wegen unzulässiger Klagänderung abgewiesen, so muß das Berufungsgericht, wenn es die Klagänderung verneint, bevor es die Sache gemäß § 538 Ziff. 3 ZPO. in die erste Instanz zurückverweisen kann, selbst über den Grund des Anspruchs durch Zwischenurteil nach § 304 ZPO. befinden.

3. **RG.** II. JW. **08** 529 Ziff. 15, R. **08** II 501 Ziff. 2861, LeipzZ. **08** 780 Ziff. 31. Ist eine Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt und hinsichtlich des überschießenden Betrags zum Gegenstand einer Widerklage gemacht worden, so kann das Gericht zur Vorabentscheidung über den Grund der Widerklage gemäß § 304 ZPO. erst kommen, nachdem es durch Prüfung der Gegenforderung auch dem Betrage nach festgestellt hat, daß sie die Klageforderung übersteigt, mithin auch nach vollzogener

Aufrechnung für die Widerklage noch etwas übrig bleibt. Das Berufungsgericht kann daher, selbst wenn es dies wegen des Betrags der in zweiter Instanz dem Grunde nach festgestellten Widerklage tun muß, wegen des Streites um die Höhe des zur Aufrechnung gestellten Teiles der Gegenforderung nicht zurückverweisen, da die von ihm getroffene Feststellung des Grundes der Widerklage voraussetzt, daß in Höhe des Klaganspruchs die Gegenforderung auch dem Betrage nach besteht. Die früher vom II. Senat, JW. **02** 217 Ziff. 18, vertretene Ansicht, daß in solchem Falle, um zwiespältige Entscheidungen über die Gegenforderung zu vermeiden, auch wegen der Klage zurückverwiesen werden müsse, ist aufgegeben.

4. OLG. **17** 90 (Braunschweig). Im Falle der Zurückverweisung gemäß § 538 Ziff. 3 ist auch die Entscheidung wegen der Berufungskosten dem Endurteile vorzubehalten. — Ebenso RG. VI, SächsRpflA **09** 17.

5. **RG.** II. R. **08** II 341 Ziff. 2044. Ein durch Eid bedingtes Zwischenurteil nach § 304 ZPO. ist nach Zurückweisung der Berufung stets durch das Gericht erster Instanz zu erledigen; in der Unterlassung der ausdrücklichen Zurückverweisung an die Vorinstanz kann aber ein die Aufhebung begründender Mangel nicht gefunden werden.

§ 539, 1. R. **08** II 376 Ziff. 2214 (Frankfurt). Wenn, trotzdem eine prozeßhindernde Einrede erhoben und die Verhandlung zur Hauptsache verweigert worden ist, das Gericht in der Sache selbst erkannt hat, so kann das Berufungsgericht keine Sachentscheidung treffen, sondern muß zurückverweisen. Vgl. auch SeuffA. **63** 38 (München).

2. Reichel, DJZ. **08** 811. Die Frage, ob der gegen ein in erster Instanz erlassenes Versäumnisurteil eingelegte Einspruch wirksam war, ist nicht durch die Zulassung des Einspruchs in erster Instanz definitiv erledigt, sondern unterliegt der Nachprüfung in der Berufungsinstanz. Findet das Gericht, daß der Einspruch unzulässig war, so kann es entweder das Streiturteil und das ihm vorausgegangene Verfahren aufheben und die Sache zurückverweisen oder selbst erkennen und zwar dahin, daß das Streiturteil aufgehoben und der Einspruch als unzulässig verworfen werde (§ 341 Satz 2).

3. a) **RG.** VII. R. **08** II 456 Ziff. 2595. Eine Zurückverweisung in die Vorinstanz wegen mangelnder Bestimmtheit des Klagantrags darf jedenfalls dann nicht stattfinden, wenn der Kläger in der Berufungsinstanz dem Antrage die erforderliche Bestimmtheit gegeben hatte. **b)** PosMSchr. **08** 85 (Königsberg). Die Nichterwähnung der ausweislich des Sitzungsprotokolls gestellten Anträge ist nicht als wesentlicher Mangel anzusehen.

4. a) Königsdörffer, R. **08** 538. Hält das Berufungsgericht die sachlichen Erwägungen, auf Grund deren die erste Instanz dazu gelangt ist, einen Teil des Prozeßstoffs für entscheidungsreif zu erachten und durch Teilurteil zu erledigen, für unzutreffend, so ist es nicht in der Lage, die Sache zurückzuverweisen: der Erlaß des Teilurteils stellt sich nicht etwa als wesentlicher Mangel des Verfahrens im Sinne des § 539 dar, sondern war vom Standpunkte des ersten Richters aus gemäß § 301 ZPO. gerechtfertigt: es handelt sich hier vielmehr um ein materiell unrichtiges Urteil. **b) RG.** V. R. **08** II 208 Ziff. 1244. Kein Mangel des Verfahrens, sondern ein Mangel hinsichtlich der Urteilsfindung liegt vor, wenn der erste Richter in der irrigen Annahme, der Klaganspruch sei bereits seinem Grunde nach dem Kläger rechtskräftig zuerkannt, sich einer Prüfung, ob der Anspruch überhaupt besteht, für überhoben erachtet und lediglich die nach seiner Meinung aus der rechtskräftigen Feststellung sich ergebenden Folgerungen gezogen hat. **c) RG.** VII. R. **08** II 456 Ziff. 2584. Hat die untere Instanz, nachdem der Klaganspruch bereits gemäß § 304 ZPO. dem Grunde nach festgestellt worden war, im Verfahren über den Betrag in Verkennung der Tragweite des Grundurteils die Klage abgewiesen, so liegt eine

unrichtige Sachentscheidung, nicht aber ein die Zurückverweisung gemäß § 539 rechtfertigender Mangel des Verfahrens vor.

§ 541. **RG.** VII. R. 08 II 629 Ziff. 3460. Wird das dem Beklagten vorbehaltene Verteidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Revision gegen das zurückweisende Schlußurteil zu richten, nicht gegen das Vorbehaltsurteil, obgleich die Änderung des letzteren das eigentliche Ziel der Revision ist.

§ 542. 1. HanſGZ. **08** Beibl. 53, SeuffA. **63** 252 (Hamburg). Im Gegensatze zu einem früheren Urteile des OLG. Hamburg (HanſGZ. **03** Beibl. Nr. 72) ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß die Fiktion des § 542 Abs. 2 nur dahin geht, daß die benannten Zeugen das ausgesagt haben, was sie nach Behauptung des Beweisführers aussagen sollen, daß die Sachverständigen das bestätigen sollen, was der Beweisführer in ihr Wissen gestellt hat usw., nicht aber, daß die zu führenden Beweise als tatsächlich geführt anzusehen sind, mit anderen Worten, daß die Beweiswürdigung das vom Beweisführer erstrebte Ergebnis gehabt hat. Dieser Auffassung steht auch nicht die freilich mißliche Folge entgegen, daß die tatsächlich erfolgte Beweisaufnahme erster und die nur fingierte zweiter Instanz gegeneinander abzuwägen sind.

2. **RG.** VII. JW. **08** 558 Ziff. 23. Zum festgestellten Sachverhältnisse gehört auch eine in erster Instanz vorgetragene Zeugenaussage, nicht aber die Beweiswürdigung des ersten Richters.

3. DJZ. **08** 600 (Hamburg). Hat der Kläger gegen das auf einen zugeschobenen Eid für den Beklagten erkennende Urteil erster Instanz Berufung eingelegt und im Versäumnisverfahren zweiter Instanz abermals den Eid zugeschoben, so ist gemäß § 542 zu unterstellen, daß dies Beweismittel den beabsichtigten Erfolg gehabt hat.

4. OLG. **17** 169 (Dresden). Reicht das als zugestanden anzusehende Vorbringen des Berufungsklägers nicht zum vollen Beweise, wohl aber zur Glaubhaftmachung der klägerischen Sachdarstellung aus, so ist durch Versäumnisurteil auf einen Erfüllungseid für den Berufungskläger zu erkennen.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses stehen die Erörterungen über eine abermalige Reform des Revisionsverfahrens. Als Warnung vor übereilten Gelegenheitsgesetzen mögen dabei die Mitteilungen von Erythropel über die durch die §§ 554 und 554a geschaffenen unleidlichen Zustände dienen.

Vor § 545. Zur Reform des Revisionsverfahrens haben Hamm, 29. DJT. **3** 39 ff., und Spring aaO. 129 ff. Gutachten abgegeben. Hamm will die Revision nur gegen duae difformes, ferner gegen Urteile, durch welche die Berufung als unzulässig verworfen ist, sowie solche, durch welche reichsgerichtliche Grundsätze verletzt worden sind, und endlich in Sachen, welche zur absoluten Zuständigkeit der Landgerichte gehören, zulassen. — Spring ist in erster Linie für Vermehrung der Senate (unter Beibehaltung der Zahl von 7 Mitgliedern), für teilweise oder völlige Entlastung des RG. von Patentberufungen, von der Tätigkeit in Konsular- und Schutzgebietssachen, von Beschwerden und von Anträgen aus § 36 ZPO., §§ 5, 46 FGG., ferner für vorläufige Vollstreckbarkeit der Berufungsurteile und nur eventuell für Beschränkung der Revision: und zwar durch Beseitigung des Rechtsmittels in Arrest- und einstweiligen Verfügungs- und in landesrechtlichen Sachen, sowie durch Aufhebung des § 547 Abs. 2, ganz eventuell durch Erhöhung der Revisionssumme. — Weitere Erörterungen enthalten die Verhandlungen des 29. DJT. **5** 700 ff. Hervorgehoben sei der Vorschlag von Peters (724 ff.), eine Sukkumbenzstrafe von etwa 150 M., deren Hinterlegung Voraussetzung der Revision sein solle, einzuführen.

§ 546. 1. Vermögensrechtlicher Anspruch. **RG.** VI. R. **08** II 135 Ziff. 824. Werden mit der Klage Maßnahmen verlangt, durch die die Klägerin die Abwendung vermögensrechtlicher Nachteile, z. B. weiterer Kreditschädigung, erreichen will, so handelt es sich um vermögensrechtliche Ansprüche im Sinne des § 546 ZPO. (vgl. **RG. 61** 90). — **RG.** VI. JW. **08** 456 Ziff. 25. Ebenso, wenn mittels einstweiliger Verfügung Beseitigung von Boykottmaßregeln, welche der Beklagte gegen den klägerischen Gewerbebetrieb richtet, begehrt wird.

2. Streit- und Beschwerdegegenstand. **a) RG.** V. JW. **08** 490 Ziff. 25. Nach feststehender Rechtsprechung ist, soweit nicht § 7 ZPO. zur Anwendung kommt, auch wenn der Beklagte die Revision eingelegt hat, der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht auf einen höheren Betrag als den zu bemessen, auf welchen sich das Interesse des Klägers beläuft. **b) RG.** VI. WarnE. **08** Ziff. 433. Der Wert des Beschwerdegegenstandes der Revision richtet sich nach dem vermögensrechtlichen Interesse, welches der Revisionskläger an der Beseitigung der ihm nachteiligen Entscheidung hat; er kann mit dem Werte des Streitgegenstandes zusammenfallen, aber auch hinter ihm zurückbleiben. **c) RG.** IV. SächsRpflA. **08** 142, Pos. MSchr. **08** 39. Der Wert des Beschwerdegegenstandes kann den des Streitgegenstandes nicht übersteigen, auch nicht, wenn das Interesse des Revisionsklägers an der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung ein den Streitwert übersteigendes ist. — Ebenso **RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 661. **d)** BayObLG. **8** 230. Die Revisionssumme ist vorhanden, wenn die Vermögenslage des Revisionsklägers, falls es bei der angefochtenen Entscheidung bleibt, sich um mehr als 2500 M. schlechter gestaltet, als sie sein würde, wenn seinem Antrage stattgegeben werden würde.

3. Einzelfälle. **a)** *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 645. Wenn die Revision darauf gegründet wird, daß der Vorderrichter auf die Erledigungserklärung des Klägers falsch entschieden habe, so ist der Wert des Beschwerdegegenstandes bestimmt durch das Interesse des Klägers daran, daß er nicht abgewiesen werde, sondern über die Hauptsache keine Entscheidung ergehe, bzw. durch das Interesse des Beklagten daran, daß der Kläger abgewiesen werde, und nicht die Entscheidung zur Hauptsache ausbleibe. **b) RG.** III. R. **08** II 307 Ziff. 1845. Bei Abweisung einer Klage auf „2500 M. oder mehr oder weniger nach Ermessen des Gerichts bzw. Sachverständiger" ist die Revisionssumme nicht gegeben; der Antragszusatz bedeutet nur den Vorbehalt einer Erhöhung nach günstigem Beweisausfalle. **c) RG.** V. WarnE. **08** Ziff. 565. Soweit der Gegenstand der Klage und der Widerklage zusammenfallen, wird dadurch, daß auch zur Widerklage Revision eingelegt wird, das Interesse des Revisionsklägers an dem Erfolge des Rechtsmittels kein höheres; eine Zusammenrechnung zur Berechnung des Streitwerts der Revision findet somit nicht statt. **d) RG.** I. JW. **09** 23 Ziff. 22. Übersteigt der Klagantrag nicht den Betrag von 2500 M., so wird die Revision nicht dadurch zulässig, daß im Berufungsurteile dem Antrage des Beklagten auf Rückzahlung der aus dem vorläufig vollstreckbaren erstinstanzlichen Urteile beigetriebenen Summe, welche nebst Zinsen und Kosten mehr als 2500 M. betrug, stattgegeben worden war. **e) RG.** VII. JW. **09** 77 Ziff. 13. Hat das Berufungsgericht mehrere Sachen zur „gemeinschaftlichen Verhandlung" verbunden, dann aber in jeder einzelnen eine besondere Entscheidung erlassen, so ist die Revision, auch wenn nur die mehreren Streitgegenstände zusammen den Betrag von 2500 M. übersteigen, gleichwohl zulässig: die Verbindung bewirkt gemäß § 147 ZPO., daß über die verbundenen Sachen nicht nur gemeinschaftlich zu verhandeln, sondern auch gemeinschaftlich zu entscheiden ist; mithin sind die mehreren Urteile als äußerlich getrennte Teile eines einheitlichen Urteils anzusehen (**RG. 49** 401, JW. **08** 433 Ziff. 9). **f) RG.** II. WarnE. **1** Ziff. 95. Enthält das angefochtene Urteil ein Zwischenurteil gemäß § 303, so wird der Gegenstand des letzteren bei der Berechnung der Revisionssumme nicht mit-

berücksichtigt. g) BayObLG. 8 506, BayRpflZ. **08** 70 (BayObLG.). Bei der Revision gegen die Verurteilung zur Rechnungslegung bildet den Beschwerdegegenstand nicht die Höhe der zu verrechnenden Beträge, sondern der Unterschied in der Vermögenslage des Verurteilten, der sich daraus ergibt, ob er Rechnung legen muß oder nicht; maßgebend ist also der Aufwand an Zeit und Kosten, welcher für die Aufstellung der Rechnung und die Beschaffung der Belege erforderlich ist. h) **RG.** VI. JW. **08** 456 Ziff. 25. Ist den Beklagten verboten, durch Flugblätter und Anzeigen zum Boykott des Klägers aufzufordern, so deckt sich der Streitwert ihrer auf Aufhebung dieses Verbots gerichteten Revision nicht mit dem dem Kläger durch den Boykott zugefügten Schaden. In Betracht kommt vielmehr nur das Geldinteresse der Beklagten an der ungehinderten Weiterverbreitung des Boykottaufrufs. i) **RG.** V. R. **08** II 373 Ziff. 2196. Bezweckt die Revision des Beklagten in einer Rauchbelästigungssache lediglich die Aufhebung der zur Abhilfe verurteilenden Berufungsentscheidung deshalb, weil mit einem Aufwande von 500 M. bereits vor diesem Urteile genügend Abhilfe getroffen, sohin der Rechtsstreit erledigt gewesen sei, so mangelt die Revisionssumme; die 2500 M. übersteigenden Kosten einer allenfallsigen weiteren Schornsteinerhöhung kommen hierbei ebensowenig in Frage als der lediglich akzessorische, durch die Rauchplage bereits entstandene Schaden.

4. Glaubhaftmachung. **RG.** VII. R. **08** II 630 Ziff. 3461. Der Umstand, daß der Revisionsbeklagte der Person, welche im Auftrage des Revisionsklägers die streitigen Gegenstände besichtigen und schätzen sollte, den Zutritt versagt hat, genügt nicht zur Glaubhaftmachung der Behauptung, daß der Wert dieser Gegenstände den Betrag von 2500 M. übersteige.

§ 547. 1. **RG.** II. LeipzZ. **08** 613 Ziff. 7, JW. **08** 203 Ziff. 24. Wird mittels Revision geltend gemacht, daß die vom Konkursverwalter eingelegte Berufung deswegen unzulässig gewesen sei, weil der Konkursverwalter nach Einlegung der Berufung durch Aufhebung des Konkurses seine Prozeßführungsmacht verloren habe, so ist die Revision gemäß § 547 Ziff. 1 zulässig (aber unbegründet).

2. **RG.** I. JW. **08** 350 Ziff. 41, LeipzZ. **08** 460 Ziff. 8. Die Revision des aus einer Genossenschaft ausgeschlossenen Genossen ist nur dann ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig, wenn dieser die Klage aus § 51 GenG. mit der Behauptung, daß der Ausschließungsbeschluß der Generalversammlung unter Verletzung des Gesetzes oder des Statuts zustande gekommen sei, nicht auch, wenn er eine gewöhnliche, nicht an die Schranken des § 51 gebundene Klage erhoben hat.

3. **RG.** VII. JW. **09** 61 Ziff. 34. In Sachen, welche in erster Instanz vor die Gerichte der Schutzgebiete gehören, entscheidet als Gericht zweiter Instanz das RG. bzw. das an seine Stelle tretende Obergericht des Schutzgebiets endgültig; die Revision ist in diesen Sachen, selbst wenn es sich um Ansprüche handelt, welche zur ausschließlichen Zuständigkeit des Landgerichts gehören, unzulässig.

§ 549. 1. a) **RG.** III. JW. **08** 756 Ziff. 27. Das gemeine protestantische Kirchenrecht ist revisibel. b) **RG.** VI. R. **08** II 276 Ziff. 1627. Der Begriff „unverzüglich" im § 121 BGB., d. h. „ohne schuldhaftes Zögern", ist ein Rechtsbegriff; dem Revisionsgerichte steht daher die Prüfung zu, ob die vom Berufungsgerichte festgestellten Tatsachen ein Verschulden ergeben (vgl. **RG. 49** 395, **64** 159 ff.). c) **RG.** VI. **68** 148, JW. **08** 282 Ziff. 24, RheinA. **105** II 267. Die PrAVerf. des Justizministers vom 23. März 1885 (JMBl. 119) über die Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist ein Gesetz im Sinne des § 549 ZPO., § 12 EGZPO., da sie nach den Grundsätzen des preußischen Staatsrechts über die Quellen des öffentlichen Rechtes in gültiger Weise, nämlich auf Grund der Übertragung im § 2 des G. vom 14. März 1885 (GS. 65) zustande gekommen ist.

2. a) **RG.** VI. R. **08** II 240 Ziff. 1423. Die Bestimmung des Inhalts und der Tragweite einer für eine Ortschaft behaupteten Observanz sind wie die Ent-

scheidung über ihr Bestehen der Nachprüfung der Revision entzogen; dagegen ist der Revision zugänglich die Nichtanwendung oder falsche Anwendung revisiblen Rechtes bei der Ermittelung und Feststellung der Observanz nach Existenz und Inhalt, so die Verletzung der Grundsätze über die Entstehung der lokalen Rechtsnormen (vgl. **RG.** **2** 182, **3** 150, **5** 361). **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **52** 144. Die Frage, ob die Auslegung einer nicht revisiblen Rechtsnorm zutreffend ist, ist der Prüfung des Revisionsrichters entzogen, daher auch die Frage, ob die Begründung in sich widerspruchsvoll ist. **c)** **RG.** II. R. **08** II 276 Ziff. 1628, LeipzZ. **08** 449 Ziff. 27. Auf die Verletzung einer im Bezirke des Berufungsgerichts nicht geltenden Rechtsnorm kann die Revision auch dann nicht gegründet werden, wenn dieselbe wörtlich mit einer Norm des innerhalb des Bezirkes geltenden Rechtes übereinstimmt, so z. B. nicht auf das mit dem alten HGB. wörtlich übereinstimmende österreichische HGB. Vielmehr ist Einheit der Rechtsquelle erforderlich. **d)** **RG.** VI. R. **08** II 473 Ziff. 2699. Die im Jahre 1902 für das ganze preuß. Staatsgebiet zur Ausführung des G. vom 28. Juli 1892 über Privatanschlußbahnen erlassenen Betriebsvorschriften stellen nicht eine Rechtsnorm dar, auf deren Verletzung die Revision gestützt werden könnte.

§ 550. 1. **RG.** IV. R. **08** II 172 Ziff. 1022. Eine behauptete „Aktenwidrigkeit" der getroffenen Feststellungen und ihrer Begründung ist an sich nicht ein die Revision begründender prozessualer Mangel.

2. **RG.** I. R. **08** II 711 Ziff. 3875. Die Nachprüfung der Auslegung einer Urkunde steht dem Revisionsgerichte nur zu, wenn es sich um eine Dispositivurkunde handelt.

3. **a)** **RG.** I. R. **08** II 672 Ziff. 3665. Die Frage, ob ein Dienstverpflichteter einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung geboten habe, ist eine in der Revisionsinstanz nachzuprüfende Rechtsfrage. **b)** **RG.** III. R. **08** II 306 Ziff. 1838. „Anhaltende Krankheit" des Dienstverpflichteten ist ein rechtlich und tatsächlich gemischter Begriff, die Nachprüfung in der Revisionsinstanz daher zulässig.

§ 551. 1. **RG.** IV. R. **08** II 672 Ziff. 3666. Eine dem Fehlen der Urteilsgründe gleichzustellende Lückenhaftigkeit der Begründung ist nur dann anzunehmen, wenn ein ganzer Rechtsbehelf mit Stillschweigen übergangen ist (vgl. **RG.** **65** 93).

2. **RG.** V. R. **08** II 711 Ziff. 3876. Sind Vorprozeßakten zur Beweisaufnahme vorgelegt, so ist die zur Ergänzung der Urteilsbegründung erfolgte Verweisung auf das in diesen Akten ergangene, zum Vortrage gebrachte Urteil nicht unzulässig.

3. Vgl. zu § 551 Ziff. 7 ferner **RG.** II. R. **08** II 172 Ziff. 1023 und **RG.** I. aaO. Ziff. 1024.

§ 553. 1. **RG.** VI. JW. **08** 279 Ziff. 18. Maßgebend ist der Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils; ist dieser gestellt, so ist es unerheblich, wenn weitere inkorrekt gefaßte Anträge gestellt worden sind.

2. **RG.** VII. JW. **09** 54 Ziff. 22. Eine Revisionsschrift, in welcher nur der für den Gegner aufgetretene Nebenintervenient als Revisionsbeklagter bezeichnet wird, ist im Zweifel dahin auszulegen, daß die Revision auch gegen die Hauptpartei gerichtet sein soll.

3. **RG.** VI. R. **08** II 376 Ziff. 2215. Hat der Konkursverwalter einer in Konkurs geratenen Partei das Verfahren aufgenommen, so ist, wenn nach Erlaß des Berufungsurteils das Konkursverfahren wieder aufgehoben worden ist, eine vom Gegner eingelegte Revision nicht darum unzulässig, weil in der Revisionsschrift als Revisionsbeklagter noch der Konkursverwalter als Vertreter der Konkursmasse des Klägers aufgeführt ist.

4. SeuffA. **63** 476, OLG. **17** 185 (Hamburg). Ist die Revision nicht ausdrücklich auf einen Teil des Berufungsurteils beschränkt worden, so ist die Rechtskraft hin-

sichtlich des ganzen Berufungsurteils gehemmt, auch wenn die Revisionsbegründung sich nur auf Teile des Berufungsurteils erstreckt.

§ 554. 1. **RG.** I. JW. **08** 77 Ziff. 13. Setzt sich der Anspruch des Revisionsklägers aus mehreren selbständigen Ansprüchen zusammen, so erstreckt sich der Begründungszwang auf jeden einzelnen Anspruch. Die Revision ist daher unzulässig, wenn die Revisionsbegründung sich nur auf einzelne Ansprüche erstreckt, deren Summe den Betrag von 2500 M. nicht übersteigt. — Ebenso **RG.** I. R. **08** 403 Ziff. 2367, **RG.** I. JW. **08** 407 Ziff. 10 und **RG.** VI. R. **08** II 208 Ziff. 1245 (ebenso auch JDR. **6** § 554 Ziff. 5 und **5** § 554 Ziff. 1).

2. a) **RG.** VI. JW. **08** 46 Ziff. 22. Dem Erfordernisse der Bezeichnung der Tatsachen, welche den Mangel ergeben, wird nicht durch die Anführung eines Paragraphen der Prozeßordnung genügt. b) **RG.** IV. R. **09** II Ziff. 342. Die Bemerkung der Revisionsbegründung: „die umfassenden Beweisanträge der Schriftsätze vom . . . sind zu Unrecht nicht erledigt" ist ungenügend, da sie nicht erkennen läßt, welche Tatsachen unter Verletzung des Gesetzes übergangen sein sollen. c) **RG.** I. GruchotsBeitr. **52** 1141. Die Bezeichnung der Tatsachen, welche die Verfahrensmängel ergeben oder welche unter Gesetzesverletzung festgestellt, übergangen oder als vorgebracht anzusehen sein sollen, kann nicht in der Weise erfolgen, daß lediglich die unterlassene Vernehmung von Zeugen, welche über die in Frage kommenden Tatsachen benannt worden waren, bemängelt wird: es kann nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, die in den Schriftsätzen verstreuten Behauptungen, zu welchen diese Zeugen benannt worden sind, aufzusuchen.

3. a) DJZ. **08** 200 (BayObLG.). Eine nachträgliche Erweiterung des in der Revisionsschrift angekündigten und rechtzeitig begründeten Antrags, bei der es sich nicht um einen selbständigen Anspruch handelt, wird durch den Ablauf der Begründungsfrist nicht ausgeschlossen, auch wenn die Revision insoweit nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist begründet worden ist. b) R. **08** II 307 Ziff. 1846 (BayObLG.). Erklärt der Revisionskläger in der Erwartung, die Revision werde dem RG. überwiesen werden, gelegentlich der gleichzeitig mit der Einreichung abgegebenen Revisionsbegründung, „es handle sich lediglich um die Anwendung des § 138 BGB.", so ist er durch diese keineswegs einem Verzichte gleichkommende Äußerung nicht gehindert, später noch Verletzung landesrechtlicher Normen hinsichtlich eines weiteren Klagegrundes geltend zu machen, nachdem sich das BayObLG. für zuständig erklärt hat.

§ 554 a. 1. **RG.** IV. JW. **08** 457 Ziff. 26. Das Unzulässigkeitsurteil ergeht ausschließlich auf Grund des zur Zeit der Entscheidung vorliegenden Urkundenmaterials; Beweise, welche nicht sofort verwertet werden können, sind nach §§ 546 Abs. 3, 294 Abs. 2 ausgeschlossen. Ein Wiederaufnahmeverfahren wegen nachträglich aufgefundener Urkunden (§ 580 Ziff. 7 b) ist unzulässig.

2. Reform zu §§ 554, 554 a. Erythropel, JW. **08** 183 ff., berichtet über schwere Mißstände, welche sich bei der Anwendung der Prozeßnovelle vom 5. Juni 1905 ergeben haben. Die Begründungsfrist ist für umfangreichere Sachen zu kurz. Sie hat sich auch vielfach nicht ausreichend erwiesen in Fällen, in welchen zur Begründung Einsichtnahme in die Gerichtsakten erforderlich wurde, diese Akten aber bis zum Fristablaufe noch nicht eingegangen waren, ferner in Fällen, in welchen Berichtigung des Tatbestandes des Berufungsurteils beantragt, dieser Antrag bei Fristablauf aber noch nicht erledigt war. Der durch § 554 geschaffene Rechtszustand ist namentlich wegen des Ausschlusses der Wiedereinsetzung unerträglich. — Ganz unhaltbar ist das Beschlußverfahren aus § 554 a, in welchem selbst gegen offenbare Irrtümer eine Abhilfe nicht gegeben ist.

§ 556. **RG.** IV. JW. **08** 558 Ziff. 24. Für eine bedingte Anschlußrevision des Beklagten für den Fall, daß die klägerische Revision zu einer Aufhebung der

Entscheidung über die Widerklage führen sollte, ist in Ehesachen kein Raum, weil vermöge des Grundsatzes der Gesamtentscheidung bei Aufhebung der Entscheidung über die Widerklage Aufhebung des ganzen Urteils geboten ist.

§ 559. 1. a) **RG.** II. JW. **08** 455 Ziff. 24. Vom Revisionskläger nicht gerügte Mängel des Tatbestandes sind in der Revisionsinstanz gleichwohl von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn sie derart sind, daß sie eine zuverlässige materiell-rechtliche Beurteilung der Sache unmöglich machen (vgl. **RG.** JW. **06** 359 Ziff. 20). — Ähnlich **RG.** IV. JW. **08** 112, in einem Falle, in welchem das Berufungsurteil statt eines Tatbestandes nur auf das Urteil erster Instanz, auf fünf Schriftsätze sowie die Anlage zu einem sechsten Schriftsatze Bezug genommen hatte. b) **RG.** II. JW. **08** 245. Ist eine Gegenforderung aufrechnungsweise und hinsichtlich des überschießenden Betrags mittels Widerklage geltend gemacht und über den Grund der letzteren vorabentschieden worden, ohne daß geprüft ist, ob nach vollzogener Aufrechnung für die Widerklage noch etwas übrig bleibt, so unterliegt die Vorabentscheidung, wenn deren prozessuale Mangelhaftigkeit nicht gerügt worden ist, nur dann der Aufhebung, wenn sie zugleich das materielle Recht verletzt.

2. **RG.** VII. JW. **08** 559 Ziff. 25. Ist die Begründung eines Teilurteils rechtsirrig, erweist sich aber die Entscheidung selbst nach den im späteren Schlußurteile getroffenen Feststellungen als gerechtfertigt, so ist, wenn sowohl gegen das Teilurteil wie gegen das Schlußurteil Revision eingelegt ist und über beide Revisionen gleichzeitig verhandelt und entschieden wird, die Revision gegen das Teilurteil zurückzuweisen. Denn es würde ein unnötiger und nicht zu rechtfertigender Formalismus sein, wenn das Revisionsgericht dasselbe Ziel auf dem Umweg erreichen wollte, daß es die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverweist, in welchem Falle dieses nichts anderes tun könnte, als die Entscheidung des Teilurteils aus den Entscheidungsgründen des Schlußurteils aufrechtzuerhalten.

§ 561. 1. *Schultzenstein, BuschsZ. **37** 244. Tatsache ist in dem allgemeinen Sinne des Wortes als etwas, was vorgefallen, geschehen ist oder noch geschieht, also eine Begebenheit, ein Ereignis oder ein Zustand in Vergangenheit oder Gegenwart, zu verstehen. Den Gegensatz bilden alle rechtlichen Ausführungen und Beurteilungen, gleichviel ob sie Rechtssätze, rechtliche Folgerungen aus solchen, Rechtsbegriffe oder sonstige Rechtsfragen zum Gegenstand oder zum Inhalte haben. Dem angefochtenen Urteile sind nicht bloß solche nach §§ 538, 539, 540, 529 Abs. 3, sondern auch noch diejenigen Entscheidungen gleichzustellen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern sie nicht nach den Vorschriften der ZPO. unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind, also auch Zwischenurteile und sogar Beschlüsse und Verfügungen. Die Feststellung muß für die in dem Urteil enthaltene Entscheidung über den Anspruch, der in die Revisionsinstanz gelangt ist, getroffen sein und wirkt über den Anspruch, für dessen Entscheidung sie getroffen worden ist, nicht hinaus. In welchem Teile des Urteils sie enthalten ist, ist unerheblich. Das Wort „gerichtlich" hat keine besondere Bedeutung. Als festgestellt ist eine Tatsache anzusehen, die als nach der eigenen Ansicht des Berufungsgerichts feststehend oder nicht feststehend hingestellt ist. Die Gebundenheit gilt nicht im Bereiche dessen, was das Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen hat, und ferner nicht, wenn die Feststellung selbst auf Verletzung revisiblen Rechtes beruht und bei der Verletzung eines Gesetzes in bezug auf das Verfahren diese Verletzung nach Maßgabe der §§ 554, 556 geltend gemacht worden ist. Dem Gewohnheitsrechte steht, soweit es kein Reichsgewohnheitsrecht ist oder sein Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, das Revisionsgericht gebunden, sonst frei gegenüber. Weitere Ausnahmen von der Gebundenheit als jene beiden sind nicht anzuerkennen, nament-

lich ist es für die Gebundenheit bedeutungslos, in welchem Maße, allein, kumulativ, alternativ oder eventuell, das OLG. die von ihm festgestellte Tatsache für erheblich erachtet hat, und sie fällt sogar dann nicht fort, wenn es die Tatsache als unerheblich angesehen hat, mag das letztere bloß aus den Umständen hervorgehen oder gar ausdrücklich ausgesprochen worden sein; hieraus kann unter Umständen aber das entnommen werden, daß keine Feststellung hat getroffen werden sollen und getroffen worden ist.

2. v. Ziegler, HoldheimsMSchr. **08** 293. Die nach Einlegung der Revision ergangene Nichtigkeitserklärung eines Patents ist nicht eine Veränderung der objektiven Rechtslage, sondern lediglich der Eintritt einer neuen, in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigenden Tatsache.

3. **RG.** V. **67** 380, JW. **08** 204 Ziff. 25. Die rechtliche Tragweite des in einem Zuschlagsbeschlusse bekundeten Willens des Vollstreckungsrichters unterliegt der Nachprüfung des Revisionsgerichts.

4. **a)** **RG.** V. R. **08** II 66 Ziff. 380. In der Revisionsinstanz kann ein in den Vorinstanzen nicht geltend gemachtes Zurückbehaltungsrecht nicht mehr berücksichtigt werden. **b)** **RG.** V. R. **08** II 101 Ziff. 584. In dem Prozeß über ein Altenteilsrecht der Klägerin ist die während der Revisionsinstanz eingetretene Tatsache des Todes der Klägerin für die materielle Entscheidung des Revisionsgerichts ohne Bedeutung. **c)** **RG.** VI. R. **08** II 276 Ziff. 1629. Ist bei dem Schadensanspruch eines im Betriebe verletzten Arbeiters der Einwand des Ersatzpflichtigen, daß dem Verletzten eine von der Berufsgenossenschaft zu zahlende Rente zustehe, nicht vor den Instanzgerichten gemacht worden, so ist das Revisionsgericht nicht in der Lage, die den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärende Entscheidung des Berufungsgerichts durch Hinzufügung einer entsprechenden Einschränkung abzuändern.

§ 565. 1. **RG.** VII. R. **08** II 240 Ziff. 1425. Hat das Revisionsgericht bei Aufhebung eines Urteils gleichzeitig hinsichtlich der Richtigkeit der Tatsachenwürdigung des Berufungsgerichts Bedenken und Zweifel geäußert, so ist das Berufungsgericht, an das die Sache zurückverwiesen ist, gleichwohl insoweit an die Ausführungen des Revisionsgerichts nicht gebunden.

2. **RG.** II. R. **08** II 240 Ziff. 1424. Wenn in der früheren Berufungsverhandlung eine Partei das Recht des Klägers, sich einer bestimmten Firma zu bedienen, zugestanden und das Revisionsgericht das Berufungsurteil insoweit, als es von dieser Voraussetzung ausgegangen ist, nicht aufgehoben hat, ist das Berufungsgericht nicht behindert, bei der erneuten Verhandlung die Sache in tatsächlicher Hinsicht frei nachzuprüfen.

§ 566. **RG.** IV. R. **08** II 342 Ziff. 2046. Die prozeßhindernde Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung kann in der Revisionsinstanz selbst dann noch vorgebracht werden, wenn die Partei schuldhafterweise es unterlassen hat, den Mangel schon früher geltend zu machen.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. 1. **RG.** VII. WarnE. **1** Ziff. 267. Unter einem das Verfahren betreffenden Gesuch ist jedes den Rechtsstreit betreffende zu verstehen; auch der Antrag, ohne vorausgehende Verhandlung den Beweisbeschluß abzuändern, gehört hierher.

2. **RG.** V. WarnE. **1** Ziff. 424. Gegen eine vom OLG. trotz vorausgegangener mündlicher Verhandlung durch Beschluß erlassene einstweilige Verfügung ist nicht die Beschwerde, sondern der Widerspruch als alleiniger Rechtsbehelf zulässig.

3. HessRspr. **9** 18 (Darmstadt). Wenn die Hauptsache vor Einlegung der Beschwerde erledigt ist, so ist die Beschwerde unzulässig und kann auch nicht wegen der Kostenentscheidung allein verfolgt werden.

4. BuschsZ. **37** 280 (Dresden). Gegen den Beschluß des Prozeßgerichts, durch welchen die vom beauftragten Richter angeordnete Zurückweisung eines Beistandes gebilligt wurde, ist eine Beschwerde nicht zulässig, da die Tatsache, daß die Beweisaufnahme unter Ausschluß des Beistandes stattgefunden hat, nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann und über die Benutzbarkeit des so gewonnenen Beweisergebnisses nur das Prozeßgericht zu entscheiden hat: im Falle der Unmöglichkeit der Abhilfe ist aber die Beschwerde unzulässig.

§ 568. 1. SächsOLG. **29** 142. Eine weitere Beschwerde im Sinne des § 568 Abs. 2 liegt auch dann vor, wenn die in der Beschwerdeinstanz ergangene Entscheidung dem Beschwerdeführer erst Anlaß zur Beschwerde gegeben hat.

2. BayObLG. **9** 373. Eine nebensächliche Bemerkung in den im übrigen mit der Entscheidung der Vorinstanz übereinstimmenden Gründen bildet keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

3. ElsLothJZ. **08** 515 (Colmar). Ein neuer selbständiger Beschwerdegrund liegt in der Zurückweisung der Beschwerde aus sachlichen Gründen statt in der Verwerfung wegen Unzulässigkeit jedenfalls dann, wenn durch die Sachentscheidung dem Beschwerdeführer der gesetzliche Weg zur Abhilfe abgeschnitten ist.

4. R. **08** II 66 Ziff. 381 (Frankfurt). Wenn im Kostenfestsetzungsverfahren das Gericht erster Instanz von den berechneten Kosten des Rechtsstreits einen bestimmten Betrag abgesetzt hat, so bildet dieser Betrag den Beschwerdegegenstand; die Beschlußkosten und die durch das Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten sind bei der Feststellung der Beschwerdesumme außer Betracht zu lassen.

§ 569. 1. HessRspr. **8** 154 (Darmstadt). Ein bestimmter Antrag ist für die einfache wie die sofortige Beschwerde nicht erforderlich. Ein gestellter Antrag kann bis zur Entscheidung verändert, insbesondere erweitert werden.

2. **a)** **RG.** V. BayRpflZ. **08** 245. Der Formvorschrift des § 569 Abs. 2 wird nicht dadurch genügt, daß der Beschwerdeführer zwar die Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers des OLG. erklärt, aber darin auf ein Schriftstück verweist, welches er selbst verfaßt hat. **b)** **RG.** VI. WarnE. **1** Ziff. 422. Die Einlegung der Beschwerde gegen eine das Armenrecht betreffende Entscheidung eines OLG. kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers des AG., aber nicht des LG. erklärt werden. **c)** **RG.** III. WarnE. **1** Ziff. 685. Die Beschwerde gegen den Beschluß, durch welchen die Beiordnung eines Anwalts gemäß § 35 RAO. abgelehnt wird, steht hinsichtlich der Form der Beschwerde gegen den das Armenrecht ablehnenden Beschluß gleich. **d)** **RG.** VI. WarnE. **1** Ziff. 566. Auch die Beschwerde gegen den Wertfestsetzungsbeschluß eines OLG. muß von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

§ 573. OLG. **17** 175 (Colmar). Die mündliche Verhandlung ordnet das Gericht nach freiem Ermessen an; die Unterlassung dieser Anordnung kann daher niemals einen neuen selbständigen Beschwerdegrund abgeben.

§ 574. 1. BayObLG. **9** 427. Der Antrag auf Entscheidung über die vom OLG. als unzulässig verworfene Beschwerde gehört zum Beschwerdeverfahren; für ihn ist daher § 569 maßgebend. Betrifft die Beschwerde das Armenrecht, so kann danach der Antrag zu Protokoll eines AG. erklärt werden, muß dann aber binnen einer Woche bei dem OLG. (nicht bei dem Beschwerdegericht) eingehen.

2. R. **09** Ziff. 344 (BayObLG.). „Weitere Beschwerde" gegen die Beschwerdeverwerfung aus Abs. 2 Satz 1 gilt als Anrufung gemäß Satz 2.

§ 576. **RG.** VII. **68** 66, JW. **08** 245 Ziff. 19. Das Prozeßgericht ist — sofern nicht, wie im § 183 GVG. oder § 17 ZGebO. der Instanzenzug abweichend geregelt ist — zur Abänderung von Entscheidungen des ersuchten Richters zuständig,

gleichviel ob es sich um einen selbständigen oder einen auf Ersuchen des Prozeßgerichts erlassenen Beschluß handelt.

§ 577. OLG. 17 177 (KG.). Das Wiederaufnahmeverfahren ist nur zur Beseitigung rechtskräftiger Urteile bestimmt. Im Beschwerdeverfahren bewirkt das Vorhandensein der Voraussetzungen der Wiederaufnahmeklagen nur eine Erstreckung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde; eine Wiederaufnahme eines durch Erschöpfung des Instanzenzugs geschlossenen Beschwerdeverfahrens findet dagegen nicht statt.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Vor § 578. Nußbaum, Prozeßhandlungen 32 ff. Dem aufhebenden Urteile kommt rückwirkende Kraft zu a) wenn das aufgehobene Urteil ein gemäß § 894 ZPO. zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilendes war. Es steht dem Verurteilten nicht etwa nur ein Anspruch auf Rückgängigmachung des eingetretenen Rechtserfolges zu (so Hellwig, Anspruch 451). Hatte jedoch der Verurteilte die Willenserklärung, zu welcher er verurteilt worden ist, außerdem tatsächlich abgegeben, so bleibt es trotz der Aufhebung des Urteils bei dem durch die tatsächliche Erklärung eingetretenen Erfolg. Lautete die Verurteilung auf Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache, so ersetzt die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 897 ZPO. die Übergabe, aber nicht die Einigung. Die Aufhebung des Urteils beseitigt somit die Eigentumsübertragung. Anders, wenn der Verurteilte die Sache freiwillig übereignet hatte; b) wenn das aufgehobene Urteil rechtsgestaltend war. (Dies auch, wenn man mit Kohler die Urteile dieser Gruppe als Feststellungsurteile ansieht, da auch nach Kohler das die Rechtsänderung begründende Parteiwirken erst durch den Gerichtsakt vollwirksam wird: mit der Beseitigung dieses letzteren muß auch die rechtsändernde Wirkung entfallen.) — Was den Einfluß der Rückwirkung auf die Rechtsstellung Dritter betrifft, so ist nicht zweifelhaft, daß Rechtsakte Dritter oder gegenüber Dritten, welche den erst durch die Aufhebung geschaffenen Zustand voraussetzen, nunmehr konvaleszieren. — Was Rechtsakte, welche im Vertrauen auf den aufgehobenen Rechtszustand vorgenommen wurden, angeht, so besteht ein durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes betreffend den Schutz des guten Glaubens nicht gedecktes Schutzbedürfnis, α) wenn der Dritte auf eine durch das aufgehobene Urteil gewährte Vertretungsmacht (Beispiele: Urteil auf Wiederherstellung der ehemännlichen Verwaltung, auf Erteilung einer Vollmacht, auf Bestellung eines Verwalters) und β) wenn der Dritte auf die durch das frühere Urteil ausgesprochene Befreiung einer Person von rechtlicher Abhängigkeit (Unehelichkeitserklärungs-, Ehescheidungs-, Ehenichtigkeitsurteil) vertraut hatte. Daß in solchem Falle der Dritte in seiner gutgläubig erworbenen Rechtsstellung geschützt werden muß, ist für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit im § 32 FGG. ausdrücklich anerkannt worden. Das gleiche Prinzip liegt auch der ZPO. zugrunde; es hat in den §§ 836 Abs. 2 und 1018 Abs. 2 Ausdruck gefunden. Dabei ist zu beachten, daß entsprechend der Vorschrift des § 32 FGG. der gute Glaube nicht durch die Kenntnis des Dritten von dem Aufhebungsgrunde zerstört wird und daß er nur die durch Rechtsgeschäft erworbene Rechtsposition deckt. Nur bei familienrechtlichen Gestaltungsklagen greifen andere Erwägungen durch. Insbesondere führt die Aufhebung des Scheidungsurteils nicht zur Vernichtung der von dem geschiedenen Ehegatten geschlossenen zweiten Ehe. Vielmehr entscheidet

hier die Rücksicht auf die Gewissensbedenken der Gatten der zweiten Ehe (ähnlich wie im § 1350 BGB.), da ein Verzicht auf die vom Dritten erworbene Rechtsstellung hier nicht möglich ist, ferner der Umstand, daß die zweite Ehe die mit einem Makel behaftete ist: sie ist durch richterlichen Mißgriff ermöglicht worden. Endlich harmoniert die Aufrechterhaltung der ersten Ehe mit dem Standpunkte des kirchlichen Eherechts. Gegen die gegenteilige Ansicht spricht auch die unbillige Folge, daß der zu Unrecht geschiedene Gatte der ersten Ehe des Erb- und Pflichtteils sowie aller Unterhaltsansprüche verlustig bleibt. — Gegen die hier vertretene Ansicht läßt sich endlich auch nicht die analoge Anwendung des § 1348 BGB. verwerten.

§ 579. Francke, ThürBl. **55** 183. Ist im Urteilsrubrum eine Person als Beklagter bezeichnet worden, welche gar nicht verklagt worden ist, so steht ihr die Nichtigkeitsklage nicht zu, da sie zwar in dem Prozesse nicht vertreten, aber auch gar nicht Partei gewesen ist.

§ 580. 1. **RG.** IV. **68** 334, JW. **08** 556 Ziff. 26. Von den Fällen der Nichtigkeitsklage und den beiden besonderen Restitutionsfällen des § 580 Ziff. 4 u. 5 abgesehen ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur gestattet, wenn der Restitutionsgrund für die Sachentscheidung über den Anspruch selbst von Bedeutung ist, nicht dagegen, wenn die das Verfahren wiederaufnehmende Partei sich lediglich über eine Beeinträchtigung ihrer prozessualen Rechte oder über einen Fehler des Verfahrens glaubt beschweren zu können. Es kann demgemäß, wenn eine Revision wegen mangelnder Revisionssumme als unzulässig verworfen worden ist, die Restitutionsklage nicht auf die Behauptung gegründet werden, daß durch nachträglich aufgefundene Urkunden das Vorhandensein der Revisionssumme klargestellt werde.

2. OLG. **17** 178 (Dresden). Restitutionsgrund ist nur die Eidesverletzung hinsichtlich des Zeugnisses, auf welches das Urteil sich gründet. Daß der Zeuge — sei es in diesem, sei es in einem anderen Prozesse — über Tatsachen, welche für die Entscheidung nicht maßgebend gewesen sind, falsch geschworen hat, genügt nicht.

3. **RG.** IV. **68** 334, JW. **08** 556 Ziff. 26. Die Restitutionsklage kann nicht auf eine Urkunde gestützt werden, die zu der Zeit, als das angefochtene Urteil erging, noch nicht vorhanden war.

§ 582. **RG.** VII. R. **08** II 545 Ziff. 3057. Ist die Urkunde, auf deren spätere Auffindung die Restitutionsklage gegründet wird, dem Prozeßbevollmächtigten von dem Erblasser der Partei in einem früheren Prozeß überreicht und von diesem zu den Akten über diesen früheren Prozeß genommen worden, so ist ein von der Partei zu vertretendes Verschulden des Prozeßbevollmächtigten nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn dieser sich in dem einige Jahre später geführten Prozesse jenes Vorganges nicht erinnert hat.

§ 586. OLG. **17** 179, HansGZ. **08** Beibl. 96 (Hamburg). Für den Fristbeginn ist der Zeitpunkt der Kenntnis von den tatsächlichen Geschehnissen, nicht der Zeitpunkt, in welchem die Partei die Einsicht in die prozessuale Bedeutung dieser Geschehnisse gewonnen hat, maßgebend.

§ 588. OLG. **17** 179 (Hamburg). Die Restitutionsklage bedarf nicht eines bestimmt formulierten Antrags; § 588 Abs. 1 Ziff. 3 enthält nur eine Sollvorschrift.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. 1. SächsOLG. **29** 143. Darlehnsvorverträge können nicht im Urkundenprozesse geltend gemacht werden.

2. PosMSchr. **08** 85 (Königsberg). Soweit eine Tatsache nach den Erfahrungen

des Lebens als die normale Erscheinung und deshalb als die von vornherein wahrscheinlichere sich darstellt, hat das Gericht auch im Urkundenprozeß einen besonderen Beweis für sie nicht zu fordern.

§ 593. 1. OLG. **17** 180 (KG.). Sind die der Klage beigefügten, zum Beweise streitiger Tatsachen dienenden Urkundenabschriften in wesentlichen Punkten unrichtig, so ist die Klage, ohne daß eine Heilung gemäß § 295 möglich wäre, so zu behandeln, als ob überhaupt keine Abschriften beigefügt wären.

2. HessRspr. **9** 49 (Darmstadt). Bei der Klage des Ausstellers gegen den Akzeptanten auf Grund des Art. 23 Abs. 1, 2 WO. genügt zum Nachweise des erhobenen Anspruchs die Wechselabschrift ohne Abschrift der durchstrichenen Indossamente.

§ 596. 1. Marcus, R. **08** 240. Nimmt der Kläger, nachdem er Versäumnisurteil im Urkundenprozesse gegen den Beklagten erwirkt und der letztere Einspruch eingelegt hat, vom Urkundenprozeß Abstand, so kann der Beklagte, da infolge der Erklärung des Klägers der Prozeß in der ursprünglich gewählten Prozeßart unzulässig geworden ist, die Abweisung des Klägers im Urkundenprozeß und die Aufhebung des erlassenen Versäumnisurteils erwirken. — AM. Kiefe aaO. 328. Die Abstandnahme vom Urkundenprozesse bewirkt nicht etwa, daß dieser nunmehr unzulässig geworden ist. Vielmehr bleiben die in demselben vorgenommenen Handlungen, wie z. B. Geständnisse, Beweiserhebungen, und ebenso auch das ergangene Versäumnisurteil wirksam.

2. R. **08** II 474 Ziff. 2701 (Stuttgart). Die Abstandnahme vom Urkundenprozeß ist in der Berufungsinstanz mit Zustimmung des Beklagten zulässig.

§ 597. Meyer, Geständnis klagebegründender Tatsachen im Urkundenprozesse, BuschsZ. **38** 159 ff., bekämpft die Ansicht des **RG.** **12** 133, **30** 408, daß es im Urkundenprozesse des Beweises klagebegründender Tatsachen dann nicht bedürfe, wenn dieselben zugestanden seien. Das Gegenteil folgert er daraus, daß die Klage als unstatthaft abgewiesen wird, „selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozeß unstatthaft sind". Danach hat die Abweisung wegen Unstatthaftigkeit der gewählten Prozeßart auch dann einzutreten, wenn der Beklagte nur unzulässige Einreden vorgeschützt, die Klagetatsachen also gar nicht bestritten hat. — AM. **RG.** I. WarnE. **1** Ziff. 602. Eine Tatsache, über welche die Parteien einig sind, ist auch, falls sie nicht durch Urkunden belegt ist, im Urkundenprozesse benutzbar.

§ 598. WürttJ. **21** 29 (Stuttgart). Eine Aussetzung des Verfahrens, weil der Beklagte nach Erledigung eines anderen Rechtsstreits zum Beweise seiner Einwendungen im Urkundenprozeß in der Lage sein werde, ist, weil dem Wesen des Urkundenprozesses widerstreitend, unzulässig.

§ 600. 1. **RG.** I. R. **08** II 172 Ziff. 1028. Die rechtskräftige Zurückweisung einer Einrede im Wechselprozeß als unschlüssig, weil aus dem Rechte eines Dritten hergeleitet, hindert nicht, daß dieselbe Einrede im Nachverfahren mit neuer Begründung, nämlich gestützt auf abgetretene Rechte, geltend gemacht werden kann.

2. a) **RG.** I. LeipzZ. **08** 61 Ziff. 11. Ist eine oHG. unter Vorbehalt ihrer Rechte rechtskräftig verurteilt worden, so kann der Kläger, welcher die Mitglieder der inzwischen aufgelösten Gesellschaft, statt das Nachverfahren gegen sie zu betreiben, mit einer neuen Klage belangt, den Beklagten nicht ihre Verteidigung unter Hinweis auf die Rechtskraft des Urteils im Wechselprozeß abschneiden. b) KGBl. **08** 6, OLG. **17** 181 (KG.). Die Ausführung der vorbehaltenen Rechte ist nur in dem — mit dem Wechselprozeß eine Einheit bildenden — Nachverfahren, nicht in einem besonderen Prozesse möglich.

3. a) R. **09** Ziff. 122 (Frankfurt). Wird im Nachverfahren wegen inzwischen eingetretener Erledigung des Hauptanspruchs nur beantragt, den Kläger unter Aufhebung des Wechselurteils zur Rückerstattung der beigetriebenen Zinsen und Kosten zu verurteilen, so ist der Streitgegenstand für das Nachverfahren doch der gleiche wie im Wechselprozesse. **b)** OLG. **17** 182 (Hamburg). § 97 Abs. 2 stellt eine Ausnahmebestimmung für das Berufungsverfahren dar; eine entsprechende Anwendung auf das Nachverfahren ist ausgeschlossen.

§ 603. BreslauAK. **08** 9 (Breslau). Der Gerichtsstand des § 603 ist kein ausschließlicher; daneben bleiben auch die besonderen Gerichtsstände der §§ 20 ff. ZPO. bestehen.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

§ 606. 1. **RG.** IV. JW. **09** 78 Ziff. 14. Hat eine Deutsche sich im Deutschen Reiche standesamtlich mit einem Russen verheiratet, so hat sie mangels kirchlicher Trauung nicht die russische Staatsangehörigkeit erworben, wohl aber wegen einer — nach deutschem Rechte gültigen — Verehelichung mit einem Ausländer die deutsche Staatsangehörigkeit verloren. Ausländer im Sinne des § 606 Abs. 4 ist nun aber nur, wer einem fremden Staate angehört, nicht wer aufgehört hat, Deutscher zu sein. Mithin ist das deutsche Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, für die Scheidungsklage sachlich und örtlich zuständig.

2. KGBl. **09** 16 (KG.). Für den Scheidungsprozeß jüdischer Eheleute russischer Staatsangehörigkeit ist, da die Entscheidungen deutscher Gerichte in Ehescheidungssachen in Rußland nicht anerkannt werden, die Zuständigkeit inländischer Gerichte nicht begründet.

§ 610. HansGZ. **08** Beibl. 147 (LG. Hamburg). Der Amtsrichter hat lediglich das Ergebnis des Sühneversuchs und bei Ausbleiben des Sühnebeklagten dieses und dessen Ladung zu Protokoll festzustellen. Eine erkennende oder beschließende Tätigkeit hat er nicht. Er ist daher auch nicht in der Lage, zu entscheiden, daß der Sühneversuch für erfolglos erklärt werde.

§ 614. OLG. **17** 171 (Hamburg). Ist die Berufung zurückgenommen, so ist damit die Berufungsinstanz hinsichtlich der Hauptsache beendet und jede Erörterung zur Hauptsache ausgeschlossen. Es ist daher insbesondere nicht mehr möglich, gemäß § 614 Abs. 1 neue Klagegründe vorzubringen, da diese Bestimmung eine Sachverhandlung voraussetzt, während im vorliegenden Falle nur noch die Kosten den Gegenstand der Erörterung bilden können.

§ 615. **RG.** IV. R. **08** II 208 Ziff. 1247. Wird auf die Klage die Ehe für nichtig erklärt, so kann nicht außerdem die Ehe auf die Widerklage geschieden werden.

§ 616. SächsRpflA. **08** 144 (LG. Chemnitz). Der durch rechtskräftiges Scheidungsurteil für schuldig erklärte Ehegatte kann nicht mehr Klage darauf erheben, daß der andere Teil für mitschuldig erklärt werde, es sei denn, daß die die Mitschuld begründenden Tatsachen erst in einem Zeitpunkt eingetreten oder dem Ehegatten bekannt geworden sind, in welchem er sie im Vorprozesse nicht mehr geltend machen konnte.

§ 617. 1. **RG.** IV. WarnE. **1** Ziff. 646. Für eine Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs ist eine in einem vorangegangenen Ehescheidungsprozeß erlassene Entscheidung nicht bindend.

2. **RG.** IV. R. **08** II 342 Ziff. 2049. Zur Entlastung der klagenden Ehefrau gegenüber der gegen sie erhobenen Widerklage auf Scheidung können nichteidliche

Zeugenaussagen aus Strafakten gegen den Ehemann verwertet werden. Um eine unter § 617 Abs. 2 fallende Beweisführung handelt es sich dabei nicht.

3. PosMSchr. **08** 134 (Posen). § 617 Abs. 2 betrifft nur die prozessuale Wirkung gewisser abgegebener, unterbliebener und verweigerter Erklärungen; außerhalb des Prozesses abgegebene Parteierklärungen werden dadurch nicht betroffen.

§ 619. OLG. **17** 183 (Frankfurt). Die Anordnung des persönlichen Erscheinens und der Vernehmung kann auch bezüglich einer Partei getroffen werden, welche nicht durch einen Anwalt vertreten ist.

§ 620. **RG.** IV. JW. **08** 43 Ziff. 18. Die Aussetzung von Amts wegen liegt auch dem Revisionsrichter ob. Er kann jedoch im Falle der Zurückverweisung die Prüfung dieser Frage dem Berufungsgericht überlassen.

§ 622. 1. Neumiller, SeuffBl. **08** 78. Für die Erhebung von Beweisen von Amts wegen ist nur Raum im Scheidungsstreite, nicht auch im Prozesse betreffend Herstellung der Ehegemeinschaft.

2. **RG.** IV. WarnE. **1** Ziff. 105. Eine Amtspflicht des Richters, Korrespondenzen in Beiakten daraufhin zu prüfen, ob sie der Aufrechterhaltung der Ehe dienlich sind, besteht nicht.

§ 624. Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. Die Feststellung der Person des Ehebrechers im Scheidungsurteil ist nicht eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, überhaupt nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, sondern die Hervorhebung eines tatsächlichen Beweisergebnisses. Weder haben die Parteien einen Anspruch darauf, die Feststellung des Ehebrechers im Urteile zu verlangen — sie können daher wegen dieses Punktes auch nicht Inzidentfeststellungsklage erheben —, noch besteht eine Pflicht des Gerichts, wenn zwar der Ehebruch, nicht aber die Person des Ehebrechers feststeht, nach der letzteren weiter zu forschen. — Gleichwohl ist die namentlich von Seuffert und Dernburg vertretene Ansicht, daß im Nichtigkeitsprozeß aus §§ 1328, 1312 BGB. die Widerlegung jener Feststellung zulässig sei, unrichtig: der diese Klage begründende Tatbestand ist nämlich nicht der Ehebruch, sondern lediglich dessen Feststellung im Scheidungsurteile.

§ 625. 1. **RG.** IV. R. **08** II 241 Ziff. 1427. Jedes einen Scheidungsanspruch enthaltende Urteil ist seinem ganzen Umfange nach von Amts wegen zuzustellen, also auch, wenn gleichzeitig der unterliegende Teil mit einem von seiner Seite gestellten Scheidungsantrag abgewiesen worden ist.

2. KGBl. **08** 46, R. **08** II 404 Ziff. 2370 (KG.). Ist die Entscheidung im Ehescheidungsprozeß inkorrekterweise in zwei Teilurteilen, von welchen eines die Scheidung ausspricht, das andere die Schuldfrage erledigt, getroffen, so sind beide Urteile von Amts wegen zuzustellen. Ist im Ehescheidungsprozesse durch bedingtes Endurteil erkannt worden, so ist auch das nachfolgende Läuterungsurteil, auch wenn es einen Ausspruch über die Scheidung nicht enthält, sondern nur die Schuldfrage betrifft, von Amts wegen zuzustellen.

3. Neumiller, SeuffBl. **08** 130. Auf die amtswegige Zustellung kann nicht verzichtet werden, auch nicht in Verbindung mit dem Rechtsmittelverzichte.

§ 627. 1. Recht auf einstweilige Verfügung. a) **RG.** IV. JW. **08** 279 Ziff. 19. Das Recht, eine einstweilige Verfügung aus § 627 zu beantragen, hängt nicht davon ab, daß dem antragenden Ehegatten ein glaubhaft gemachter Scheidungsgrund zur Seite steht. Das ergibt sich schon daraus, daß der Antrag auch vom Beklagten gestellt werden kann. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob der vorhandene Ehezwist es notwendig macht, im Interesse der Herstellung eines

geordneten Zwischenzustandes eine vorläufige gerichtliche Regelung eintreten zu lassen. **b)** **RG.** IV. R. **08** II 502 Ziff. 2863. § 1343 BGB. hindert angesichts der Spezialvorschrift des § 627 ZPO. keineswegs die Zubilligung einer Unterhaltsrente im Anfechtungsprozesse, selbst wenn die Nichtigerklärung der Ehe wahrscheinlich ist. **c)** **RG.** IV. JW. **08** 486 Ziff. 20, DJZ. **08** 972. Sofern nicht der Verkehr eines Elternteils mit dem Kinde überhaupt, sondern die Modalitäten dieses Verkehrs Gegenstand des Streites sind, ist auch bei Bestehen der Ehe ausschließlich das Vormundschaftsgericht zuständig. Zu den Anordnungen, die „wegen der Sorge um die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder" vom Richter im Eheprozesse zu treffen sind, gehört nun allerdings auch die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kindern im allgemeinen. Wie aber schon § 627 Abs. 3 erkennen läßt, steht die Regelung im einzelnen dem Vormundschaftsrichter zu. Der Prozeßrichter wird auch mit Rücksicht auf § 940 ZPO. (**RG. 49** 368) regelmäßig die nähere Regelung dieses Verkehrs abzulehnen haben, da das grundsätzlich hierum anzugehende Vormundschaftsgericht jederzeit und häufig sogar rascher als das Prozeßgericht erreichbar ist. **d)** **RG.** IV. R. **08** II 502 Ziff. 2864. Das Ehegericht braucht den Verkehr mit den Kindern nicht von vornherein für den Fall künftiger Erkrankungen zu regeln.

2. Insbesondere: Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. **a)** BadRpr. **08** 220 (LG. Mosbach). Der Ehemann kann zur Leistung eines Kostenvorschusses für den Eheprozeß im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 627 angehalten werden. **b)** R. **08** II 502 Ziff. 2865 (Colmar) schließt die Kostenvorschußpflicht aus, wenn nicht die Voraussetzungen des § 935 oder § 940 ZPO. gegeben sind, sowie wenn die Ehefrau bereits einen Armenanwalt hat. **c)** ThürBl. **55** 107 (Jena) hält den Kostenvorschußanspruch durch Beiordnung eines Armenanwalts für beseitigt.

3. Wirkung der einstweiligen Verfügung. **a)** SeuffBl. **08** 199 (München). Die Vollstreckung einer gemäß § 627 gegen den Ehemann erlassenen einstweiligen Verfügung auf Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ist auch nach rechtskräftiger Entscheidung hinsichtlich der auf die Zeit vor dem Eintritte der Rechtskraft entfallenden Beträge zulässig. — AM. Würzburger aaO. 323. **b)** **RG.** IV. BayRpflZ. **08** 69. Die Herausgabe eines Kindes (§ 1632 BGB.) kann nicht von dem verlangt werden, welcher das Kind auf Grund einer im Eheprozesse gemäß § 627 erlassenen einstweiligen Verfügung bei sich behält.

4. Aufhebung der einstweiligen Verfügung. **RG.** IV. R. **08** II 67 Ziff. 382. Im Scheidungsprozesse kann wegen veränderter Umstände auch die Aufhebung einer früher erlassenen einstweiligen Verfügung begehrt werden.

5. Unterhaltsklage trotz einstweiliger Verfügung? PosMSchr. **08** 161 (Posen). Durch Zubilligung einer Unterhaltsrente durch einstweilige Verfügung wird die Erhebung der Klage auf Leistung der Rente nicht unzulässig; das Interesse des Klägers kann darin bestehen, daß er den Folgen der Abänderung der Verfügung auf Grund der §§ 936, 924 ZPO. vorbeugen will.

§ 628. 1. *Lazarus, GruchotsBeitr. **52** 652 f. § 628 bezieht sich nicht auf den Fall, daß eine Partei schon vor Klagezustellung verstorben ist. — Die Erledigungserklärung des § 628 geschieht ohne Antrag, sobald das Gericht von dem Todesfall erfährt, worüber es gegebenenfalls in analoger Anwendung des § 622 Abs. 2 Beweis von Amts wegen zu erheben hat. Beide Parteien bzw. deren Erben können ein Rechtsmittel darauf stützen, daß zu Unrecht die Erledigung wegen Todesfalls ausgesprochen oder nicht ausgesprochen sei. — Auch in der Revisionsinstanz ist der Tod einer Partei von Amts wegen zu berücksichtigen, falls dies noch nicht früher

geschehen oder der Fall erst nach dem Berufungsurteil eingetreten ist, vorausgesetzt, daß die Formalien der Revision in Ordnung sind. Gegebenenfalls ist sogar Beweiserhebung hierüber in der Revisionsinstanz zulässig.

2. **RG.** IV. SächsRpflA. **08** 113, PosMSchr. **08** 15. Der Tod des einen Ehegatten vor Rechtskraft des Urteils im Ehescheidungsprozesse bewirkt, daß das Verfahren nur wegen der Kosten fortgesetzt werden kann und daß die Entscheidung über diese danach zu treffen ist, wie die Hauptsache zu entscheiden gewesen wäre.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 646. 1. MecklZ. **27** 7, R. **08** II 711 Ziff. 3877 (Rostock). Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten zur Zeit der Eheschließung vernichtet die auf Antrag des anderen Ehegatten erfolgte Entmündigung.

2. SchlHolstAnz. **08** 172 (Kiel). Die Antragsbefugnis muß im Beschwerdeverfahren noch zur Zeit der Entscheidung des Beschwerdegerichts vorhanden sein.

§ 650. R. **08** II 630 Ziff. 3462 (BayObLG.). Die Überweisung ist nur bei Zweifel über das Vorhandensein von Geisteskrankheit veranlaßt. Anderenfalls genügt die im § 654 Abs. 2 vorgesehene Vernehmung durch den ersuchten Richter.

§ 653. SächsOLG. **29** 275. Die Benachrichtigung der Antragsteller von den Beweisterminen, sowie die Zuziehung zu denselben ist nicht erforderlich.

§ 654. RG. IV. SächsRpflA. **08** 111. Die Vernehmung des zu Entmündigenden unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständiger ist auch in der Berufungsinstanz notwendig.

§ 658. NaumburgAK. **08** 91 (Naumburg). Aus § 658 Abs. 1 folgt nicht, daß der Antragsteller, falls der Entmündigungsantrag abgelehnt wird, seine außergerichtlichen Kosten von der Staatskasse erstattet verlangen kann. Von der allgemeinen Regel, daß, wer die Tätigkeit des Gerichts erfolglos anruft, die Kosten des erfolglosen Verfahrens zu tragen hat, macht § 658 Abs. 1 nur insofern eine Ausnahme, als er den Antragsteller von der Belastung mit den Gerichtskosten befreit; für einen Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Kosten fehlt es dagegen an jedem gesetzlichen Anhalte. Ebenso **KG.** JDR. **6** § 658, a. M. **KG.** JDR. **5** § 658.

§ 664. RG. IV. **68** 403, JW. **08** 457 Ziff. 27. Die Frist zur Erhebung der Anfechtungsklage läuft von dem Zeitpunkt an, in welchem der Entmündigte vom Inhalte des Entmündigungsbeschlusses derartige Kenntnis erlangt, daß er, falls er geistig gesund sein sollte, dazu Stellung nehmen kann. Dieser Zeitpunkt wird, wenn der zu Entmündigende gemäß § 653 Abs. 1 Satz 2 mit dem Entmündigungsantrage genügend bekannt gemacht worden ist, im allgemeinen mit dem Zeitpunkte zusammenfallen, in welchem er erfährt, daß er auf Grund dieses Antrags entmündigt worden sei. Anders wenn er erst durch die Gründe des Beschlusses über dessen Tragweite aufgeklärt wird, wenn z. B. statt der beantragten Entmündigung wegen Geistesschwäche Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausgesprochen worden ist.

§ 679. ThürBl. **55** 118 (Jena). Auch wenn die Wiederaufhebung der Entmündigung erst in der Beschwerdeinstanz vom Landgericht abgelehnt worden ist, ist nur die Wiederaufhebungsklage, nicht etwa die Beschwerde zulässig.

§ 680. RG. IV. GruchotsBeitr. **52** 159. In Oldenburg ist der Bürgermeister berechtigt, im Namen des Magistrats mit Zustimmung der Armenkommission eine Entmündigung wegen Verschwendung zu beantragen.

§ 684. 1. **RG.** IV. GruchotsBeitr. **52** 159. Hatte der Magistrat die Entmündigung beantragt, so ist er für die Anfechtungsklage nicht nur der richtige Beklagte, sondern auch parteifähig. Denn es handelt sich um eine seiner amtlichen Fürsorge unterstellte, von ihm im öffentlichen Interesse wahrgenommene Angelegenheit. Seine Parteifähigkeit beruht daher auf dem nämlichen Grunde wie in gleichartigen Fällen die des Staatsanwalts.

2. **RG.** IV. BayRpflZ. **08** 106. Die Klage ist auch dann gegen den Antragsteller zu richten, wenn die Voraussetzungen, welche das Antragsrecht begründeten, inzwischen weggefallen sind, z. B. die Ehe mit dem Entmündigten geschieden ist.

§ 686. 1. OLG. **17** 332 (Celle). Die Beiordnung des Anwalts hat zu erfolgen, auch wenn die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist; ein Recht, die Aussichten der beabsichtigten Klage zu prüfen, steht dem Vorsitzenden nicht zu.

2. **RG.** IV. SeuffA. **63** 477. Der mit der Wiederaufhebungsklage befaßte Richter hat sich nicht etwa auf die Untersuchung der Frage zu beschränken, ob seit der Rechtskraft des Entmündigungsbeschlusses eine die Wiederaufhebung begründende Änderung der diesem Beschlusse zugrunde gelegten Tatsachen eingetreten sei, vielmehr sind alle für die Entmündigung erheblichen Tatsachen, insbesondere auch die, welche in dem Entmündigungsbeschlusse bereits verwertet sind, zu berücksichtigen. Es ist zulässig, daß der Wiederaufhebungsrichter zu dem Ergebnisse gelangt, daß der Sachverhalt von dem Entmündigungsrichter unzutreffend festgestellt oder gewürdigt worden sei.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Vor § 688. Reform. Mothes, SächsRpflA. **08** 165, hält das Mahnverfahren auch in der durch die Novelle vorgeschlagenen Gestaltung für unbrauchbar; auch Zelter, JW. **08** 513, empfiehlt in erster Linie, das Mahnverfahren durch Vereinfachung und Verbilligung des Versäumnisverfahrens überflüssig zu machen. — Vorschläge zur weiteren Vereinfachung des Mahnverfahrens macht Kempfe, JW. **08** 266, welcher mit dem Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls den auf Vollstreckbarkeitserklärung verbinden und nur einen mit nicht aussichtslosen Gründen versehenen Widerspruch zulassen will, ferner Reinsch, JW. **08** 634, welcher den gerichtlichen Zahlungsbefehl durch ein außergerichtlich mit Hilfe eines Anwalts zu erlassendes Zahlungsgebot zu ersetzen vorschlägt.

§ 689. Reform. Die RTKomm. will dem § 689 Abs. 2 folgende Fassung geben: „Zuständig ist das Amtsgericht, welches für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage zuständig sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären."

§ 690. Reform. v. Kujawa, R. **08** 62, will die Vorschrift, daß die Parteien nach Stand und Gewerbe bezeichnet werden müssen, in eine Sollvorschrift verwandeln.

§ 692. Heuer, HansGZ. **08** Beibl. 1, verlangt eine Fassung der an den Schuldner zu richtenden Aufforderung, welche nicht wie die jetzige den Schuldner zur Erhebung des Widerspruchs geradezu anrege.

§ 697. 1. **RG.** III. R. **08** II 135 Ziff. 825. Wird nach Erhebung des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl die Forderung bezahlt, so kann die Klage bei dem Landgerichte wegen der Kosten erhoben werden. Das hierüber ergehende Urteil ist ein reines Kostenurteil im Sinne des § 99 Abs. 3.

2. KGBl. **08** 88 (KG.). Ist nach dem materiellen Rechte die für einen Anspruch geltende Verjährung, z. B. bei Wechselansprüchen, kürzer als die im Mahnverfahren zur Erhebung der Klage vorgesehene sechsmonatige Frist des § 697 ZPO., so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit schon mit dem Ablaufe der kürzeren Frist.

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Zu §§ 704 ff. Literatur: Pagenstecher, Über die Beziehungen zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, RheinZ. 1 71—92.

Meyer, SeuffBl. **08** 450. Wenn ein Urteil für vollstreckbar erkärt ist, sei es uneingeschränkt, so daß auch die Kostenentscheidung mit betroffen wird, sei es die Kostenentscheidung besonders, so liegt ein vollstreckbarer Titel vor. Das Gericht, bei welchem die Kosten liquidiert werden, hat nicht das Recht der Nachprüfung. Auch wenn die Kostenentscheidung unter falscher Anwendung des § 709 Ziff. 4 ZPO., weil die Kosten unter 300 M. seien, für vollstreckbar erklärt sein sollte, können die Kosten festgesetzt werden.

§ 706. 1. OLG. **16** 283 (Hamburg). Die Prüfung, ob durch eine während des Laufes der Notfrist für das Rechtsmittel erfolgte Eröffnung des Konkurses das Verfahren unterbrochen ist, liegt dem Gerichte, nicht dem Gerichtsschreiber ob.

2. **RG. 66** 204. Das vom Gerichtsschreiber des RG. für die Berufungsurteile der OLG. zu erteilende Notfristattest hat seit der Prozeßnovelle vom 5. Juni 1905 dahin zu lauten, daß innerhalb der Notfrist eine Revisionsschrift nicht eingereicht sei.

§ 707. Abs. 2. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1142, 72, JW. **07** 840 betr. Voraussetzung der ausnahmsweisen Anfechtbarkeit der Einstellungsbeschlüsse aus §§ 707, 719 (vgl. JDR. **6** § 707 Ziff. 2).

§ 710. 1. **a)** Crönert, R. **08** 799, spricht sich gegen die Zulässigkeit der „Sicherheitsleistung in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrags" aus. **b)** KGBl. **08** 73 (KG.). Ein Urteil darf nicht gegen Sicherheitsleistung „in Höhe des jedesmal beizutreibenden Betrags" für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Der Gesetzgeber spricht von einer einmaligen Sicherheitsleistung. Teilsicherheitsleistungen würden eine erhebliche Belästigung des Schuldners ermöglichen. **c)** KGBl. **08** 63 (KG.). Regelmäßig kann ein Urteil nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe des vollen zur Sicherheit erforderlichen Betrags für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Es bedarf der Darlegung besonderer Umstände, wenn das Urteil gegen Hinterlegung des jeweilig beizutreibenden Betrags für vorläufig vollstreckbar erklärt werden soll. **d)** HansGZ. **08** Beibl. 88 (LG. u. OLG. Hamburg). Während bei der Vollstreckbarkeitserklärung gegen eine fest bestimmte Summe die Hinterlegung dieser auch die Einziehung der festgesetzten Kosten zulässig macht, ist die notwendige Folge der Festsetzung der Sicherheit in Prozenten der jeweils zu vollstreckenden Beträge, daß bei Teilvollstreckungen die Sicherheit hinsichtlich eines jeden zur Vollstreckung aufgegebenen Betrags geleistet werden muß, einerlei, ob er im Urteil als Haupt- oder Nebenanspruch erscheint (vgl. JDR. **4** § 710 Ziff. 2).

2. NaumburgAK. **08** 64 (Naumburg). Hat das Gericht versäumt, in dem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile die Höhe der Sicherheit — ziffernmäßig oder wenigstens relativ derart, daß die beizutreibende Summe maßgebend sein soll — zu bestimmen, so ist grundsätzlich nur das Gericht, welches das Urteil erlassen hat, befugt, dieses nachträglich durch Urteil zu ergänzen, nicht das Vollstreckungsgericht.

3. SeuffA. **62** 478, BayRpflZ. **08** 301 (München). Der siegreiche Kläger kann vom Beklagten nicht Ersatz der ihm durch die Hinterlegung einer Sicherheit entgangenen Zinsen fordern. Darin, daß der Beklagte den gegen ihn eingeklagten Anspruch nicht freiwillig befriedigt, liegt kein den Schadensersatzanspruch gemäß §§ 286, 288 BGB. begründendes Verschulden des Beklagten. Der Zinsverlust ist auch lediglich die Folge der vom Kläger selbst betätigten vorläufigen Vollstreckung des Urteils I. Instanz vor Eintritt seiner Rechtskraft.

§ 711. HansGZ. **08** Beibl. 72 (Hamburg). § 711 — vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung — bezieht sich nicht auf Versäumnisurteile der OLG., wie auch in der Literatur übereinstimmend angenommen wird (vgl. Petersen-Anger Anm. 3 zu § 711). Ebenso R. **08** II 672 (Frankfurt).

§ 714. OLG. **17** 185, HansGZ. **08** Beibl. 111, R. **08** II 135 (Hamburg). Der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung kann — abgesehen von dem Falle des § 534 ZPO. — in der Berufungsinstanz nicht nachgeholt werden. Ebenso R. **08** II 571 (Naumburg). S. auch unten zu § 718; dagegen DJR. **6** § 714.

§ 715. OLG. **16** 284 (Frankfurt). Auch wenn ein Dritter — in eigenem Namen — zugunsten einer Prozeßpartei Sicherheit geleistet hat, ist nicht er, sondern nur die Prozeßpartei berechtigt, von dem Gegner die Bewilligung der Rückzahlung der Sicherheit zu verlangen.

§ 716. R. **08** II 630 (Colmar). Ist der Antrag eines Schuldners auf Erlaubnis zur Abwendung der Zwangsvollstreckung (§ 713 Abs. 2) im Urteil übergangen, so kann er nicht nach §§ 321, 716 die Ergänzung des Urteils verlangen, ist vielmehr auf den Weg des Rechtsmittels bzw. des Einspruchs angewiesen.

§ 717. Abs. 2. 1. Anwendungsfälle. a) SächsRpflA. **08** 314, Sächs. OLG. **29** 465 (Dresden). Auch wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil nur wegen Unzuständigkeit des Gerichts aufgehoben wird, tritt die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ein (OLG. **6** 411). Gegenüber diesem in demselben Prozesse geltend gemachten Schadensersatzanspruche kann der Kläger nicht mit der Klageforderung aufrechnen. Denn der Beklagte würde dann genötigt sein, sich gegen die Geltendmachung derselben Forderung zu verteidigen, für welche die Zuständigkeit des Gerichts schon verneint ist. **b)** OLG. **16** 285 HansGZ. **08** Beibl. 105, (Hamburg). Für die Anwendbarkeit des § 717 Abs. 2 genügt zwar die bloße Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht, es muß vielmehr das Urteil in der Sache selbst aufgehoben oder abgeändert sein (Gaupp-Stein [8/9] Anm. 12, 13 zu § 717). In dem Verfahren zwecks Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruches ist aber die Frage der Vollstreckbarkeit die Sache selbst. Im Falle der Aufhebung eines in einem solchen Verfahren ergangenen Urteils greift daher § 717 Abs. 2 Platz. **c) RG.** SeuffBl. **08** 407, BayRpflZ. **07** 455 (s. JDR. **6** § 717 Ziff. II 1 b). Schadensersatzpflicht, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil in der Berufungsinstanz zunächst durch ein eidbedingtes Urteil ersetzt, später aber durch das Läuterungsurteil seinem Inhalte nach bestätigt wird (vgl. auch JDR. **1** § 717 Ziff. I, **3** Ziff. 6, 7, **5** Ziff. II 1).

2. Anwendung ausgeschlossen. OLG. **15** 1, R. **08** II 173, (Frankfurt) (s. JDR. **6** § 717 II 2). Die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 ist ausgeschlossen, wenn der Vorprozeß durch Vergleich erledigt, das erstinstanzliche Urteil also nicht durch ein späteres Urteil aufgehoben worden ist.

3. Einwendungen. a) OLG. **16** 287. HansGZ. **08** Beibl. 17 (Hamburg). Ein die Schadensersatzpflicht des Gläubigers aus § 717 Abs. 2 beeinflussendes mitwirkendes Verschulden des Schuldners liegt darin, daß er, statt nach fruchtloser Pfändung den Offenbarungseid zu leisten, Haft über sich ergehen läßt. § 807, der nur den Weg der ZwV. angibt, stellt eine gegenüber der materiell-rechtlichen Vorschrift des § 717 Abs. 2 wirksame Verpflichtung des Schuldners nicht auf. — Hiergegen wird OLG. aaO. 288 Anm. 1 hervorgehoben, daß nicht erwogen sei, ob nicht die Klägerin bei Einlegung der Berufung die Einstellung der ZwVollstr. gemäß §§ 707, 719 hätte beantragen müssen (Falkmann, ZwV. 462 Note 145). Wie OLG. Hamburg; v. Dassel, R. **08** 30. **b)** OLG. **16** 285, HansGZ. **08** Beibl. 105, (Hamburg). Wenn auch gegenüber dem materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruche des § 717 Abs. 2 grundsätzlich die Einrede der Aufrechnung zulässig ist, so kann doch, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil wegen Unzuständigkeit des Gerichts aufgehoben ist, der Schadensersatzklage nicht dieselbe Forderung entgegengesetzt werden,

für welche die Zuständigkeit des Gerichts durch das Aufhebungsurteil verneint ist. Ebenso OLG. **13** 182 (Naumburg). Abw. Gaupp-Stein (8) § 717 Anm. 58; s. auch oben zu 1 a und JDR. **4**) Ziff. 2 a, **5** II 4, **6** 5 c zu § 717.

4. Zuständigkeit. R. **08** II 454 (Frankfurt). Gegen Gaupp-Stein ist mit BayObLG. anzunehmen, daß für den Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32) nicht begründet ist. Grundlage dieses Anspruchs bildet die verfrühte ZwV., ein Verschulden des sie betreibenden Gläubigers kommt nicht in Frage.

§ 718. ElsLothJZ. **08** 513 (Colmar). Die Verhandlung über die vorläufige Vollstreckbarkeit eines landgerichtlichen Urteils in der Berufungsinstanz ist nur zulässig, wenn bereits in erster Instanz darüber verhandelt und entschieden oder in Fällen, in welchen ein Urteil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erlassen ist. Ein in erster Instanz nicht gestellter Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung kann in der Berufungsinstanz nicht nachgeholt werden (ebenso **RG. 55** 99). (Siehe auch oben zu § 714).

§ 719. 1. OLG. **16** 288 (Dresden). Wird aus einem inzwischen hinsichtlich der Höhe der Urteilssumme berichtigten Urteile noch weitere ZwV. ohne Rücksicht auf die Berichtigung betrieben, so hat der Schuldner hiergegen nur Einwendungen aus § 766. § 719 greift nicht Platz.

2. OLG. **17** 350 (KG): Die Vollstreckung einstweiliger Verfügung kann nicht gemäß § 707/719 eingestellt werden. (Seuffert VI zu § 707; RG. **40** 383; **42** 361).

§ 722. Literatur: Kohler, Änderung des Zwischenstaatsrechts in bezug auf die Vollstreckungstitel, DJZ. **08** 276—279.

1. a) HansGZ. **08** Beibl. 77 (Hamburg). Wenn § 722 auch von Urteilen ausländischer Gerichte spricht, so genügt doch (vgl. **RG. 16** 428) jede Entscheidung, welche einen Rechtsstreit auf Grund eines beiden Parteien Gehör gewährenden ordentlichen oder summarischen Verfahrens erledigt. Unter § 722 fällt hiernach auch ein vom Züricher Bezirksgericht erlassener Beschluß über Gewährung von Alimenten für die Dauer eines Ehescheidungsprozesses. **b**) **RG.** R. **08** II 597. Die durch ein ausländisches Gericht erfolgten Kostenfestsetzungen sind hinsichtlich der Vollstreckbarkeitserklärung den eigentlichen Urteilen gleichzustellen.

2. SächsOLG. **29** 148, R. **08** II 545 (Dresden). Auf Grund eines vor einem österreichischen Gewerbegerichte geschlossenen Vergleichs findet der Erlaß eines Vollstreckungsurteils nicht statt.

3. **RG.** JW. **08** 686, R. **08** II 630. In dem Verfahren wegen Erlaß des Vollstreckungsurteils ist zu prüfen, ob die Parteien ihre Partei- und Prozeßfähigkeit noch besitzen. Auf Grund eines gegen eine oHG. gerichteten Urteils kann daher nach Auflösung der Gesellschaft der Erlaß eines Vollstreckungsurteils nicht mehr im Klagewege beantragt werden.

4. Kohler. Wenn nach Maßgabe der zwischenstaatlichen Verhältnisse ein ausländisches Urteil zur Zeit seiner Entstehung bei uns kein Vollstreckungstitel ist, dann kann es nicht dadurch zum Vollstreckungstitel werden, daß durch künftige Änderung der zwischenstaatlichen Gesetzgebung nunmehr die Voraussetzung für einen Vollstreckungstitel entsteht.

§ 726. 1. OLG. **17** 186, BayRpflZ. **08** 223, SeuffA. **63** 297, R. **08** II 173 (BayOBLG). Das BayObLG. hält auch gegenüber der neuen abweichenden Ansicht des KG. (JDR. **6** § 726 Ziff. 2 b) an der herrschenden Meinung fest, daß die Vollstreckungsklausel zu einer exekutorischen Urkunde in Ansehung einer Kapitalforderung, deren Fälligkeit durch Zinszahlungsverzug bedingt ist, ohne den Nachweis der Negative der Nichtzahlung zu erteilen sei, die Geltendmachung der Zahlung gemäß § 793

Abs. 3 vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen dem Schuldner obliege. Denn der Sinn der kassatorischen Klausel sei im Zweifel nicht der, daß die Zurückerstattung des Darlehens so lange gestundet sei, bis der Schuldner hinsichtlich der Zinsen in Verzug komme, sondern der, daß der Schuldner die Geltendmachung des Anspruchs auf das Kapital durch pünktliche Zinszahlung abwende. Ebenso OLG. **17** 187 (Dresden), R. **08** II 631 (Colmar), II 404 (Cöln).

2. OLG. **17** 186 (Hamburg). Zu den gemäß § 726 vom Gläubiger zu beweisenden Tatsachen gehören nach § 291 nicht Tatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind.

§ 727. 1. *Pagenstecher, RheinZ. **1** 71. Die §§ 727, 730—732 sind nicht — wie vielfach gelehrt wird (Literatur Anm. 5, 8) — überall entsprechend anwendbar, wo ein Dritter zu seinem Nachteile der Rechtskraft eines vollstreckbaren Urteils unterliegt (vgl. auch Pagenstecher zu § 739 u. § 741 ZPO.).

2. SeuffA. **62** 479 (Hamburg). § 727 findet ganz allgemein auch auf nur vorläufig vollstreckbare Urteile Anwendung.

3. Anwendungsfälle. a) SeuffA. **62** 479 (Hamburg). Die Vollstreckungsklausel gemäß § 727 kann auch für einen Mitbürgen erteilt werden, insoweit er den Gläubiger befriedigt und auf ihn nach §§ 774 Abs. 2, 426 BGB. dessen Forderung gegen die übrigen Bürgen in Höhe des auf sie entfallenden Teiles der gezahlten Summe übergegangen ist. b) OLG. **16** 322 (Kiel). Sieht man mit der von Seuffert, Gaupp-Stein, Planck, Falkmann und Hellwig vertretenen Meinung den Konkursverwalter nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern entweder als Organ der Gläubigerschaft oder als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurses an, so kann nach Aufhebung des Konkurses der vom Konkursverwalter erwirkte vollstreckbare Titel gemäß § 727 auf den Gemeinschuldner umgeschrieben werden. c) KGBl. **08** 64 (LG. I Berlin). In analoger Anwendung des § 727 kann aus einem gegen die Firma eines Einzelkaufmanns gerichteten Urteile nach Löschung der Firma eine Vollstreckungsklausel gegen den Inhaber erteilt werden. d) OLG. **17** 333 (Hamm): Hat der Eigentümer eines Grundstücks ein Urteil erstritten, das sein Lichtrecht gegenüber dem Eigentümer des Nachbargrundstücks feststellt und diesen zur Vornahme entsprechender Vorkehrungen verurteilt, so kann gegen den Sondernachfolger im Eigentum des letztbezeichneten Grundstücks gemäß § 727 die Vollstreckungsklausel erteilt werden.

4. Anwendung ausgeschlossen. OLG. **16** 297, MecklZ. **27** 36 (Rostock). § 124 gibt dem Armenanwalte nur das Recht, neben der Partei Gebühren und Auslagen vom Gegner beizutreiben. Der Armenanwalt ist aber nicht Rechtsnachfolger der Partei, kann daher nicht die Umschreibung des auf ihren Namen erwirkten Kostenfestsetzungsbeschlusses auf seinen Namen verlangen (abw. **RG.** JW. **96** 146, **04** 145).

§ 731. 1. Schilling, R. **08** 540, wendet sich gegen eine Entsch. des OLG. Stuttgart, nach welcher der Anspruch des Gläubigers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Erben im Wege der Klage (§ 731) mangels eines Rechtsschutzinteresses und -bedürfnisses zurückzuweisen ist, da der Gläubiger nach § 792 imstande sei, die nach § 727 erforderlichen Urkunden ohne weiteres (§ 432 Abs. 2) zu beschaffen, die Vollstreckungsklausel also durch Anrufung des Gerichtsschreibers erwirken könne. Während nach der überwiegenden Auffassung (Gaupp-Stein [4/5] zu § 731 I Anm. 4—6, Hellwig, Anspruch 362, Falkmann [2] § 14 II 3, **RG.** JW. **00** 155, SeuffA. **52** 369 [Hamburg]) durch die Möglichkeit, den Weg des § 727 zu beschreiten, der des § 731 nicht ausgeschlossen, vielmehr nur der Kostenpunkt beeinflußt werde, sei auch nach der neuen Ansicht von Stein (8) § 731 I — daß die Klage abzuweisen sei, wenn es sich um eine jedermann zugängliche Urkunde handle — die Ansicht des OLG. unhaltbar, daß es sich im Falle des § 792 um eine „jedermann zugängliche Urkunde" im Sinne des § 432 Abs. 2 handle.

2. OLG. **16** 323, SchlHolstAnz. **08** 41 (Kiel). Die Voraussetzungen des § 731 liegen schon dann vor, wenn es für den Gläubiger mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist, die zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel gegen die Erben des Schuldners erforderlichen Urkunden zu beschaffen.

3. BuschsZ. **37** 282, R. **08** II 102 (Celle). Der Erbe, gegen den auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des gegen den Erblasser ergangenen Urteils geklagt wird, kann den Vorbehalt seiner beschränkten Haftung in der Vollstreckungsklausel verlangen.

§ 733. OLG. **16** 296 (KG.). Die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung an den Gläubiger kann von dem Schuldner weder mit der einfachen noch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden; denn die Entscheidung weist kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurück (§ 567), ist auch nicht „im" Zwangsvollstreckungsverfahren ergangen (§ 793), betrifft vielmehr lediglich dessen Vorbereitung. — Ebenso SeuffA. **63** 380 (Hamburg).

§ 739. 1. *Pagenstecher, RheinZ. **1** 74 f., 85 f., 91. Ist die Frau rechtskräftig verurteilt, so muß (wenn nicht § 741 einschlägt) der Gläubiger, der ins eingebrachte Gut vollstrecken will, gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung auch dann klagen, wenn sich die Rechtskraft des Urteils auf den Mann erstreckt. §§ 727, 730—732 sind hier nicht entsprechend anwendbar (gegen Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 329 u. H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht 47; vgl. auch Pagenstecher zu § 727 u. § 741 ZPO.). Die §§ 729, 730—732 sind auch dann nicht entsprechend anwendbar, wenn sich die Rechtskraft des gegen die Frau ergangenen Urteils auf den Mann erstreckt. Ist aber (unzulässigerweise) die Klausel gegen den Mann erteilt worden, so kann dieser weder nach § 767 noch nach §§ 771, 774 geltend machen, das eingebrachte Gut hafte nicht für die Schuld (86 ff., 80 ff.). Ist die Klausel in unanfechtbarer Weise erteilt, so muß der Mann die Vollstreckung über sich ergehen lassen. Ist die Klausel nach § 727 erteilt und hatte der Mann dagegen keine Einwendungen nach § 768 erhoben, so kann er später eine Kondiktionsklage erheben. Ob das gleiche gilt, wenn ein Urteil auf Klage aus § 731 oder aus § 768 ergangen ist, hängt davon ab, welche Bedeutung man diesen Entscheidungen beimißt. Jedenfalls steht einer Kondiktionsklage (die sich darauf stützt, daß eine unvollkommene Frauenschuld vorgelegen habe) der Umstand nicht entgegen, daß sich die Rechtskraft des im Hauptprozeß ergangenen Urteils auf den Mann erstreckt (vgl. dazu 76). Vgl. auch Pagenstecher zu §§ 727, 739 ZPO. und zu § 1400 BGB.

2. **a)** Zeitlmann, SeuffBl. **08** 498, führt gegen einen aaO. 205 mitgeteilten Beschluß des LG. München I (s. unten zu § 742) aus, daß es zur ZwV. aus einer vollstreckbaren Hypothekenurkunde, aus der gemäß § 800 die ZwV. gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig ist, gegen eine Ehefrau als Rechtsnachfolgerin im Grundstückseigentume der Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der ZwV. (§ 739) — bzw. der Abgabe einer Erklärung desselben gemäß § 794 Abs. 2 — nicht bedürfe, da die vollstreckbare Urkunde nach § 325 gegen den Ehemann als unmittelbaren Besitzer des Grundstücks wirke, daß vielmehr gegen den Ehemann eine vollstreckbare Ausfertigung auf Grund des § 727 erteilt werden könne. **b)** Abw. SeuffBl. **08** 543, BayRpflZ. **08** 314 (BayObLG.). Aus einer altrechtlichen vollstreckbaren Hypothekenurkunde kann ZwV. gegen die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau erst betrieben werden, nachdem der Ehemann zur Duldung der ZwV. verurteilt ist oder der ZwV. in das eingebrachte Gut gemäß § 794 Abs. 2 zugestimmt hat.

3. DJZ. **08** 1232 (Rostock). In einem Falle, in welchem die Ehefrau zur Zahlung, der Ehemann zur Duldung der ZwV. in das eingebrachte Gut der Frau verurteilt sind, sind die Kosten gemäß §§ 92, 100 jedem Ehegatten zur Hälfte auferlegt in Anschluß an Seuffert Note 1 c zu § 100, Rittmann, Wert des Streitgegenstandes 39, 261, BuschsZ. **33** 135, R. **6** II 265.

§ 740. OLG. **16** 289 HansGZ. **08** Beibl. 34, (Hamburg). Auch im Falle des § 740 — bei Gütergemeinschaft — ist eine besondere Klage gegen die Frau auf Duldung der ZwV. dann zulässig, wenn die ZwV. in das Gesamtgut aus tatsächlichen Gründen auf besondere Schwierigkeiten stößt.

§ 742. SeuffBl. **08** 205 (LG. München I). § 742 ist als Ausnahmevorschrift von § 739 strikte zu interpretieren; er betrifft nur die Vollstreckung gegen eine Ehefrau, die als primäre Schuldnerin verklagt ist, nicht aber den Fall, daß eine Ehefrau als Rechtsnachfolgerin mit Vollstreckung bedroht ist. Im letzteren Falle verbleibt es somit bei der Regel des § 739.

§ 747. **RG. 68** 221, R. **08** II 342. Das Urteil braucht nicht einheitlich gegen alle Erben ergangen zu sein. Nach §§ 2058, 2059 BGB. sind, wenn auch die ZwV. beschränkt ist, die Erben Gesamtschuldner. Einzelprozesse sind daher nicht unzulässig. Notwendige Streitgenossenschaft besteht nur für die ZwV., insoweit diese in Nachlaßgegenstände erfolgt.

§ 750. KGBl. **08** 83 (LG. Plauen). „Namentlich bezeichnet" im Sinne des § 750 ist der Schuldner auch dann, wenn nicht sein bürgerlicher Name, sondern nur die Firma, unter der er als Kaufmann Geschäfte betreibt, im Urteil angegeben ist. Gleichwohl ist es zweckmäßig, im Laufe des Prozesses den bürgerlichen Namen festzustellen und ihn in das Rubrum aufzunehmen.

§ 751. Abs. 2. 1. NaumburgAK. **08** 63 (Naumburg). Die Frage, ob das Pfändungspfandrecht durch Nachholung der im § 751 Abs. 2 vorgeschriebenen Zustellung des Hinterlegungsnachweises nachträglich Gültigkeit erlangen kann, wird von den meisten Auslegern verneint (Gaupp-Stein [8/9] § 750 Nr. I, § 751 Nr. II, Petersen-Remelé-Anger [5] § 750 Nr. 3, § 751 Nr. 2, Seuffert [9] § 750 Nr. 7, § 751 Nr. 3, Struckmann-Koch [8] § 750 Nr. 3, Falkmann, Die ZwV. [2] 152 ff., Müller, Pfändungspfandrecht 137, 148; — ebenso LG. Halle a. S., NaumburgAK. aaO.). Das OLG. ist der Ansicht des **RG. 25** 368 dahin beigetreten, daß im Verhältnisse des Schuldners zum Gläubiger mit der Nachholung der Zustellung ein gültiges Pfandrecht entsteht, daß aber Rechte Dritter, die etwa inzwischen Pfändungspfandrechte erworben haben, nicht berührt werden.

2. OLG. **16** 323 (Posen). Der Mangel der nicht genügenden Sicherheitsleistung kann auch nach Beginn der ZwV. noch durch nachträgliche Sicherheitsleistung geheilt werden.

§§ 753 ff. 1. OLG. **16** 299 (Colmar). Die allgemeinen Vorschriften über das Verhalten und Verfahren der Gerichtsvollzieher sind keine lediglich den inneren Dienstbetrieb oder das Vertragsverhältnis zum Auftraggeber betreffenden Vorschriften. Sie sind vielmehr zur Wahrung der Interessen aller derjenigen bestimmt, in deren Rechtssphäre der Gerichtsvollzieher kraft der ihm übertragenen Ausübung der öffentlichen Gewalt eingreift. Allen diesen Personen gegenüber ist der Gerichtsvollzieher deshalb nach § 839 BGB. haftbar.

2. HansGZ. **08** Beibl. 169 (Hamburg). Ein Gerichtsvollzieher handelt jedenfalls dann fahrlässig, wenn er bei der Pfändung gegen seine Dienstanweisung verstößt.

§ 755. SächsOLG. **29** 39, OLG. **16** 314 SeuffBl. **08** 204, (Dresden). Durch § 755 wird der Gerichtsvollzieher auch zur Erteilung einer löschungsfähigen Quittung ermächtigt. Der Grundbuchrichter hat daher, wenn ihm vom Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung des gegen diesen ergangenen Urteils nebst Quittung des Gerichtsvollziehers vorgelegt wird, keinen Nachweis darüber zu verlangen, daß der Gerichtsvollzieher auch wirklich von dem Gläubiger zur Vornahme der ZwV. beauftragt war.

§ 756. 1. OLG. **17** 188 (Colmar). § 756 gestattet mit Rücksicht darauf, daß Urteile auf Leistung Zug um Zug ohne weiteres vollstreckbar ausgefertigt werden,

die Vollstreckung nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner sich im Annahmeverzuge befindet. Daß dieser Verzug erst nach Erlaß des Urteils eingetreten ist, ist nicht erforderlich.

2. SeuffA. **62** 481 (Posen). Durch die Bestätigung der Zustellung auf einer Urkunde und durch den Beglaubigungsakt auf deren Abschrift wird der Urkunde selbst nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde gegeben. Es wird vielmehr dadurch nur die Zustellung des mit der Zustellungsbestätigung versehenen Schriftstücks und die Übereinstimmung der Abschrift mit dem Schriftstücke selbst nachgewiesen, nicht aber die Echtheit dieses Schriftstücks.

§ 764. 1. FrankfRundsch. **42** 46 (Frankfurt). Sind bei einem einheitlichen Vollstreckungsverfahren die einzelnen Vollstreckungshandlungen in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte vorgenommen worden, so richtet sich die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts für jeden einzelnen Akt nach dem Orte der Vornahme desselben. Ebenso **RG. 35** 446, Gaupp-Stein (8/9) § 764 Anm. I.

2. OLG. **16** 324 (Kiel). Über die Frage der Zulässigkeit der Pfändung hat das Vollstreckungsgericht, in dessen Bezirk gepfändet ist, auch dann zu entscheiden, wenn inzwischen die Pfandgegenstände in den Bezirk eines anderen Gerichts geschafft sind und somit für Entscheidungen über den Fortgang dieses Gericht zuständig wäre.

§ 766. 1. **a)** OLG. **17** 189 (Breslau). Erinnerung aus § 766 ist nur gegeben gegen einen Akt der ZwV. im Sinne des 8. Buches der ZPO., daher nicht gegenüber dem Akte, durch welchen ein Konkursverwalter einen Gegenstand zur Masse zieht. **b)** SeuffA. **63** 169 (Posen). § 766 findet auch auf die Anordnungen Anwendung, die im Zwangsversteigerungsverfahren betreffend das unbewegliche Vermögen das Vollstreckungsgericht selbst als Vollstreckungsorgan trifft (Fischer-Schäfer Anm. 1 zu § 95 ZVG., Anm. zu § 766 ZPO.).

2. **a)** OLG. **17** 189 (Marienwerder). Gegen die die Vornahme eines Vollstreckungsakts ablehnende Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ist Erinnerung aus § 766 nicht gegeben. **b)** ThürBl. **55** 94 (Jena). Einwendungen gemäß § 766 sind unzulässig, wenn das ZwVerfahren durch Befriedigung des Gläubigers sein Ende erreicht hat. Unerheblich ist, ob gleichzeitig vorgenommene Vollstreckungshandlungen (Pfändungen) ihre Erledigung noch nicht gefunden haben.

3. MecklZ. **27** 46 (Rostock). In den Fällen, in denen zunächst nur Erinnerung gemäß § 766 und erst dann gemäß § 793 sofortige Beschwerde zulässig ist, kann das Vollstreckungsgericht zwar eine als „sofortige Beschwerde" bezeichnete erste Einwendung als Erinnerung behandeln und auf sie eine sachliche Entscheidung treffen (Gaupp-Stein § 766 I 4 Anm. 20). Legt es jedoch die Beschwerde alsbald dem Beschwerdegerichte vor, so ist sie als unzulässig zurückzuweisen, auch wenn man in der Vorlegung eine stillschweigende auf Abweisung der Einwendung gerichtete Entscheidung des Vollstreckungsgerichts sehen wollte. Denn abgesehen von den Fällen der §§ 576, 577 Abs. 4 ZPO. kann eine Beschwerde im voraus gegen eine noch nicht ergangene Entscheidung nicht eingelegt werden.

§ 767. 1. OLG. **16** 291 (Cassel). Ist im Schuldtitel der Streitgegenstand ungenügend bezeichnet, so ist es Sache des Gläubigers, durch actio judicati die Erläuterung des Titels herbeizuführen, nicht dagegen etwa Sache des Schuldners, den Streit durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage auszutragen.

2. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1073, SeuffBl. **08** 37, JW. **07** 310, R. **07** 578 (s. JDR. **6** § 767 II Ziff. 5) betr. Geltendmachung eines nach Erlaß eines erstinstanzlichen Urteils abgeschlossenen Vergleichs, wenn auf Grund desselben demnächst die Berufung zurückgenommen und dann gegen den Berufungskläger Versäumnisurteil gemäß § 515 Abs. 3 ZPO. ergangen ist. **b)** OLG. **16** 292 SächsRpflA. **08** 194 (Dresden). Bezüglich der Frage nach dem Zeitpunkte des Entstehens der Einwendung würde die Anwendung der vom RG. (JW. **94** 120) für den Fall der Aufrechnung

vertretenen Ansicht auf den Fall des Rücktritts vom Vertrage wegen einer vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit zu offenbaren Unbilligkeiten führen. Es ist daher anzunehmen, daß die Widerspruchsklage aus § 767 nicht schon dann ausgeschlossen ist, wenn lediglich die Tatsache der Unmöglichkeit vor dem im Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt eingetreten ist, sondern erst dann, wenn der Gläubiger hiervon auch schon vor diesem Zeitpunkte Kenntnis von ihr hatte. **c)** OLG. **16** 293, HessRspr. **9** 146, R. **08** II 101 (Darmstadt). Auch Einwendungen gegen die aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen betriebene Vollstreckung können nur insoweit den Gegenstand einer Einwendungsklage bilden, als sie nicht schon in der Verhandlung vor dem grundlegenden Kostenurteile vorgebracht werden konnten. Eine Aufrechnungseinrede gegenüber dem vor Erlaß des Urteils noch gar nicht oder doch noch nicht unbedingt „bestehenden" Kostenanspruche kommt jedoch nicht in Betracht. Es kann also mit einer bereits vor dem Erlasse des Urteils bestehenden Forderung aufgerechnet werden. **d)** OLG. **16** 358 (Dresden). Mit der Klage aus § 767 kann auch ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden.

3. **RG.** SeuffA. **63** 123. Gegen die Feststellung einer Forderung zur Konkurstabelle sind Einwendungen nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach der Feststellung zur Tabelle entstanden sind.

4. OLG. **16** 290, KGBl. **08** 28, 43 (KG.). Die durch das Berliner Gerichtsorganisationsgesetz erfolgte Veränderung der Gerichtsbezirke hat auf die Frage der Zuständigkeit für die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners aus § 767 keinen Einfluß (§ 263 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO.). Die Gegenklage ist daher bei demjenigen Gerichte, welches das erste Urteil erlassen hat, auch dann zu erheben, wenn der Wohnsitz des Schuldners nach der veränderten Bezirkseinteilung nicht mehr zum Bezirke jenes Gerichts gehört.

§ 769. 1. SächsOLG. **29** 155 (Dresden). Die einstweilige Einstellung einer Zwangsverwaltung gemäß § 769 bringt die Tätigkeit des Zwangsverwalters nur insoweit zum Stillstand, als sie unmittelbar zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers, dem gegenüber die Einstellung angeordnet ist, führen soll; sie hindert ihn aber nicht an der Vornahme der zur Verwaltung des Grundstücks erforderlichen Maßnahmen, insbesondere an der Erhebung der Früchte, sondern nur an der Auszahlung des auf die Forderung des betreibenden Gläubigers entfallenden Teiles des Überschusses der Zwangsverwaltungsmasse (vgl. Reinhard, ZVG. § 161 Anm. I 2 a).

2. OLG. **16** 289 (Hamburg). Sind Vollstreckungsakte in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte vorgenommen, so ist die Einstellung der ZwV. bei demjenigen Gerichte zu beantragen, in dessen Bezirk gerade die Maßregel, gegen deren Vollzug der Antrag sich richtet, vorgenommen worden ist.

§ 771. Literatur: Francke, Das Wesen der Widerspruchsklage, § 771 ZPO., BuschsZ. **38** 361—377. — Sohm, Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage. Leipzig 1908.

I. Natur der Klage. 1. **a)** *Sohm aaO. „Ein die Veräußerung hinderndes Recht" hat nur derjenige, dem der Vollstreckungsgegenstand (ganz oder zu einem Bruchteile) gehört (97 ff.), Nur diesen Einzelfall regelt der § 771. Neben ihm kommen die §§ 772, 773, 774, 810 Abs. 2 und ZVG. § 93 als durchaus selbständige Quellen für die Widerspruchsklage in Betracht (121 ff.). Aus sämtlichen sechs Gesetzesstellen ergibt sich das einfache Prinzip (149 ff.): Überall, wo trotz zu Recht bestehenden Vollstreckungsanspruchs und zu Recht erteilter Vollstreckungsklausel und trotz fehlerfreier Art und Weise der Zwangsvollstreckung dennoch die Zwangsvollstreckung als unzulässig erscheint, kann derjenige, der an der Geltendmachung der Unzulässigkeit interessiert ist, die Widerspruchsklage erheben, soweit nicht ein besonderer Grund entgegensteht. Aus diesem Prinzipe folgt eine Reihe außergesetz-

licher Konsequenzen (diese erscheinen bisher meist, aber zu Unrecht, als Fälle des „die Veräußerung hindernden Rechtes"), z. B. das Widerspruchsrecht des Hypothekengläubigers gegen die Pfändung von Grundstückszubehör (160 f.), das Anfechtungsrecht als Widerspruchsrecht (164 f.), die durch das Interesse an der Aufhebung der Vollstreckung begründete Aktivlegitimation des Besitzers, Rückforderungsberechtigten und begrenzt Berechtigten zur Widerspruchsklage gegen die Vollstreckung in einen dem Schuldner nicht gehörigen Gegenstand (165 ff.). **b)** Francke aaO. stellt sich in dem Streite, ob durch § 771 ein absonderlicher Prozeßbehelf für jeden interessierten Dritten geschaffen, oder nur jede nach sonstigem Rechte hinsichtlich des Gegenstandes der ZwV. begründete Klage mit einigen prozessualen Nebenbestimmungen versehen werde, auf den Standpunkt der zweiten Alternative und führt aus, daß der Rechtsgrund für die Interventionsklage des Vermieters, Verleihers und anderen mittelbaren Besitzer in den Vorschriften des §§ 858, 861, 868 ff. BGB. über den Besitzschutz zu finden sei. **c)** BuschsZ. **38** 240 (Kassel) = OLG. **15** 5 siehe JDR. **6** § 771 I 2. Durch § 771 wird die Geltendmachung eines anderen nach Maßgabe des materiellen Rechts begründeten Anspruchs auf Aufhebung der ZwV. nicht ausgeschlossen.

2. **RG.** R. **08** II 672. Bei der auf Eigentum gestützten Widerspruchsklage handelt es sich lediglich um die Geltendmachung einer Einzelwirkung des Eigentums. Das Eigentumsrecht ist nur ein Entscheidungsgrund, nicht Gegenstand des Anspruchs. Letzterer ist lediglich die Unzulässigkeit der ZwV. Mit der Rechtskraft des die Widerspruchsklage abweisenden Urteils wird daher nicht das Nichteigentum des Klägers dem Beklagten gegenüber festgestellt. Dagegen wird durch das Urteil festgestellt, daß die ZwV. dem Kläger gegenüber materiell berechtigt war. Daraus folgt, daß der Beklagte den Versteigerungserlös dem Kläger gegenüber nicht ohne rechtlichen Grund erlangt hat, so daß jeder Bereicherungsanspruch des Klägers ausgeschlossen ist.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 862. Durch die Abweisung der Widerspruchsklage wird nur festgestellt, daß dem Kläger ein die Veräußerung hinderndes Recht nicht zusteht; es werden dadurch aber nicht auch die Tatsachen rechtskräftig festgestellt, mit denen das Urteil das Nichtbestehen eines solchen Rechtes begründet hat.

4. OLG. **17** 334 (Posen). Unzulässige und unwirksame Pfändungen können nicht nach Belieben des Klägers durch die allgemeinen negatorischen oder quasinegatorischen Schutzmittel des bürgerlichen Rechts beseitigt werden. Es hat in solchen Fällen vielmehr bei den besonderen für die ZwV. gegebenen Rechtsbehelfen sein Bewenden.

II. 1. Zuständigkeit. **RG. 67** 310, JW. **08** 112. Ist eine Forderung gepfändet, so ist für die Interventionsklage dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Pfändungsbeschluß erlassen ist (**RG. 65** 377, JW. **01** 330). Ebenso PosMSchr. **08** 108 (Posen).

2. Aktivlegitimation. **a)** LeipzZ. **08** 468 (Dresden). „Wirtschaftliche" Identität zwischen einer oHG. und einer Genossenschaft — Identität der bei beiden beteiligten Personen — steht der Interventionsklage der einen Handelsgesellschaft bei Pfändungen gegen die andere nicht entgegen. **b)** OLG. **17** 190 (KG.). Wird auf Grund eines gegen einen Miterben allein gerichteten Schuldtitels in Nachlaßgegenstände ZwV. betrieben, so haben zwar die anderen Miterben (§§ 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1, 1011 BGB.) das Recht, der Pfändung zu widersprechen, nicht aber der Schuldner. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1144, R. **07** 1078. Fideikommißinhaber als Dritter im Sinne des § 771 (s. JDR. **6** § 771 II 2 g). **d)** α. **RG.** LeipzZ. **08** 609. Der Konkursverwalter, der eine Pfändung anficht (§ 30 KO.), verfolgt keinen rein persönlichen Anspruch, sondern ein gegen Dritte wirkendes Recht am Gegenstande der ZwV. (**RG. 18** 393, **30** 397, **40** 372). Als ein die Veräußerung hinderndes Recht

ist es daher gemäß § 771 Abs. 1 ZPO. bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirk die ZwV. erfolgt ist (**RG.** GruchotsBeitr. **38** 180, 493, JW. **94** 427, **95** 202). β. **RG.** aaO. 610. Wenn auch der Anfechtungsanspruch kein dingliches Recht ist, so ist er doch ein die Veräußerung hinderndes im Sinne des § 771 ZPO. Dagegen Jäger aaO. 611. **e**) OLG. **16** 295 (Hamburg) werden strenge Anforderungen bezügl. der Substantiierung der Widerspruchsklage gestellt. Nachdem in erster Instanz lediglich Eigentum des Intervenienten behauptet war, wird in der erst in zweiter Instanz erfolgenden Nachbringung der Behauptung des Eigentumserwerbes durch Kauf und Übergabe eine nach § 527 unzulässige Klagänderung oder die in der Berufungsinstanz gleichfalls unzulässige Erhebung eines neuen Anspruchs erblickt.

3. Einwendungen. **RG. 68** 424, JW. **08** 477. Nach § 1480 BGB. bedarf es zur Geltendmachung einer Gesamtgutsverbindlichkeit gegen beide Ehegatten auch eines gegen beide gerichteten Titels. Wird auf Grund eines nur gegen den einen Ehegatten gerichteten Titels eine dem anderen bei der Auseinandersetzung zugewiesene Sache gepfändet, so kann der Gläubiger der Widerspruchsklage des anderen Ehegatten gegenüber dessen gesamtschuldnerische Haftung nicht mit Erfolg als Einrede der Schikane geltend machen. Denn die auf Beseitigung der unrechtmäßigen Pfändung abzielende Klage kann nicht oder wenigstens nicht ausschließlich die Schädigung des Beklagten bezwecken. Der haftende Ehegatte begeht keinen Rechtsmißbrauch, wenn er den Gesetzeswillen zum Ausdruck bringt. Liegt darin eine Schädigung des Gläubigers, so ist sie auf das objektive Recht, nicht auf die Schikane des Ehegatten zurückzuführen.

4. Widerklage. SächsOLG. **29** 466 (Dresden). Klägerin hat als Nießbraucherin des ihrem Ehemanne gehörigen Grundstücks Widerspruchsklage gegen die vom Beklagten gegen den Ehemann ausgebrachte Mietzinspfändung erhoben. Der Beklagte hat Widerklage auf Zahlung eines seiner Forderung an den Ehemann gleichen Betrags gegen die Klägerin erhoben mit der Behauptung, er habe auch den Anspruch gepfändet und überwiesen erhalten, der nach einem zwischen den Eheleuten bei Bestellung des Nießbrauchs getroffenen Abkommen dem Ehemanne gegen die Klägerin auf Gewährung der Überschüsse der Erträgnisse des Grundstücks zustehe. Diese Widerklage wurde als auf demselben rechtlichen Verhältnisse wie der Klaganspruch — nämlich dem Nießbrauche — beruhend (§ 33) für zulässig erklärt.

5. Zeitliche Begrenzung. **a**) **RG. 67** 310, JW. **08** 112, R. **08** II 307. Zulässig ist zwar die Widerspruchsklage nur so lange, als die ZwV. noch nicht beendet ist. Durch die — wegen des Widerspruchs des Intervenienten erfolgte — Hinterlegung des Betrags der gepfändeten Forderung wird aber die ZwV. noch nicht beendet. Die Hinterlegung hat — auch wenn sie unter Verzicht auf die Rücknahme erfolgt — nur die Wirkung, daß als Gegenstand der ZwV. an Stelle der Forderung nunmehr der hinterlegte Betrag tritt. **b**) OLG. **16** 295, R. **08** II 22 (Colmar). Die Widerspruchsklage ist trotz freihändiger, auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts erfolgter Veräußerung (§ 825) noch zulässig, solange der Erlös dem Gläubiger noch nicht ausbezahlt ist. Denn solange ist die ZwV. noch nicht beendigt. **c**) Widerspruchsklage gegen die Vorpfändung s. unten zu § 845.

6. OLG. **16** 325, R. **08** II 307 (Cassel). Neben der Klage aus § 771 ist die allgemeine Feststellungsklage aus § 256 mangels des für diese erforderlichen besonderen rechtlichen Interesses nicht gegeben.

7. OLG. **16** 296 (Celle). Die Widerspruchsklage im Verwaltungszwangsverfahren ist, wie aus § 19 Abs. 4 V. vom 15. November 1899 zu entnehmen ist, gegen diejenige Behörde zu richten, für deren Rechnung die ZwV. erfolgt, nicht gegen diejenige, welche auf Ersuchen jener die Vollstreckung vornimmt (§ 5 aaO.).

§ 773. *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 156. Der Nacherbe verliert nach geschehener Veräußerung und Überweisung das Schutzmittel des § 773

(so auch Böhm, anders Planck), da auch § 771 eine Erhebung der Widerspruchsklage nach beendeter Zwangsvollstreckung nicht kennt. Doch behält der Nacherbe sein ziviles Anwartschaftsrecht und kann wegen dessen Gefährdung schon vor Eintritt des Nacherbfalls gegen Dritte vorgehen.

§ 774. *Pagenstecher, RheinZ. **1** 88 ff. Zieht man nur den Wortlaut des § 774 in Betracht, so kann der Mann aus § 774 niemals klagen, wenn er zu seinem Nachteile der Rechtskraft des Urteils unterliegt (vgl. **RG. 56** 76). Diese Auslegung ist aber unrichtig. Der Mann kann vielmehr mit der Klage aus § 774, dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die er ohne die Sondervorschrift des § 741 der Klage aus § 739 hätte entgegensetzen können. Man kann so sagen: Die Klage aus § 771 ZPO., die der nicht zur Duldung der Vollstreckung verurteilte Mann an sich hat, ist ihm durch § 741 entzogen, durch § 774 aber insoweit wieder verliehen, als das eingebrachte Gut für die nach der rechtskräftigen Verurteilung der Frau jedenfalls bestehende Schuld nicht haftet (Anm. 63). Die Klage ist also mit Recht neben § 771 gestellt (gegen R. Schmidt und Hellwig Anm. 65). Will der Mann das Vorliegen der Voraussetzungen des § 741 bestreiten, so ist nicht § 774, sondern unmittelbar § 771 anwendbar (Anm. 63).

§ 775. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **52** 1148, JW. **08** 559, R. **08** II 545, 631. Unter vollstreckbaren Entscheidungen im Sinne des § 775 Ziff. 1 sind auch Beschlüsse zu verstehen. — Der Beschluß des Vollstreckungsgerichts bzw. des übergeordneten Beschwerdegerichts, durch den ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluß für unzulässig erklärt wird, enthält zugleich die im § 776 vorgesehene Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln.

2. OLG. **17** 190 (München). §§ 775, 776 finden auch Anwendung, wenn das Gericht Vollstreckungsorgan ist.

§ 780. 1. **RG.** JW. **08** 548. Ob der Vorbehalt der beschränkten Haftung Erfolg haben wird, kann der Ausführung des Schuldners im ZwVverfahren überlassen bleiben (Gaupp-Stein [8/9] Anm. II, Staudinger [2] §§ 1990—1997 BGB. Anm. B 1). Das Gericht ist jedoch auch befugt, schon im Rechtsstreit selbst über die materiellen Voraussetzungen der Beschränkung zu entscheiden.

2. ThürBl. **55** 61 (Jena). Weist der Beklagte, der als Erbe beschränkt haftet, nach, daß Nachlaß überhaupt nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist, so ist die Klage auf Bezahlung der Nachlaßschuld abzuweisen (ebenso Planck, Anm. 2 b zu § 1991, Eccius, GruchotsBeitr. **43** 617, 630, Strohal [3] § 85 Anm. 8). Für diese Rechtsansicht spricht schon der Wortlaut des § 1990 BGB. Wenn der Erbe des dürftigen Nachlasses „die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern kann, als der Nachlaß nicht ausreicht", so folgt daraus, daß der Erbe die Befriedigung völlig verweigern kann, wenn gar kein Nachlaß da ist (s. auch BGB. zu §§ 1990, 1991).

3. **RG.** R. **08** II 101. Die Bestimmung des § 780 Abs. 1 bezieht sich nicht nur auf den Prozeß zwischen dem Gläubiger und dem Erben des Schuldners, sondern in gleicher Weise auf den Prozeß zwischen dem Gläubiger und den Erbeserben des Schuldners.

4. **a**) SchlHolstAnz. **08** 41 (Kiel). Der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung ist im Urteile nur erforderlich, wenn der Beklagte als Erbe des Schuldners verurteilt wird, nicht wenn gemäß § 731 lediglich zwecks Umschreibung der Klausel ein Urteil erlassen wird. In diesem Falle können die Erben die Beschränkung ihrer Haftung auch dann geltend machen, wenn sie ihnen im Urteile nicht vorbehalten ist. **b**) BuschsZ. **37** 282 (Celle) erachtet die Einfügung des Vorbehaltes im Falle des § 731 jedenfalls für zulässig, da trotz abweichender herrschender Ansicht nach der Meinung einflußreicher Schriftsteller (Seuffert § 731 Anm. 4, Hellwig Anspruch und Klagerecht 172) gemäß §§ 785, 781, 767 Abs. 2 die

beschränkte Haftung in dem Verfahren aus § 731 bei Vermeidung späteren Ausschlusses geltend gemacht werden müsse, der Schuldner bei diesem Streite über die Rechtslage aber eine Sicherung verlangen könne.

§ 788. Literatur: Schneider, Die Behandlung der Kosten im Verteilungstermine, SächsRpflA. **08** 9--12.

1. OLG. **16** 326 (Kiel). Die durch die ZwV. gegen einen Gesamtschuldner erwachsenen Kosten fallen den anderen Gesamtschuldnern nicht zur Last. Eine dem § 100 Abs. 4 entsprechende Vorschrift fehlt hier.

2. ThürBl. **55** 95 (Jena). Ebenso wie nach § 91 ZPO. der Beklagte für die Kosten des Prozesses über die dingliche Klage auch persönlich haftet, haftet der Schuldner für die Kosten der Immobilienzwangsvollstreckung auch persönlich. § 788 bezieht sich nicht nur auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auch auf das Verhältnis des Schuldners zur Staatskasse.

3. Schneider. Die Prüfung, welche Kosten der Zwangsvollstreckung notwendig sind, liegt in der Regel dem Gerichtsvollzieher, im Zwangsversteigerungsverfahren über ein Grundstück — abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 65 ZVG. — jedoch dem Vollstreckungsgericht ob. Nur wenn alle Beteiligten im Verteilungstermin anwesend und mit den Kostenbeträgen einverstanden sind, wird das Gericht keinen Anlaß haben, sie zu ändern. Kommt keine Einigung der Beteiligten zustande, so ist die Zuvielforderung als Widerspruch aufzufassen und die bedingte Anweisung auszusprechen. Für Einwendungen aus § 766 ZPO. ist hier kein Raum.

4. Festsetzung. a) HansGZ. **08** II 160 (Hamburg). Durch § 788 wird der Gläubiger nicht gehindert, die Kosten der ZwV. festsetzen zu lassen. (**RG.** GruchotsBeitr. **30** 1168, **38** 501, JW. **98** 658.) Der Gläubiger muß jedoch die durch den Festsetzungsantrag erwachsenen Kosten tragen, wenn er es verschuldet hat, daß die Kosten nicht alsbald mit eingezogen worden sind. **b)** SächsOLG. **29** 156 (Dresden). Die Festsetzung der Zwangsvollstreckungskosten erfolgt jedenfalls in den Fällen, wo sie vom Gläubiger — nicht vom Schuldner auf Grund erfolgreichen Widerspruchs gegen Vollstreckungsmaßnahmen — betrieben wird, durch das Prozeßgericht erster Instanz. Von der Vorschrift der §§ 104, 105 ist nur innerhalb der engen Grenzen des § 788 eine Ausnahme für den Fall gemacht, daß die Kosten gleichzeitig mit dem Hauptanspruche beigetrieben werden. Ebenso: SächsOLG. **23** 362, OLG. **15** 96 (Dresden), OLG. **14** 164, **15** 8 (KG.); abweichend früher OLG. **13** 193 (KG.). OLG. **13** 194 (Colmar) betrifft einen Fall, in dem der Schuldner die Kostenfestsetzung betreibt. **c)** ElsLothJZ. **08** 355 = R. **07** 518 (Colmar). Festsetzung der Kosten einer ZwV. (s. JDR. **6** § 788 I 6). Zum Erlasse des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist auch hinsichtlich der Kosten der ZwV. das Prozeßgericht zuständig. **d)** OLG. **17** 200 (Celle). Beruht die Vollstreckbarkeit der Forderung auf der Feststellung zur Konkurstabelle, so ist dasjenige Gericht für die Festsetzung der Vollstreckungskosten zuständig, das über Streitigkeiten zu entscheiden hat, die sich im Anschluß an die Feststellung zur Tabelle in den im § 164 Abs. 3 KO. vorgesehenen Fällen entwickeln (vgl. JDR. **3** § 788, **4** Ziff. 4, **5**, **6** Ziff. 6, 7).

§ 794. I. Abs. 1 Ziff. 1. 1. **RG.** R. **08** II 431. Verpflichtet sich der Schuldner in einem gerichtlichen Vergleiche zur künftigen Bestellung einer Hypothek, so findet § 894, der nur für rechtskräftige Urteile gilt, keine Anwendung. Daraus ergibt sich, daß in einem solchen Falle der Gläubiger zur Klage auf Bestellung der Hypothek berechtigt sein muß. Wenn der Schuldner Einwendungen erhebt, auf Grund deren eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 zu erwarten steht, so kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, zunächst die Vollstreckung zu versuchen. In solchem Falle dient die Klage zur Vereinfachung und Beschleunigung der Sache.

2. SächsOLG. **29** 273, OLG. **16** 282 (Dresden). Die Frage, ob ein zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossener Vergleich gültig ist, ist stets durch Fortsetzung desselben Verfahrens zu entscheiden. Es liegt kein Grund vor, mit dem **RG. 65** 422 (vgl. JDR. **6** § 794 I 6) einen Unterschied danach zu machen, ob sich die Behauptung der Ungültigkeit des Vergleichs ausschließlich auf rechtliche Gesichtspunkte stützt oder ob tatsächliche Erörterungen noch nötig sind. Der maßgebende Grund für die Fortsetzung desselben Verfahrens ist in beiden Fällen derselbe, daß nämlich nur ein formell und materiell gültiger Prozeßvergleich einen Rechtsstreit endgültig erledigen kann. — Ebenso OLG. **17** 192 (München), wo der Herausgeber das Bedenken gegen diese Entscheidungen erhebt, daß dann das RG., wenn der Vergleich von ihm geschlossen wird, selbst Beweiserhebungen vornehmen müsse.

3. SeuffA. **62** 482 (Dresden). Ist in dem zwecks Anfechtung eines Prozeßvergleichs angestellten neuen Prozesse die Nichtigkeit des Vergleichs festgestellt, so steht der Wiederholung der in dem ursprünglichen Prozesse geltend gemachten Ansprüche im Anfechtungsprozesse die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. Jene Ansprüche sind vielmehr nunmehr in dem alten Prozesse weiter zu verfolgen.

4. Siehe zu diesen Fragen auch eingehend JDR. **6** § 779 BGB. Ziff. 4, **5** Ziff. 6 und oben zu § 729 Ziff. 5 und 6.

II. Ziff. 5. SeuffBl. **08** 552 (München). Aus einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Ziff. 5 findet ZwV. statt, ohne daß es einer Annahmeerklärung oder anderweitigen Zustimmungserklärung des Gläubigers bedarf.

§ 797. 1. Abs. 2. **a)** JustBl. **2** 182 (BayObLG.). Bei der Erteilung einer Vollstreckungsklausel für den Rechtsnachfolger des Gläubigers hat zwar das nach § 797 Abs. 2 zuständige Notariat den Eintritt der Rechtsnachfolge gemäß §§ 727, 795 festzustellen. Die Feststellung der Rechtsnachfolge bildet jedoch lediglich die Grundlage für die Ermächtigung des Rechtsnachfolgers zum Betreiben der ZwV.; die Klausel ist aber kein selbständiges Zeugnis des Notariats im Sinne des § 418 ZPO. über die festgestellte Rechtsnachfolge. Das Grundbuchamt hat deshalb erforderlichenfalls selbständig die Rechtsnachfolge zu prüfen. **b)** OLG. **17** 335 (KG.): Ob der Notar bei Erteilung der Vollstreckungsklausel mit Recht ein Rechtsnachfolge- oder Besitzverhältnis angenommen hat, ist vom Vollstreckungsgericht nicht nachzuprüfen. Die Entscheidung über Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Klausel betreffen, erfolgt nach § 797 Abs. **3** durch das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Solange dieses nicht die Klausel aufgehoben hat, hat das Vollstreckungsgericht die ZwV. durchzuführen.

2. Abs. 3. OLG. **16** 201, R. **08** II 343 (Colmar). Gegen die Verweigerung der Vollstreckungsklausel findet keine Beschwerde nach § 797 Abs. 3 statt, sondern nur Klage aus § 792 Abs. 5 und etwaige landesrechtliche Rechtsbehelfe.

3. Abs. 4. ElsLothJZ. **08** 466 (Colmar). Die auf eine vollstreckbare notarielle Urkunde gestützte Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist eine Einwendung, die den durch dieselbe festgestellten Anspruch selbst betrifft und daher klageweise (§ 767) geltend zu machen ist.

§ 800. 1. OLG. **17** 336, ZBlFG. **8** 558, ElsLothJZ. **08** 132 (Colmar). Die Ansicht, daß die Unterwerfungsklausel aus § 800 neben einer Höchstbetragshypothek mangels „Bestimmtheit" der Forderung (§ 794 Ziff. 5) nicht eingetragen werden könne (vgl. OLG. **3** 245, **8** 148, 149, **9** 230, KGJ. **28** A 145, Planck Anm. 2a zu § 1190 BGB., Staudinger Anm. 1c, Turnau-Förster Anm. 3 aaO.), kann in dieser Allgemeinheit nicht festgehalten werden. Ist die Höchstbetragshypothek zur Sicherung eines in seinen Einzelbeträgen bestimmten Rentenanspruchs bestellt, so ist die Klausel zulässig. Denn für die Vollstreckbarkeit kommt es nicht auf die Gesamtsumme an, sondern auf die jeweils beizutreibende Summe. Diese ist aber bestimmt.

2. WürttJ. **20** 288, DJZ. **08** 711 (Stuttgart). Das Vollstreckungsrecht aus § 800 bildet nicht einen gesetzlichen Bestandteil der Hypothek, der ohne weiteres alle Schicksale der Hypothek teilt, es enthält vielmehr lediglich eine rechtsgeschäftliche Erweiterung des Inhalts der Hypothek. Es geht daher auf den persönlichen Schuldner, der den Gläubiger befriedigt und dadurch die Hypothek für seinen Ersatzanspruch erwirbt (§ 1164 BGB.), nicht mit über (s. auch BGB. § 1164).

3. Schmillen, DJZ. **08** 303. Ist die Forderung, für die die Unterwerfungsklausel gemäß § 800 im Grundbuch eingetragen ist, nachträglich in einer anderen Urkunde geändert, so ist die Wiederholung dieses Eintrags bei demselben Rechte nicht nur zulässig, sondern sogar erforderlich.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 804. KGBl. **08** 22 (LG. II Berlin). Hat der Gerichtsvollzieher die Pfändung — wenn auch zu Unrecht — aufgehoben, so ist das dadurch begründete Pfandrecht des betreibenden Gläubigers untergegangen und kann nicht ohne weiteres wieder ins Leben gerufen werden. Vielmehr bedarf es hierzu einer neuen Pfändung.

§ 805. 1. *Reichel, JheringsJ. **53** 118 ff. Der Anspruch des Vermieters aus § 805 ZPO. erlischt nicht durch Wegschaffung der Sache aus dem Mietgrundstücke, wird auch nicht präkludiert durch Ablauf der im § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. normierten Monatsfrist; bleibt nach Befinden sogar — als Bereicherungsanspruch — nach Versteigerung der Sache und Ausfolgung des Erlöses an den Gläubiger bestehen; nur ist im letztbezeichneten Falle der besondere Gerichtsstand des § 805 ZPO. ausgeschlossen.

2. a) SächsRpflA. **08** 339, SeuffA. **63** 269, DJZ. **08** 1408 (Dresden). In Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht (vgl. Planck [3] Anm. 2 a zu § 560, 2 c zu § 561 BGB. und dort zitierte, gegen Boethke, GruchotsBeitr. **50** 262) ist anzunehmen, daß der Vermieter der Wegnahme der gepfändeten Illaten des Mieters durch den Gerichtsvollzieher nicht widersprechen darf (§ 561 BGB., § 805 ZPO.), daß er zur Geltendmachung des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse nicht an die einmonatige Ausschlußfrist des § 561 Abs. 2 Satz 2 BGB. gebunden ist und daß ihm nach Auszahlung des Erlöses an den Pfändungspfandgläubiger gegen diesen ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht. — Bezüglich des Anspruchs aus der ungerechtfertigten Bereicherung ebenso HansGZ. **08** Beibl. 139 (LG. Bremen). b) KGBl. **08** 96 (KG.). (Siehe auch oben zu § 561 BGB. Ziff. 2 a.) Die einmonatige Ausschlußfrist des § 561 Abs. 2 BGB. findet auf den Anspruch des Vermieters auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO. keine Anwendung. § 561 Abs. 2 Satz 2 kann ohne Zwang nur dahin ausgelegt werden, daß durch die Unterlassung rechtszeitiger Geltendmachung des im Satz 1 erwähnten Anspruchs gegen den Mieter auf Rückschaffung oder Besitzüberlassung das Pfandrecht verloren geht (arg. „dieses Anspruchs"), während es sich im Falle des § 805 ZPO. um einen Anspruch gegen andere konkurrierende Gläubiger des Mieters handelt und zwar nicht auf Rückschaffung, sondern auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Ebenso im Ergebnisse Planck (3) Anm. 2 c zu § 561 Abs. 2, Oertmann Erl. 4 b, Brückner, R. **05** 180, Liepmann, DJZ. **05** 229, GruchotsBeitr. **49** 504 ff. Abw. OLG. **5** 370 (KG. 10. Sen.). c) KGBl. **08** 30 (LG. I Berlin). (Siehe auch oben zu § 561 BGB Ziff. 2 b.) Der Vermieter kann das Recht auf vorzugsweise Befriedigung nach Auszahlung des Versteigerungserlöses der eingebrachten Sachen des

Vermieters an dessen Gläubiger weder auf Grund des § 805 ZPO. noch aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) geltend machen. Denn der Gläubiger hat den Versteigerungserlös nicht ohne rechtlichen Grund, sondern auf Grund ordnungsmäßiger Pfändung und Versteigerung erlangt (ebenso Dernburg, Bürgerl. R. II § 229 Note 17, Oertmann Anm. 8 zu § 559, Seuffert Anm. 2 b zu § 805 ZPO., Mittelstein, Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs 205, Lieber, Das gesetzliche Pfandrecht 45). Vgl. JDR. 5 § 805 Ziff. 1, 2, **6** (s. auch oben zu § 561 BGB.).

§ 807. 1. Voraussetzungen der Pflicht zur Eidesleistung. **a)** OLG. **16** 301 (KG.). Läßt das Verhalten des Schuldners erkennen, daß er seine Wohnung zu verheimlichen und sich der ZwV. seiner Gläubiger zu entziehen sucht, so ist anzunehmen, daß er auch weitere Pfändungsversuche zu hintertreiben versuchen wird, also als glaubhaft gemacht anzusehen, daß der Gläubiger durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen werde. Die Voraussetzungen für die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids sind somit gegeben. **b)** OLG. **16** 301 (KG.). Die Tatsache, daß das Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners mangels einer zur Deckung der Kosten ausreichenden Masse eingestellt worden ist, genügt regelmäßig für sich allein nicht, um auch die ZwV. wegen einer einzelnen Forderung als aussichtslos erscheinen zu lassen.

2. Arrest als Grundlage des Offenbarungseids. **a)** R. **08** II 405 (Frankfurt). Auf Grund eines Arrestes kann ein Verfahren zur Leistung des Offenbarungseids eingeleitet und nach Ablauf der im § 929 Abs. 2 bestimmten Frist fortgesetzt werden. Eine Pfändung kann auf Grund der nach Ablauf der Frist erfolgten Offenbarung freilich nicht mehr stattfinden. Diese kann aber die Grundlage für einen ergänzenden neuen Arrest bilden. **b)** ElsLothJZ. **08** 291 (Colmar). Auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung kann der Gläubiger den Schuldner zum Offenbarungseide laden (vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **3** Ziff. 1 b, **4** Ziff. 5, **5** Ziff. 3, **6** Ziff. 4 zu § 807).

3. Umfang der Offenbarungspflicht. Wedemann, DJZ. **08** 1277. Ist ein Schuldner verurteilt, „aus dem Nachlasse seines Erblassers" einen Gläubiger zu befriedigen, so ist er nur verpflichtet, über den Nachlaß den Offenbarungseid zu leisten, nicht über sein ganzes Vermögen.

4. Vermögensverzeichnis. **a)** PrJMBl. **08** 242 (Vf. des JustMin. vom 13. Juni 1908, betr. Erteilung von Abschriften des im Verfahren zur Leistung des Offenbarungseids angelegten Vermögensverzeichnisses). Nach einem Hinweis auf die mannigfaltige Praxis der Gerichte werden die Gerichtsschreiber angewiesen, falls sie dem Gesuch eines Gläubigers um Erteilung einer Abschrift des Vermögensverzeichnisses, das der Schuldner in dem von einem anderen Gläubiger betriebenen Verfahren gelegt hat, nicht stattgeben wollen, das Gesuch dem Vorstande des Gerichts vorzulegen. **b)** Arlt, DJZ. **08** 474, verneint auf Grund des § 299 die Zulässigkeit der Erteilung von Abschriften des Vermögensverzeichnisses an andere als den betreibenden Gläubiger (vgl. JDR. **6** § 807 Ziff. 5 b).

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. Gewahrsam des Ehemanns. OLG. **17** 193 (Hamburg). Leben die Ehegatten tatsächlich getrennt, so hat der Ehemann nicht den Gewahrsam an den in der von seiner Frau allein gemieteten und bewohnten Wohnung befindlichen Sachen. Ob die Trennung der Ehegatten und die Übertragung des Gewahrsams an die Frau erfolgt ist, um die Gläubiger des Mannes zu täuschen, ist für die Beurteilung der rein tatsächlichen Beziehungen zu den Sachen unerheblich.

2. Pfändung eigener Sachen des Gläubigers. **a)** Rosenthal, BayRpflZ. **08** 13, führt gegen Then, BayRpflZ. **07** 384 (vgl. JDR. **6**

Ziff. 2), aus, daß der Gläubiger, der seine eigenen Sachen beim Schuldner pfände, nur unbedingt auf das Eigentum verzichten könne, nicht, wie Then annehme, bedingt. **b**) RheinA. **105** I 67 (Düsseldorf). Läßt derjenige, der sich das Eigentum an einer einem anderen überlassenen beweglichen Sache vorbehalten hat, diese nachträglich pfänden, so gilt sein Eigentumsvorbehalt nur dann als weggefallen, wenn neben dem Pfändungsauftrag und dessen Vollziehung der hierauf gerichtete Wille sowohl des Gläubigers wie des Schuldners besonders hervorgetreten ist.

3. Zwangsvollstreckung in „Leihmöbel" seitens Dritter als Sachpfändung? s. zu § 857 Ziff. II.

4. SächsRpflA. **08** 113 (Dresden). An gepfändeten Sachen hat lediglich der Gerichtsvollzieher Besitz, auch dann, wenn die Sachen gemäß § 808 Abs. 2 im Gewahrsame des Schuldners belassen worden sind. Der Schuldner ist nicht etwa mittelbarer Besitzer (so Maenner, Sachenr. 127, Kretzschmar, Sachenr. 38, Biermann [2] 35); denn das Recht des Gerichtsvollziehers ist nicht ein vom Schuldner abgeleitetes, wie es § 868 BGB. verlangt (**RG. 49** 173).

§ 809. 1. SächsRpflA. **08** 87 (Dresden). Der Dritte kann seine Bereitschaft zur Herausgabe auch stillschweigend erklären. Erhebt der anwesende Dritte gegen die Pfändung keinen Widerspruch, so ist seine Zustimmung anzunehmen.

2. OLG. **16** 308 (Hamburg). Für den Begriff des Mitbesitzes genügt und ist erforderlich, daß zwei die tatsächliche Gewalt über eine Sache haben, ohne zueinander im Verhältnisse des unmittelbaren zum mittelbaren Besitzer zu stehen. Das ist der Fall, wenn zwei in einem gemeinschaftlich benutzten Raume Mobiliar derart unterbringen, daß äußerlich nicht erkennbar ist, ob es dem einen oder dem anderen gehört.

§ 810. DJZ. **08** 256 (Braunschweig). Die Pfändung von Früchten auf dem Halme ist nur gegen den bezugsberechtigten Schuldner zulässig (**RG. 18** 367, **37** 211, Petersen Bem. 6 d zu § 771, Gaupp Bem. 2 zu § 810, Seuffert Bem. 3 zu § 810). Der Unterpächter oder derjenige, an den die Rechte des Pächters abgetreten sind, kann der Pfändung der Früchte wegen einer Schuld des Eigentümers oder des ersten Pächters widersprechen und zwar auf Grund seines Besitzes (§ 854 Abs. 2, Maenner, Sachenr. [2] 133). Sind die Früchte schon versteigert worden, so kann er den Erlös kondizieren (**RG. JW. 06** 15, Petersen, Gaupp).

§ 811. I. Allgemeines. 1. NaumburgAK. **08** 2 (LG. Halle). Pfändung und Verkauf einer nach § 811 unpfändbaren Sache begründen die Verpflichtung zum Schadensersatze gemäß § 823 BGB.

2. OLG. **17** 196 (Celle). Das Recht des Hypothekengläubigers, Befriedigung aus dem Zubehöre des Grundstücks zu erlangen (§ 1120 BGB.), wird durch das Notbedarfsrecht des Schuldners aus § 811 ZPO. nicht berührt.

3. OLG. **17** 195 (Celle). Die Pfändungsbeschränkungen finden keine Anwendung, wenn ein Nachlaßgläubiger vom Erben nach § 1990 BGB. die Herausgabe des Nachlasses zu seiner Befriedigung im Wege der ZwV. verlangt (s. BGB. § 1990).

4. OLG. **17** 196 (Celle). Ein Verzicht auf die Pfändungsbeschränkungen ist jedenfalls dann zulässig, wenn er in Kenntnis derselben erfolgt.

II. Ziff. 1. 1. BadRpr. **08** 106 (Karlsruhe). Bei der Frage nach dem Vorhandensein der unentbehrlichen Möbel sind diejenigen im Haushalte vorhandenen Stücke mit zu berücksichtigen, an denen dem Schuldner zwar nicht das Eigentum, aber als Mieter die Nutznießung und Verwaltung zusteht.

2. NaumburgAK. **08** 45 (LG. Magdeburg). Zu dem zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlichen Hausgeräte gehört bei einem Handwerker auch ein Möbel, in dem er seine Geschäftsbücher und Papiere aufbewahrt und auf dem er seine Zeichnungen und Schreibarbeiten macht. Unpfändbar daher: Schreibsekretär eines Büchsenmachers.

III. Ziff. 4. HessRspr. **9** 61 (Darmstadt). § 811 Ziff. 4 setzt nicht voraus, daß die Landwirtschaft den Hauptzweig des Wirtschaftsbetriebs des Schuldners bildet. Unter landwirtschaftlichem Betrieb ist auch der Betrieb der Viehzucht, den ein Landwirt unterhält, mit zu verstehen.

IV. Ziff. 5. 1. a) Francke, SeuffBl. **08** 614. § 811 Ziff. 5 muß auch für Sachen gelten, welche in eine Gesellschaft des BGB. oder eine oHG. eingebracht und daher nicht der Pfändung der §§ 808 f., sondern nur der Pfändung der §§ 857 und 847 unterworfen sind. **b)** OLG. **16** 328 (Breslau). Unerheblich ist für die Anwendung des § 811 Ziff. 5, daß der Betrieb, zu dessen persönlicher Ausübung der Schuldner des Pfandgegenstandes bedarf, für Rechnung eines Dritten geführt wird. **c)** SeuffA. **63** 299, SchlHolstAnz. **08** 79 (Kiel). Die Tatsache, daß in einem Betriebe Hilfskräfte erforderlich und tätig sind, schließt die Anwendbarkeit des § 811 Ziff. 5 u. 6 nicht aus. Anders, wenn der Inhaber, ohne selbst in dem Betriebe mitzuarbeiten, lediglich Unternehmer ist. Ebenso: Gaupp-Stein 571 und Seuffert § 811 Anm. 6, D. zur ZPONov. 166.

2. Pfändbarkeit verneint. a) BayRpflZ. **08** 151 (LG. München I). Unpfändbar: der Phonograph und eine (nicht auch die zweite) Elektrisiermaschine eines Schaustellers. Die Möglichkeit, daß diese eine Maschine einmal defekt werden könnte, begründet nicht die Unentbehrlichkeit der zweiten Maschine. **b)** HessRspr. **8** 177 (Darmstadt). Unpfändbar: die Hackmaschine und der zur Inbetriebsetzung erforderliche elektrische Motor eines Metzgermeisters in einer großen Stadt. **c)** NaumburgAK. **08** 30 (LG. Stendal). Unpfändbar: das einzige Pferd eines Fuhrwerksbesitzers. Dagegen Breese aaO. unter Bezugnahme auf OLG. **14** 175 (Breslau).

3. Pfändbarkeit bejaht. a) OLG. **16** 302 (Posen). Pfändbar: der Linoleumteppich eines Restaurants. **b)** R. **08** II 136 (Frankfurt). Pfändbar: die Ladeneinrichtung eines Kolonialwaren- und Gemüsegeschäfts (da sie nicht Personen, die aus Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, zur persönlichen Fortsetzung ihrer Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind). **c)** SeuffA. **63** 45, BuschsZ. **38** 247 (Cassel). Pfändbar: Dreschmaschine, Kreissäge und Lokomobile zum Antrieb dieser Maschine. Hier tritt die persönliche Leistung des Gewerbetreibenden hinter der Arbeit des Motors und des durch diesen angetriebenen Werkes völlig zurück.

4. Streitig. a) HessRspr. **9** 69 (Darmstadt). Zimmervermieter sind in Ansehung der Möbel der vermieteten Räume nicht privilegiert. Bevorzugt sind nur Personen, die vermöge ihrer Arbeit und ihrer Dienstleistungen den Handwerkern nahestehen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die etwa den Mietern geleisteten persönlichen Dienste gegenüber der Überlassung der Zimmer überwiegen oder umgekehrt (aM. Weitz, DJZ. **08** 536). **b)** OLG. **16** 302 (Breslau). Durch § 811 Ziff. 5 wird der Erwerb aus Handarbeit und sonstigen persönlichen Leistungen geschützt, nicht aber allgemein der Erwerb aus der gewerblichen Einrichtung. Pfändbar sind deshalb, als zur Einrichtung des gewerblichen Unternehmens dienend, die Möbel einer Zimmervermieterin auch dann, wenn sie außer Wohnung ihren Mietern Kost und Bedienung persönlich gewährt. Abw. OLG. **7** 352 (Frankfurt) (s. JDR. **3** § 811 IV 3 d). AM. auch OLG. **16** 327 (Kiel), welches nach Lage des Falles den Wert der persönlichen Leistungen und der dargebotenen Wohnung nebst Einrichtung gegeneinander abwägen will (s. auch JDR. **6** § 811 III 7).

V. Ziff. 8. Meyer, JW. **08** 25. Pensionen von Privatbeamten unterliegen dem § 811 Ziff. 8 nicht.

VI. Ziff. 11. OLG. **17** 194 (KG.). Ein Abonnentenverzeichnis einer Zeitung ist kein Geschäftsbuch im Sinne des § 811 Ziff. 11, daher pfändbar.

§ 825. Literatur: Reichel, Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 ZPO.). Ihre bürgerlich-rechtlichen Wirkungen, IheringsJ. **53** 108-187.

*Reichel erörtert eingehend die prozessualen Vorgänge und die materiellrechtliche Lage, die sich ergibt, wenn sich der Gläubiger die für ihn gepfändete bewegliche Sache vom Vollstreckungsgericht ins Eigentum überweisen läßt. Den Antrag auf „Zwangsüberweisung" kann sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner stellen. Einseitiger, vom Gläubiger bekämpfter Antrag des Schuldners ist indessen vom Gerichte stets abzulehnen, denn dem Gläubiger kann die fremde Sache nicht aufgedrängt werden (162 ff.). Die Zwangsüberweisung, da sie Übereignung ist, ist ein Vorgang bürgerlichen Rechtes. Maßgebend für den Zeitpunkt der Perfektion des Eigentumsüberganges sind mithin §§ 929—935 BGB.; natürlich mit den Modifikationen, die sich aus der ZPO. ergeben (141 ff.). — Im einzelnen: Die Übereignung einer beim Schuldner befindlichen Pfandsache ist perfekt, sobald der Gerichtsvollzieher sie dem Schuldner wegnimmt (arg. § 897 ZPO.). Die Übereignung einer vom Gläubiger besessenen oder vom Gerichtsvollzieher verwahrten Sache ist perfekt mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Antragsgegner (Schuldner) (147 ff.). Das gleiche gilt, wenn die Pfandsache sich im Besitz eines sonstigen Dritten befindet (§ 931 BGB.) (148 ff.). Sobald die vorstehenden Bedingungen erfüllt sind, ist die Übereignung perfekt, das Eigentum definitiv auf den Gläubiger übergegangen, gleichgültig, ob der Überweisungsbeschluß oder das der Vollstreckung zugrunde liegende Urteil rechtskräftig (unanfechtbar) ist oder nicht (150). Gehörte die überwiesene Pfandsache nicht dem Schuldner, so erwirbt nach § 898 ZPO. der Gläubiger gemäß §§ 832—835 BGB. das Eigentum vermöge guten Glaubens (151 ff.). Schlechtgläubigkeit des Gerichtsvollziehers schadet dem Gläubiger nichts (155). Maßgebender Zeitpunkt für den guten Glauben des Gläubigers ist der Zeitpunkt der Wegnahme (§ 897 ZPO.) bzw. der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Antragsgegner (s. oben) (154 ff.). Die Übereignung der Pfandsache an den Gläubiger hat schuldrechtlich die Bedeutung einer im Zwangswege herbeigeführten in solutum datio des Schuldners (171 ff.). Es würde mithin an sich § 365 BGB. schlechtweg anwendbar sein, stünde dem nicht die besondere prozessuale Artung der Zwangsüberweisung entgegen. Reichel will daher die Anwendung des § 365 BGB. nur dann zulassen, wenn Schuldner mit der Überweisung einverstanden ist (181), dagegen sie ausschließen, wenn die Überweisung auf einseitigen Antrag des Gläubigers unter Widerspruch des Schuldners erfolgt (174 ff.).

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§ 828. SeuffA. **62** 484 (Hamburg). Die Pfändung und Überweisung einer Forderung durch ein unzuständiges Gericht ist Dritten gegenüber unwirksam. Das auf Grund eines solchen Beschlusses von dem Drittschuldner an den Pfändungsgläubiger Gezahlte muß von diesem an einen anderen Gläubiger, der dieselbe Forderung vom zuständigen Gerichte hat pfänden lassen, nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung herausgegeben werden.

§ 829. 1. BadRpr. **08** 178 (Karlsruhe). Die Pfändung künftiger Forderungen ist jedenfalls insoweit zulässig, als für sie bereits in einem bestehenden Rechtsverhältnis eine bindende Grundlage besteht.

2. Burghart, SeuffBl. **08** 403, führt in Übereinstimmung mit Gaupp-Stein (6/7) Bem. IV 1 zu § 829, IV a zu § 835 und Seuffert (8) Bem. 3 b β zu § 829 aus, daß das Pfändungspfandrecht an einer Forderung auch das Pfandrecht an einem für die Forderung haftenden Gegenstand umfaßt und daß der Pfändungsgläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, zum Zwecke der Beitreibung auch die an der Forderung geknüpften Pfandrechte geltend machen kann. Bei der Mietzinspfändung geht — nach Überweisung — mit der Forderung,

soweit diese reicht, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den Illaten (§ 559 BGB.) auf den Pfändungsgläubiger über. Dieser und der Vermieter konkurrieren dann bei Geltendmachung des Pfandrechts.

3. Glaßer, R. **08** 484, führt in Übereinstimmung mit dem KG., R. **06** II 385, und Prot. z. BGB. IV 795 aus, daß die Belastung eines dem Mündel gehörigen Gegenstandes im Wege der ZwV. sich frei von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vollziehe, daß es daher nach Pfändung und Überweisung des mit dem Sperrvermerke (§ 1809 BGB.) belasteten Anspruchs des Mündels auf Auszahlung eines Sparkassenguthabens zur Einziehung des Guthabens der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfe. Ein „Anspruch" des Mündels gegen das Vormundschaftsgericht auf Löschung des Sperrvermerkes könne überhaupt nicht gepfändet werden.

4. HessRspr. **8** 179 (Darmstadt). Eine besondere Aufhebung des Pfändungsbeschlusses nach erfolgter Befriedigung findet nur statt, wenn diese nicht aus der gepfändeten Forderung, sondern aus anderen Mitteln des Schuldners erfolgt.

§ 830. 1. Altmann, Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse in der Zwangsversteigerung, ZBlFG. **8** 563—569, erörtert die materielle Wirkung der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse bei den verschiedenen Arten von Hypotheken, sowie den Einfluß derselben im Zwangsversteigerungsverfahren an der Hand der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.

2. du Chesne, SächsRpflA. **08** 377. Zur Pfändung einer Hypothek ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner nicht erforderlich (vgl. Predari 358). Diese Zustellung hat lediglich die Wirkung eines Leistungsverbots, insofern es den künftigen Pfandgläubiger gegen dem Pfandrechte zuwiderlaufende Verfügungen des Drittschuldners sichert. Der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner wohnt überhaupt rechtliche Wirksamkeit nicht inne.

3. (§ 846.) SächsOLG. **29** 133, OLG. **16** 308 (Dresden). Wenn auch die Pfändung des Anspruchs des Hypothekengläubigers gegen einen Dritten auf Herausgabe des Hypothekenbriefs nicht zur Begründung eines Pfandrechts an dem Hypothekenbriefe führen kann, weil dieser kein Wertpapier, keine selbständige Sache ist, so ist doch eine solche Pfändung nicht unzulässig. Im Gegenteil kann, wenn ein anderer als der Hypothekengläubiger den Brief in seinen Besitz hat, ein Dritter an der Briefhypothek nur dadurch ein Pfandrecht erlangen, daß er den Anspruch auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt, sowie sich auf Grund des Überweisungsbeschlusses den Hypothekenbrief verschafft.

§ 832. Cohn, DJZ. **08** 1218. Agentenprovisionen sind gemäß § 832 nur pfändbar, wenn ein Agent zu seinem Auftraggeber derart in dauernder Geschäftsbeziehung steht, daß er fortgesetzt lediglich für dessen Firma tätig werden und alle Obliegenheiten den Weisungen des Geschäftsherrn entsprechend einrichten und ausführen muß.

§ 835. 1. SeuffA. **63** 43, BadRpr. **73** 154 (Karlsruhe). Allerdings wird der Gläubiger nach Pfändung seiner Forderung als berechtigt angesehen, auf Hinterlegung zu klagen (**RG.** **17** 291, **25** 427). Dieses Recht erlischt aber, sobald die Forderung dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen ist (Gaupp-Stein zu § 829 IV 3, § 835 IV b, Seuffert [9] § 835 Anm. 3 I b, Planck, Zivilpr. II 749, Hellwig, Anspr. u. Klager. § 27 Anm. 23). Denn damit hat ausschließlich der Pfändungsgläubiger das Einziehungsrecht erlangt. Erfolgt Pfändung und Überweisung einer Klageforderung im Prozesse, so kann der Gläubiger nur noch Feststellung der Forderung verlangen.

2. **RG.** R. **08** II 405. Eine frühere Pfändung und Überweisung zur Einziehung (anders an Zahlungsstatt) hat nicht die Wirkung, das Klagerecht des

späteren Pfändungsgläubigers vollständig zu beseitigen; schon deshalb nicht, weil dem späteren Pfändungsgläubiger gegenüber nicht feststeht, ob die Forderung, welche der frühere Pfändungsgläubiger geltend macht, begründet ist. Das Klagerecht kann jedoch nur in solcher Weise geltend gemacht werden, daß das Interesse des Schuldners gewahrt, dieser insbesondere nicht zu doppelter Zahlung angehalten wird. Dem späteren Pfändungsgläubiger ist daher, wenn er die Forderung des früheren Pfändungsgläubigers bestreitet, unbenommen, gegen den Schuldner auf Hinterlegung zu klagen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner unter Vorbehalt der Rechte des ersten Pfändungsgläubigers zur Zahlung verurteilt wird. Dann steht ihm ebenfalls frei, sich durch Hinterlegung von der Schuld zu befreien (§ 853, JW. **92** 311, **00** 418, **RG. 17** 293, **25** 427, **49** 204).

3. **RG.** R. **08** II 174. Da dem Gläubiger, dem die gepfändete Forderung zur Einziehung überwiesen ist, gegen den Drittschuldner nicht mehr Rechte zustehen, als dem Schuldner selbst, so muß sich der Gläubiger die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vom Drittschuldner entgegensetzen lassen.

§ 836. 1. PosMSchr. **08** 15 (Königsberg). Durch die Pfändung und Überweisung eines Anspruchs auf Herausgabe von Sachen wird dem Drittschuldner lediglich verboten, die Sache dem Schuldner herauszugeben. Ob er zulassen will, daß die Sachen selbst für einen anderen Gläubiger des Schuldners gepfändet werden, hängt von seinem Ermessen ab (§ 809). Er macht sich dadurch, daß er die Pfändung zuläßt, dem Gläubiger, der den Herausgabeanspruch gepfändet hat, nicht schadensersatzpflichtig.

2. OLG. **16** 303, WürttJ. **20** 278, SeuffA. **63** 79 (Stuttgart). In sehr eingehender Ausführung wird gegen Seuffert (9) Anm. 4 b zu § 829 und OLG. Hamburg, SeuffA. **61** Nr. 70 (auch Planck [3] Anm. 5 zu § 407, Anm. 3 zu § 1070, Staudinger [2] Anm. 4 zu § 407), sowie gegen die Entstehungsgeschichte dargelegt, daß der Schutz des guten Glaubens, wie er gemäß §§ 1275, 407 BGB. nach Bestellung eines vertragsmäßigen Forderungspfandrechts dem gutgläubig an den Pfandschuldner zahlenden Schuldner zustatten kommt, auch bei einer Forderungspfändung dem Drittschuldner nicht zu versagen ist, wenn er zwar nach Zustellung (Ersatzzustellung) des Pfändungsbeschlusses, aber ohne Kenntnis von der erfolgten Pfändung an den Schuldner zahlt.

§ 840. SächsOLG. **29** 160 (Dresden). Das im § 840 Abs. 2 gewährte Recht auf Schadensersatz ist im Unterschiede von den aus §§ 91 ff. herzuleitenden prozeßrechtlichen Befugnissen ein privatrechtlicher Anspruch. Er muß daher nach § 253 Ziff. 2 mit bestimmter Bezifferung geltend gemacht werden.

§ 845. Literatur: Kirchberger, Der rechtliche Charakter der Vorpfändung nach § 845 ZPO., BuschsZ. **38** 461—468.

1. **a)** Kaufmann berichtet, R. **08** 843, über einen Vortrag Steins über die Wirkungen der Pfändungsbenachrichtigung nach § 845 ZPO.: Pfändung und Begründung des Pfandrechts seien verschiedene Dinge. Das Pfandrecht könne wesentlich später als die Pfändung (**RG. 60** 72), aber auch früher entstehen. Letzteres gelte im Falle des § 845. Schon die Vorpfändung erzeuge das Pfandrecht. Die nachfolgende Pfändung brauche nur die Voraussetzungen eines gültigen Pfändungsakts, nicht die einer gültigen Pfändung anzutreffen; insbesondere sei die Zugehörigkeit zum Schuldvermögen keine Voraussetzung des letzteren. Für die Anfechtung im Konkurse gelte der Zeitpunkt der Vorpfändung, nicht der der Pfändung als der des Erwerbes (ebenso RG.; a M. Jäger). Siehe auch unten Ziff. 5 a. **b)** Kirchberger verteidigt LeipzZ. **08** 765 seine Auffassung über die rechtliche Natur der Vorpfändung (vgl. JDR. **6** § 845 I 1) gegen die Angriffe von Gaupp-Stein (9) § 845 II und führt mit Jäger (2) § 30 Anm. 36 und Wilmowski-Kurlbaum (6) § 38 Anm. 28 KO. gegen **RG. 42** 365

aus, daß die vor der kritischen Zeit des § 30 KO. erfolgte Vorpfändung durch die Anfechtung der während dieser Zeit erfolgenden Nachpfändung unwirksam wird. — Derselbe begründet, BuschsZ. **38** 461, nochmals seinen Standpunkt, daß die Vorpfändung keine ZwVhandlung, sondern ein rein privater Parteiformalakt des benachrichtigenden Gläubigers sei, deshalb dagegen weder Einwendung nach § 766, noch Widerspruchsklage gemäß § 771 zulässig sei. Lediglich negative Feststellungsklage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Vorpfändung sei zulässig.

2. SeuffA. **63** 330, HansGZ. **08** Beibl. 81 (Hamburg). Zur Wirksamkeit der „Vorpfändung" genügt nicht, daß die Forderung so genau bezeichnet ist, daß der Drittschuldner weiß, welche Forderung gemeint ist (so SoergelRspr. **06** 608 [Posen]) — so daß es bei einer einzigen in Betracht kommenden Forderung näherer Bezeichnung überhaupt nicht bedürfte —; die Bezeichnung muß vielmehr in der Pfändungsbenachrichtigung so genau getroffen werden, daß bei Anschlußpfändungen und im Verteilungsverfahren Zweifel über die Identität objektiv ausgeschlossen sind.

3. Schanz, BayRpflZ. **08** 302. Die sog. Vorpfändung des § 845 findet auch bei Hypothekenforderungen Anwendung. — Die Vorpfändung muß als solche im Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung ist zulässig, da es sich um ein — aufschiebend — bedingtes Pfandrecht handelt, und mangels einer ausdrücklichen gegenteiligen Bestimmung auch solche bedingte Rechte eintragungsfähig sind. Eine Vormerkung (wie Seuffert [9] Anm. 4 a zu § 845 und Petersen [5] Anm. 6 zu § 845 meinen) kommt nicht in Betracht, da es sich nicht um die Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechtes (§ 883 BGB.) handelt.

4. ElsLothJZ. **08** 247 (Colmar). Auf Grund einer vorläufigen Pfändungsbenachrichtigung gemäß § 845 kann die Pfändung des Benachrichtigungsanspruchs eines Grundstückseigentümers auf Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine Eigentümerhypothek nicht eingetragen werden, selbst wenn man die Pfändung dieses Anspruchs an sich für zulässig erachten wollte (s. auch zu § 857 I Ziff. 4 a).

5. a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 147 = SchlHolstAnz. **07** 273 (s. JDR. **6** § 845 III 3) betr. Wirkungslosigkeit der Vorpfändung im Nachlaßkonkurse, wenn zwar die Vorpfändung vor, der Pfändungsbeschluß selbst aber erst nach dem Tode des Schuldners zugestellt worden ist. b) SächsOLG. **29** 468 (Dresden). Die Vorpfändung einer Mietzinsforderung verliert ihre Wirksamkeit, wenn das Grundstück, dessen Mietzins gepfändet ist, vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses zwangsweise versteigert wird. Denn die spätere Pfändung ist alsdann gegenstands- und wirkungslos, weil inzwischen das Eigentum auf einen anderen übergegangen ist und mit Rücksicht hierauf Forderungen des früheren Eigentümers, welche gepfändet werden könnten, nicht mehr in Frage kommen (§ 571 BGB.).

6. BuschsZ. **37** 283 (Hamburg) = OLG. **14** 181 siehe JDR. **6** § 845 III 5. Bei Annehmung der dreiwöchigen Frist aus Abs. 2 ist der Tag der Zustellung der Benachrichtigung nicht mitzuzählen.

7. (§ 771.) BadRpr. **08** 179 (LG. Karlsruhe). Auch gegen die Vorpfändung ist Widerspruchsklage aus § 771 zulässig. Läßt nach Klagerhebung der Beklagte die dreiwöchige Frist des § 845 zur Bewirkung der Pfändung verstreichen, so kann der Widerspruchskläger seinen Antrag darauf richten, auszusprechen, daß die Vorpfändung wirkungslos geworden sei.

§ 846. SeuffA. **63** 298 (Königsberg). Ist ein Anspruch auf Herausgabe von Sachen gepfändet, so ist der Drittschuldner nicht verpflichtet, eine anderweitige unmittelbare Pfändung der Sachen zu verhindern.

§ 850. Literatur: Meyer, Wie weit ist die Pension von Privatbeamten unpfändbar? JW. **08** 25—27.

I. Allgemeines. SeuffA. **63** 44 (Hamburg). Die Pfändbarkeit der nur beschränkt pfändbaren Ansprüche ist für jeden gesondert zu beurteilen.

II. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869). 1. **§ 1.** **a**) SächsOLG. **29** 163, OLG. **16** 310 (Dresden). Die Vorschriften des LohnBG. finden auch Anwendung auf Forderungen aus einem Dienstvertrage, welche nicht für geleistete Dienste entstanden sind, aber vom Gesetze den Forderungen für solche Dienste gleichgestellt sind (§ 615 BGB. wegen vorzeitiger Entlassung). Der Forderung gegen den Arbeitgeber steht die Forderung an denjenigen gleich, dem der Lohn zur Auszahlung an den Vergütungsberechtigten übergeben worden ist. **b**) Sächs. OLG. **29** 165, OLG. **16** 310 (Dresden). Das Vorliegen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses im Sinne des LohnBG. ist auf Grund des Organisationsabkommens vom 7. Mai 1904 verneint für einen Leipziger Kassenarzt im Verhältnisse zur Leipziger Ortskrankenkasse. **c**) Meyer aaO. Pensionen von Privatbeamten gelten nicht als „Vergütung" im Sinne des LohnBG., denn dieses regelt nur die Frage der Pfändung der im unmittelbaren Anschluß an die Arbeit als deren Entgelt beim Ende einer jeden Lohnperiode gegebenen Vergütung, also des Arbeits- und Dienstlohns im allerengsten Sinne des Wortes (vgl. auch Meyer, LohnBG. [3] 57 Anm. zu § 3). **d**) OLG. **16** 326 (KG.). Ein Droschkenführer war bei dem Beklagten gegen festen Tagelohn und Gewinnbeteiligung an den Einnahmen der von ihm geführten Droschke angestellt. Der Einwand, daß kein Dienstverhältnis, sondern eine Gesellschaft bestehe und daß der Drittschuldner bei der täglichen Abrechnung mit den ihm zustehenden Bezügen aufrechne, wurde verworfen. Auch der Gewinnanteil hat Gehaltsnatur (GruchotsBeitr. **35** 120). Der Unternehmer hat gegen den Droschkenführer einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Tageseinnahme, der Fahrer nur einen obligatorischen Anspruch auf Lohn und Gewinnanteil, die Verrechnung stellt keine Aufrechnung, sondern lediglich ein vereinfachtes Verfahren bei der Lohnzahlung dar.

2. **§ 4.** Ziff. 4. **a**) R. **08** II 376 (Frankfurt). Reisespesen sind neben einem festen Gehalte von 1500 M. insoweit pfändbar, als sie die wirklichen Auslagen des Reisenden übersteigen. Der Pfändungsbeschluß braucht nur dahin zu lauten, daß nur der Teil der Spesen, welcher die Bareinlagen übersteigt, gepfändet wird. Eine genaue Bestimmung des der Pfändung unterworfenen Betrags ist nicht erforderlich. **b**) SeuffA. **63** 166 (Hamburg). Reisespesen sind Teil der Vergütung, die ein Reisender bezieht, jedoch nur in Höhe desjenigen Betrags, den er davon ersparen kann. **c**) OLG. **16** 309, PosMSchr. **07** 81 (Marienwerder) (s. JDR. **6** § 850 II 2 a). Maßgebend ist die einzelne Lohnrate, unter deren Zugrundelegung sich die Jahressumme von 1500 M. ergibt. **d**) LeipzZ. **08** 798 (LG. Leipzig). Die ernstlich gemeinte Herabsetzung des Gehalts des Schuldners auf den unpfändbaren Betrag von 1500 M. ist auf Grund des Anfechtungsgesetzes nicht anfechtbar. Dem Schuldner muß überlassen bleiben, für welchen Lohn er seine Arbeitskraft verdingen will. Vgl. OLG. **10** 223 (Dresden), **RG.** JW. **08** 308.

3. **§ 4a.** **a**) JustdBl. **3** 22 (LG. Fürth). Im Falle eines Antrags auf Pfändung des Lohnes des Schuldners zugunsten der Ansprüche eines unehelichen Kindes muß das Vollstreckungsgericht, sofern nicht Einwendungen nach § 4 a LohnBG. schon vorliegen oder das Vorliegen solcher Umstände sonst bereits ersichtlich ist, ohne Rücksicht auf § 4 a zunächst den Pfändungsbeschluß erlassen. Sache des Schuldners ist es dann, die Unpfändbarkeit zu beweisen (ebenso Gaupp, Petersen, Freudenthal). **b**) OLG. **17** 340 (Breslau). Das Pfändungsvorrecht der unehelichen Kinder ist ein höchstpersönliches, kommt daher Rechtsnachfolgern des Kindes, auf die die Vollstreckungsklausel umgeschrieben ist, nicht zu Gute, sofern nicht der Ausnahmefall des § 1709 Abs. 2 BGB. vorliegt.

III. Ziff. 3. Meyer aaO. Pensionen von Privatbeamten sind nur in den seltenen Fällen gemäß § 850 Ziff. 3 unpfändbar, wo ihre Gewährung auf der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten beruht. Bildet die Pension einen Teil des Entgelts für geleistete Dienste, greift § 851 Platz.

IV. Abs. 3. OLG. **16** 310 (Dresden). Für die Frage, inwieweit eine nach § 843 BGB. zu entrichtende Rente der Pfändung unterworfen ist, kommt es nicht darauf an, ob der rückständige Gesamtbetrag 1500 M. übersteigt, sondern darauf, ob der Jahresbetrag diese Summe insgesamt übersteigt. Die gesetzliche Wohltat der Unpfändbarkeit wird nicht dadurch vereitelt, daß infolge Nichtzahlung die Rückstände auf über 1500 M. anwachsen.

V. Abs. 4. SeuffBl. **08** 839 (Bamberg). Ist die Unterhaltsverpflichtung in einer vollstreckbaren Urkunde festgesetzt, so ist — für die Frage, welche Unterhaltsbeiträge das Pfändungsprivileg genießen — der Klagerhebung die Angehung des Gerichts durch den Antrag auf Pfändung gleichzustellen, so daß die Pfändung nur auf die Unterhaltsbeträge für ein Vierteljahr von diesem Antrag zurückerstreckt werden kann. Ebenso auch gegen OLG. **7** 316, Seuffert (9) Anm. 13 a, Gaupp-Stein (8) Bem. IV b 2 zu § 850.

§ 851. 1. a) BreslauAK. **08** 16 (Breslau). Der Anspruch auf einen künftigen Erbteil — Anteil am Nachlaß eines noch lebenden Dritten — ist nach § 312 Abs. 1 BGB. nicht abtretbar, daher nach § 851 unpfändbar. b) Flechtheim, LeipzZ. **08** 812. Der Anspruch des Versicherungsnehmers einer Haftpflichtversicherung gegen den Versicherer ist als Liberierungsanspruch nicht abtretbar, daher nicht pfändbar.

2. PosMSchr. **08** 79 (LG. Posen). Pfändbar ist nicht nur der privatrechtliche Anspruch des Einlieferers eines Hypothekenbriefs gegen den Justizfiskus, vertreten durch den Oberstaatsanwalt, auf Herausgabe des Briefes (KGJ. **31** A 342), sondern auch der öffentlich-rechtliche Herausgabeanspruch gegen das Grundbuchamt und, wenn der Brief auf Grund des § 15 PrGKG., § 13 Ziff. 1 KassO. wegen rückständiger Kosten von der Gerichtskasse zurückgehalten wird, der Anspruch auf Herausgabe gegen den Rendanten der Kasse.

3. Meyer aaO. Das einzige Mittel, die Pensionsforderung eines Privatbeamten dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, ist die bei ihrer Zuwendung seitens des Gebers getroffene Bestimmung, daß das Recht des Empfängers im Falle der Abtretung oder Pfändung auf eine andere Person übergehen soll. Auf diese Weise wird das Recht zu einem auflösend bedingten gestaltet und erlischt daher im Augenblicke der Beschlagnahme (§§ 161, 2075 BGB., **RG. 22** 276, Rehbein I 179).

§ 857. Literatur: Flechtheim, Eigentumsvorbehalt und Zwangsvollstreckung, RheinA. **104** 275—291. — Fromherz, Zwangsvollstreckung in den Anspruch aus einem sog. Möbelleihvertrage, BuschsZ. **38** 49—67. — Hoeniger, Zwangsvollstreckung in das Urheber- und Verlagsrecht, R. **08** 436—437. — Klein, Erfinderrecht und Zwangsvollstreckung, LeipzZ. **08** 210—212. — Wertheimer, Die Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 279—289, 352—365.

I. Abs. 1. 1. Wertheimer. Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Patenterteilung ist zu bejahen. Ebenso: Stephan-Schmidt, Schutz des gewerbl. Urheberrechte 52, Seligsohn, Patentrecht (3) § 6 Anm. 12, 13, Rosenthal, Patentgesetz § 6 Anm. 11, Kohler, Handbuch des Patentrechts § 106, Paul Schmid, Gesetze zum Schutze des gewerbl. Eigentums 149, Kent, PatG. § 6 Anm. 126, Damme, Das deutsche Patentrecht 247, Isay, PatG. § 6 Nr. 52, Stieglitz, KO. § 1 Anm. II, Dernburg, PrPrivatR. II § 310, Jaeger, KO. (4) § 1 Anm. 12. Abw.: Petersen, KO. § 1 Anm. I 4, Sarwey, KO. § 1 Anm. 1, 26, Gierke, Deutsches Privatr. § 97 IV (280). — Auch die Rechte des Erfindungsbesitzers gegen den unlauteren Anmelder (das patentgesetzliche Einspruchsrecht, das Recht der Anmeldung mit dem Anspruch auf Vor-

datierung § 3 Abs. 2 PatG., der Anspruch auf Schadensersatz und Herausgabe der Bereicherung, sowie auf Übertragung des Rechtes aus der Anmeldung können gepfändet werden (281). Die Zwangsvollstreckung in das Patentrecht erfolgt durch Zustellung eines Pfändungsbeschlusses an den Schuldner. Ein Drittschuldner ist nicht vorhanden. Insbesondere ist das Patentamt nicht Drittschuldner (286). Die Patenturkunde ist für die Pfändung ohne Bedeutung. Erst nach der erfolgten Pfändung ist es möglich, die Herausgabe der Urkunde vom Schuldner im Wege der ZwV. zu erwirken (§§ 883 ff., 836 Abs. 2, 857 ZPO.) (285). Zwangsvollstreckung gegen einen im Auslande wohnenden Patentinhaber erfordert Zustellung des Pfändungsbeschlusses an diesen selbst. Zustellung an den inländischen „Vertreter" (§ 12 PatG.) genügt nicht (286). — Zwecks Realisierung des Pfandrechts ist zunächst eine Überweisung gemäß § 835 ausgeschlossen. Sie erfolgt vielmehr durch Veräußerung — öffentliche oder freihändige — nach Anordnung des Gerichts, § 814 (354). Auch die Ausnutzungsbefugnis allein kann zum Gegenstande der ZwV. gemacht werden (355). — Das Warenzeichenrecht ist insoweit pfändbar, als seine Benutzung gemäß § 7 WZG. einem anderen im Wege des Vertrags überlassen werden kann, § 857 Abs. 3, 4 (361). Auch das Ausstattungsschutzrecht (§ 15 WZG.) ist in — näher dargelegtem — beschränktem Umfange pfändbar (362). — Dagegen ist das Recht der Vorbenutzung (§ 5 PatG.) regelmäßig unpfändbar, da es nur gleichzeitig mit dem Betriebe" gepfändet werden könnte (§ 5 Abs. 1 Satz 3 PatG.), dieser aber als solcher der Pfändung nicht unterliegt (363).

2. Klein. Das Erfinderrecht ist auch vor der Anmeldung pfändbar. Die ZwV. erfolgt nach § 857 durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses mit dem Gebote, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten. Die Verwertung geschieht durch Anordnung der Veräußerung oder Verwaltung zwecks Ausnutzung.

3. Eine kurze Darstellung der Zwangsvollstreckung in das Urheber- und Verlagsrecht gibt Hoeniger, R. **08** 436—439.

4. a) ElsLothJZ. **08** 247 (Colmar). (Siehe auch zu § 845 Ziff. 4.) Der Gläubiger, der den Berichtigungsanspruch des Eigentümers auf Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek gepfändet hat, ist befugt, an dessen Stelle für diesen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 894 BGB.) eintragen zu lassen; dabei kann er zugleich die Pfändung der aus dem eingetragenen Widerspruche für seinen Schuldner hervorgehenden Rechte für sich selber mit eintragen lassen. **b)** NaumburgAK. **08** 82 (Naumburg). Der Anspruch des Eigentümerhypothekars auf Berichtigung des Grundbuchs (Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen) ist nicht übertragbar (**RG. 53** 408, **59** 294, **64** 169), daher nicht pfändbar; dem Dritten, der die Eigentümerhypothek pfänden will, hilft § 14 GBO. (aM. Gaupp-Stein [8/9] § 857 II 6 c; s. auch unten zu Abs. 6).

II. Pfändung des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. **a)** *Fromherz. Zu pfänden ist der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums (§ 433 BGB.). Er hat Vermögenswert, gehört zum Schuldnervermögen und ist übertragbar, jedenfalls nach § 851 Abs. 2 pfändbar. Anspruchspfändung allein beseitigt den Widerspruch des Schuldners gegen die Restzahlung (§ 267 Abs. 2 BGB.), sie allein führt zur Priorität der Sachpfändung. Die Restzahlung gehört zu den Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788). Nur unter diesem Gesichtspunkte haftet für sie der gepfändete Anspruch. Anspruchspfändung erfolgt nach § 857 mit Anordnung des Vollstreckungsgerichts, die Sache zwecks Pfändung herauszugeben, entsprechend § 836 Abs. 3 mit Zwang gegen den Schuldner, entsprechend § 847 mit Empfangsberechtigung des Gerichtsvollziehers. Herausgabeanordnung „nach Zahlung des Kaufpreisrestes oder Annahmeverweigerung" (§ 162 Abs. 1 BGB.).

Nebenhergehende Sachpfändung ermöglicht Belassung der Sache beim Schuldner. Zulässig und genügend ist auch die Anordnung des Vollstreckungsgerichts, daß der Schuldner die Pfändung der Sache durch den von dem Gläubiger unter Aushändigung des Betrags mit der Zahlung des Kaufpreisrestes beauftragten Gerichtsvollzieher zu dulden habe (§ 808 Abs. 2). Erst mit solcher Anordnung ist die Anspruchspfändung eine entsprechende Anwendung im Sinne des § 857, weil erst so Sicherung ohne weiteren selbständigen Vollstreckungsakt herbeigeführt wird, wie bei § 847. Anspruchspfändung überträgt das Ablösungsrecht nicht allein bei Pränumerationskauf (Liebert, Diss. Heidelberg 1897), da Pflicht und Recht zur Restzahlung auch bei Barkauf (§ 320 Abs. 2: Abs. 1 BGB.) abhängig vom Käuferanspruch (§433). Auskunftspflicht des Verkäufers nur nach § 840, des Schuldners nach § 836 Abs. 3, diese erzwingbar, weil Gläubiger mit Überweisung den vollstreckbaren Titel gegen Schuldner wegen aller Ansprüche erwirbt, die auch nach §§ 402, 412 BGB. dem bisherigen Gläubiger zustehen. — Anspruchspfändung, nicht Pfändung „bedingten Eigentums" (Liebrecht). Das Recht auf Eigentumserwerb ist Teil des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung, dieser umfaßt auch Ansprüche nach § 434 (vgl. §§ 931, 934, 162 Abs. 2 BGB.) und ist nicht erfüllt vor Eintritt der Bedingung der Restzahlung. Anspruchspfändung unzulässig bei erheblichem Kaufpreisreste gemäß § 803 Abs. 2, regelmäßig auch bei Kompetenzen, schon nach § 851 Abs. 2. **b)** Derselbe, DJZ. **08** 1398. Der Gläubiger, der den Anspruch des Schuldner-Käufers gegen den Drittschuldner-Verkäufer auf Verschaffung des Eigentums an den Leihmöbeln gegen Zahlung des Restkaufpreises pfändet, muß zugleich auch das Recht des Schuldners aus § 267 Abs. 1 BGB., der Zahlung des Kaufpreises durch einen Dritten zu widersprechen, mit pfänden. **c)** *Flechtheim. Es ist zu unterscheiden, ob der Verkäufer selbst oder ein Dritter die Zwangsvollstreckung betreibt. Pfändet ein Dritter, so muß er den Eigentümer für den Restkaufpreis befriedigen. Gegen den Verkäufer besteht kein Anspruch des Schuldners auf Eigentumsübertragung, der gepfändet werden kann oder gepfändet werden muß, vielmehr ist die Eigentumsübertragung bereits unter der Bedingung vollständiger Zahlung erfolgt. Der Verkäufer hat also nur noch zu empfangen, aber nicht mehr zu leisten. Daher ist auch der Weg der Pfändung derartiger Sachen nicht die Forderungspfändung, sondern die Sachpfändung (andere unnütz komplizierte Konstruktion jetzt wieder bei Gaupp-Stein § 857 II 9). Die Widerspruchsklage des Eigentümers wird vielmehr ausgeräumt durch dessen Befriedigung für den Kaufpreisrest. Durch die Ablehnung kommt er in Verzug. Selbst der Widerspruch des Schuldners (§ 267 BGB.) kommt nicht in Betracht, da dieser nach der Pfändung nicht mehr verfügungsberechtigt ist, außerdem ein solcher Widerspruch gegen die guten Sitten verstoßen würde. Unberechtigte Ablehnung der Annahme des Restkaufpreises steht der Befriedigung gleich (§ 162 BGB.). Mit Eintritt der Bedingungen konvalesziert das Pfändungspfandrecht. Der Gläubiger, der zur Durchführung der Zwangsvollstreckung den Eigentümer abgefunden hat, ist keineswegs für die hierzu aufgewandten Beträge auf den praktisch wertlosen Rückgriff gegen den Schuldner beschränkt, vielmehr gehören diese Aufwendungen zu den Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 788 ZPO.), so daß der Versteigerungserlös zuerst zur Deckung dieser Aufwendungen und erst dann zur Befriedigung des Gläubigers für seine titelmäßige Forderung und die Befriedigung weiterer Gläubiger dient. Auch der Eigentümer selbst kann in die von ihm unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenstände die Zwangsvollstreckung betreiben. Zwar gibt es kein Pfändungspfandrecht an eigener Sache, aber in der bewußten Pfändung eigener Sachen kann die Aufgabe des Eigentums oder, richtiger, der Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt liegen. Ob das der Fall ist, ist im wesentlichen Tatfrage. Infolge eines solchen Verzichts erwirbt der Schuldner unbeschränktes Eigentum, so daß das Pfän-

dungspfandrecht des Gläubigers, das bis dahin unwirksam war, nunmehr konvaleszieren. Der Gläubiger gibt also zur Befriedigung für seine zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung seinen Eigentumsvorbehalt auf. Dieser Verzicht dient zur Durchführung der Zwangsvollstreckung, gehört also zu deren Kosten. Der Gläubiger ist deshalb für den Betrag des Restkaufpreises vorweg zu befriedigen unter dem Gesichtspunkte der Kosten der Zwangsvollstreckung. Der Rest wird nach allgemeinen Grundsätzen verteilt unter Pfandrechte von gleichem Range nach Verhältnis der Größe der Forderungen. Das gilt insbesondere bei Konkurrenz von Pfändungspfandrecht und gesetzlichem Vermieterpfandrechte. Beide entstehen zusammen in dem Augenblicke, da durch den Verzicht des Gläubigers auf den Eigentumsvorbehalt der Schuldner den Pfandgegenstand zum Eigentum erwirbt. **d)** *F l a t a u, Die Zwangsvollstreckung in die sog. Leihmöbel. Die Sachpfändung dient nicht nur der Zwangsvollstreckung in das Eigentumsrecht des Schuldners, sondern ist auch das Mittel der Zwangsvollstreckung in die ihm nur aufschiebend bedingt gehörigen, namentlich auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sachen (vgl. näheres zu § 455 BGB.; JDR. **3** § 857 III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** II 3; siehe auch JDR. **3** § 267 BGB. Ziff. 2).

III. A b s. 2. 1. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 125, R. **08** II 241. Wenn die Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an einen Drittschuldner überhaupt nicht erforderlich ist, so ist die unrichtige Bezeichnung des Drittschuldners in dem Pfändungsbeschlusse (z. B. des Vollstreckungsgerichts bei Pfändung einer Eigentümerhypothek nach der Zuschlagserteilung) unschädlich.

2. P f ä n d u n g d e s A n s p r u c h s a u f d e n V e r s t e i g e r u n g s e r l ö s. K r e t z s c h m a r, SeuffBl. **08** 27. Durch das bei der Zwangsversteigerung erfolgende Erlöschen einer Hypothek tritt an deren Stelle der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§ 1147 BGB.). Dieser Anspruch ist identisch mit der Forderung gegen den Ersteher aus dem Meistgebote, soweit diese Forderung nach § 879 BGB. auf die Hypothek entfällt und deshalb der zu ihrer Erfüllung vom Ersteher gezahlte Betrag dem Berechtigten zuzuteilen oder bei Nichtberechtigung des Angebots im Verteilungstermine die Forderung gegen den Ersteher auf den Berechtigten zu übertragen ist. Wird der Anspruch des Eigentümers (oder eines sonstigen Realberechtigten) auf den Versteigerungserlös gepfändet, so besteht das hierdurch begründete Pfandrecht an der übertragenen Forderung gegen den Ersteher ebenfalls, denn diese Forderung ist identisch mit dem Anspruche des Berechtigten auf den Versteigerungserlös. Eine Miteintragung der Pfändung bei der vom Vollstreckungsgerichte nach § 128 Abs. 1 Satz 1, § 130 Abs. 1 ZVG. herbeizuführenden Eintragung der Sicherungshypothek für die Forderung ist insoweit vom Gesetze nicht vorgeschrieben und konnte auch nicht vorgeschrieben werden, weil dem Vollstreckungsgerichte die Pfändung nicht bekannt zu sein braucht. Wird aber die erfolgte Pfändung durch Vorlegen des Pfändungsbeschlusses rechtzeitig nachgewiesen, so wird man darin den Antrag auf Miteintragung der Pfändung zu erblicken haben, und einem solchen Antrage muß das Vollstreckungsgericht im Interesse des Pfändungsgläubigers (**RG. 60** 223) entsprechen. — OLG. Dresden aaO. 28. Liegen mehrere Pfändungen vor, so ist die Austragung des Rangstreits den Pfändungsgläubigern zu überlassen, und es kann deshalb in einem solchen Falle auch nichts über das Rangverhältnis im Grundbuche verlautbart werden (vgl. JDR. **3** § 857 II 3, **4** II 2, **5** II 2, **6** II 2).

IV. A b s. 3. a) OLG. **16** 312 (Hamburg). Wenn auch die Pfändung des G e s c h ä f t s a n t e i l s e i n e r G m b H. mangels der im Statut für den Fall der Abtretung vorgesehenen Genehmigung der Gesellschaft als solche unwirksam ist, so erscheint doch die Pfändung insoweit zulässig, als nach dem Gesellschaftsstatut die A u s ü b u n g des Rechtes anderen überlassen werden kann. A b w. S t a u b-

Hachenburg Anm. 17 zu § 15 GmbHG., welche § 857 Abs. 3 ZPO. nur auf den Nießbrauch und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für anwendbar erklären. **b)** OLG. **17** 340, NaumburgAK. **08** 83, RheinARB. **26** 135 (Cöln). Die Pfändung und Versteigerung des Geschäftsanteils an einer GmbH. ist unbeschränkt auch dann zulässig, wenn die Übertragung gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG. durch den Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht ist (§ 851 Abs. 2 ZPO.). § 15 Abs. 5 GmbHGes. bezieht sich nur auf den Fall freiwilliger Veräußerung. Ebenso Liebmann Anm. 11, Foertsch Anm. 13, Birkenbihl Anm. 11 zu § 15 aaO. (vgl. JDR. **3** § 857 II 1, **4** II 1, **5** II 1, **6** II 1).

V. Abs. 6. Pfändung der Eigentümerhypothek (-Grundschuld). **a)** SächsRpflA. **08** 269 (Dresden). Die Pfändung einer Eigentümerbuchhypothek (-Grundschuld) wird erst mit der Eintragung im Grundbuche wirksam. **b)** OLG. **16** 329 (Posen). Solange die endgültige Feststellung der unter dem Höchstbetrage verbleibenden Schuldsumme noch aussteht, kann eine Eigentümerhypothek nicht entstehen, eine solche also auch nicht gepfändet werden. Ob die Pfändung der „Anwartschaft" des Eigentümers auf diese Eigentümerhypothek zulässig ist, bleibt dahingestellt, da in der — vorliegendenfalls erfolgten — Pfändung der „dem Eigentümer zustehenden Hypothek" jedenfalls eine Pfändung dieser „Anwartschaft" nicht zu erblicken sei. **c)** BayRpflZ. **08** 207, R. **08** II 234 (BayObLG.). Die Pfändung des künftigen Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Umschreibung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek kann ebensowenig eingetragen werden, wie die Pfändung einer künftigen Eigentümerhypothek. — Der Gläubiger, der den Berichtigungsanspruch des Grundstückseigentümers hat pfänden und sich überweisen lassen, kann auf Grund dieser Rechtsakte allein einen Widerspruch noch nicht eintragen lassen; er muß vielmehr mangels Einwilligung des vom Widerspruche betroffenen Hypothekengläubigers eine einstweilige Verfügung erwirken, und hierbei die bereits vorhandene Unrichtigkeit des Grundbuchs (Vorhandensein der behaupteten Eigentümerhypothek) glaubhaft machen (vgl. JDR. **3** § 857 IV, **4** III, **5** III, **6** IV).

§ 859. Abs. 2. 1. Kretzschmar, R. **08** 268. Die Pfändung eines Erbanteils ist mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Miterben als bewirkt anzusehen (**RG. 49** 406, KGJ **25** A 119); sie kann bei Grundbuchrechten nach Eintragung der Miterben als der Berechtigten zur Berichtigung des Grundbuchs vermerkt werden (RJA. **6** 289 [KG.]). Der Vermerk hat zur Folge, daß bei einer seitens des Miterben erfolgenden Verfügung über das Recht der Erwerber das durch die Pfändung begründete Pfandrecht an dem Erbteile gegen sich gelten lassen muß, wie denn auch anzunehmen sein wird, daß der Grundbuchrichter nach erfolgter Eintragung der Pfändung zu einer Verfügung des Miterben die Zustimmung des Pfändungsgläubigers zu erfordern hat.

2. BreslauAK. **08** 16 (Breslau). Da § 859 Abs. 2 die Pfändung des Anteils an einen einzelnen Nachlaßgegenstand nach Eintritt des Erbfalls für unzulässig erklärt, muß um so mehr die Unpfändbarkeit eines solchen Anteils vor Eintritt des Erbfalls angenommen werden.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 865. Literatur: Fromm, Das Zubehör in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks. München 1908.

Abs. 2. 1. **RG.** JW. **08** 518 und wörtlich übereinstimmend in einem weiteren Urteile JW. **08** 561. Zweck des § 865 Abs. 2 ist, den schon im öffentlichen Interesse gebotenen Zusammenhang zwischen Grundstück und Zubehör zu erhalten (Hahn, Mat. VIII 164). Deshalb steht die Verwertung von Zubehörstücken durch den Konkursverwalter der Pfändung gleich. Hiernach ist die rechtliche Stellung der Absonderungs-

berechtigten zu der durch den Konkursverwalter erfolgten Veräußerung von Zubehör, wenn sie sich nicht etwa als eine zur ordnungsmäßigen Fortführung der Wirtschaft gehörige Maßregel und als aus diesem Grunde zulässige Verwaltungshandlung rechtfertigen läßt ➠ § 1122 Abs. 2 BGB. ⬅, so zu beurteilen, wie wenn die Veräußerung im Wege der ZwV. für persönliche Gläubiger stattgefunden hätte. Nach Veräußerung und Entfernung der Gegenstände kann somit ihr Erlös vom Absonderungsberechtigten zur Immobiliarmasse herausverlangt werden.

2. **RG.** JW. **08** 561. Gegen eine nach § 865 Abs. 2 unzulässige Pfändung findet sowohl Beschwerde aus § 766 wie Widerspruchsklage aus § 771 statt (**RG. 55** 209). — Ebenso F r o m m aaO. 14. Unter welchen Voraussetzungen die Klage aus §§ 771 oder 805 zulässig ist, bemißt sich nach den besonderen Verhältnissen. Zur Begründung einer solchen Klage kann nur auf § 865 zurückgegriffen werden.

3. R. **08** II 503 (Frankfurt). Welche Gegenstände als Zubehör des Grundstücks der Pfändung nicht unterliegen, bestimmt sich, solange das Grundbuch für den betreffenden Bezirk nicht angelegt ist, nach bisherigem Rechte.

§ 866. *G r a b n e r , ZBlFG. **9** 90 u. 91. Um durch einstweilige Verfügung die künftige Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek zu sichern, ist ein beschränktes, im Grundbuch eintragbares Veräußerungsverbot zu erlassen, das dem Eigentümer die Verfügung über die nächst freie Hypothekenstelle untersagt (s. Anm. zu §§ 936 u. 881 BGB.).

§ 867. 1. PosMSchr. **08** 118 (KG.). Nach § 867 Abs. 1 Satz 3 haftet das Grundstück für die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Zwangshypothek, ohne daß es der Eintragung der Kosten bedarf. Die Eintragung der Kosten ist daher, weil überflüssig, abzulehnen (vgl. KGJ. **35** A 325).

2. A b s. 2. a) SchlHolstAnz. **08** 244 (LG. Altona). Die Verteilung einer Sicherungshypothek auf die einzelnen Grundstücke gemäß § 867 Abs. 2 hat nur bei s e l b s t ä n d i g e n Grundstücken zu erfolgen. Durch die früher erfolgte Anlegung des Grundbuchs nach Formular II und Eintragung der einzelnen Katasterparzellen unter besonderen Nummern erlangen aber die Grundstücke nicht den Charakter selbständiger Grundstücke. **b**) OLG. **16** 312 (Darmstadt). Die Verteilung einer Zwangshypothek auf mehrere Grundstücke gemäß § 867 Abs. 2 muß in der durch § 29 GBO. vorgeschriebenen Form erklärt werden (aM. F o l tz , R. **08** 72).

§ 868. OLG. **16** 313 (Hamburg). Die teilweise Tilgung der der Zwangshypothek zugrunde liegenden vollstreckbaren Forderung begründet weder den teilweisen Übergang der Hypothek auf den Eigentümer noch den Anspruch auf teilweise Löschung.

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§§ 874 ff. L i t e r a t u r: d u C h e s n e , Widerspruch und sofortige Beschwerde gegen den Teilungsplan, SächsRpflA. **08** 215—218.

*d u C h e s n e. Der Teilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren ist keine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, sondern ein Kompromiß der Beteiligten, daher nicht der Beschwerde, sondern nur dem im Prozesse zu entscheidenden Proteste — Widerspruche — der Beteiligten zugänglich. Wäre aber — mit der herrschenden Ansicht — das Gegenteil anzunehmen, so müßte doch bei Beachtung der Beschwerde das Vollstreckungsgericht angewiesen werden, einen neuen Teilungsplan aufzustellen, damit auch die anderen Beteiligten ihre Interessen durch Erhebung von Widersprüchen wahren können.

§ 878. SeuffA. **63** 382 (Posen). Die Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren ist, wenn eine im gesetzlichen Güterstande lebende Frau im Teilungsplan als berechtigt aufgeführt ist, im Hinblick auf §§ 1374, 1375, 1400, 1380 BGB. gegen beide Eheleute zu richten.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. 1. ZBlFG. 8 555 (Naumburg). Die §§ 883 ff. finden auf die ZwV. zur Erwirkung der Herausgabe von Kindern entsprechende Anwendung (vgl. auch § 81 GerVollzGeschAnw. vom 1. 12. 1899).

2. OLG. **17** 345, KGBl. **08** 75 (KG.). § 883 ZPO. findet auch Anwendung, wenn auf Grund einer durch Strafurteil ausgesprochenen Einziehung wegen Herausgabe des eingezogenen Gegenstandes Zwangsvollstreckung fruchtlos betrieben ist.

3. R. **08** II 572 (Breslau). Der Anspruch auf Hinterlegung eines Geldbetrags ist eine Geldforderung und daher nach § 803 — nicht nach § 883 — zu vollstrecken. Das gilt auch für den Fall, daß die Hinterlegung durch einstweilige Verfügung angeordnet ist.

4. S. auch § 887.

§ 887. 1. OLG. **17** 199 Anm. 1 (KG.). Die Verpflichtung zur Hinterlegung eines bestimmten Geldbetrags ist eine vertretbare Handlung im Sinne des § 887, da es völlig gleichgültig ist, ob der Schuldner oder ein anderer hinterlegt.

2. MecklZ. **27** 47 (Rostock). Die ZwV. auf Abnahme einer beweglichen gekauften Sache gemäß § 433 Abs. 2 BGB. erfolgt nach § 887 ZPO. Ebenso Planck (3) Erl. 7 b zu § 433, Staub (6/7), Exkurs vor § 373 Anm. 55, GruchotsBeitr. **45** 717 Anm. 10 (aM. Gaupp-Stein).

3. (§ 890.) SächsOLG. **29** 169, OLG. **16** 315 (Dresden). Ein gerichtlicher Vergleich, in welchem eine Partei sich lediglich verpflichtet hat, eine Warnungstafel an einem streitigen Wege zu beseitigen, ist mit Fortnahme der Tafel erfüllt. Stellt die Partei später eine gleiche Tafel wieder auf, so kann mangels einer im Vergleiche zum Ausdrucke gebrachten Verpflichtung zur Unterlassung weiterer Störungen aus dem Vergleiche ZwV. gegen die Gegenpartei nicht mehr betrieben werden.

4. PosMSchr. **08** 108 (Posen). Die Klage auf Löschungsbewilligung ist auf keine fungible Handlung gerichtet. Ist ein Dritter auf Grund des Urteils vom Gericht ermächtigt worden, eine Hypothek selbst auf Kosten des verurteilten Grundstückseigentümers zur Löschung zu bringen, so erlangt der Dritte durch diesen — zu Unrecht erlassenen Beschluß — nicht das Recht, gegen den Hypothekengläubiger unmittelbar auf Löschungsbewilligung zu klagen.

§ 888. 1. OLG. **16** 316, R. **08** II 343 (Frankfurt). Die Strafe des § 888 ist lediglich Zwangsmittel, fällt daher fort, wenn nichts mehr zu erzwingen ist. Die Strafe des § 890 dagegen ist wirkliche Strafe, die, einmal verwirkt, auch zu verhängen ist, wenn das zu schützende Interesse nicht mehr besteht.

2. OLG. **17** 199 (München). Die Beitreibung der auf Grund des § 888 festgesetzten Geldstrafen ist — im Gegensatze zu den aus § 890 erkannten — Sache des Gläubigers, da diese nicht — wie die aus § 890 — Strafe, sondern Zwangsmittel sind, und es vom Interesse des Gläubigers abhängt, ob er diese Zwangsmittel anwenden will. Daß auch im Falle des § 888 das eingezogene Geld der Staatskasse zufließt, ist unerheblich.

3. **RG.** Warneyer **08** II 313. Behauptet gegenüber einer aus § 888 betriebenen ZwV. der Schuldner, er habe dem Urteile genügt, so ist er mit diesem Einwand auf den Weg der ZwVgegenklage (§ 767) zu verweisen. Wird aber vom Gläubiger die Leistung des Schuldners — z. B. der Inhalt der zu erteilenden Buchauszüge — als unvollständig bezeichnet, so ist der Streit hierüber unmittelbar in der ZwVinstanz zum Austrage zu bringen (**RG.** JW. **93** 184).

4. Abs. 2. Danziger, LeipzZ. **03** 204. § 888 betrifft nur die gerichtliche Vollstreckung eines zivilrechtlichen Urteils und setzt schon nach ihrem Wortlaut eine Verurteilung zur Dienstleistung voraus. In den Fällen des § 127 GewO., § 33 SeemO., § 167 PrGesO. greift § 888 nicht Platz.

§ 890. 1. a) OLG. **16** 316, R. **08** II 174 (Frankfurt). Die Verhängung der Strafe ist Ergänzung der Strafandrohung. Die Straf festsetzung wird deshalb nicht dadurch unzulässig, daß eine weitere Zuwiderhandlung gegen die im Urteil ausgesprochene Unterlassungspflicht ausgeschlossen erscheint. Im Falle der Zuwiderhandlung gegen eine dem Vermieter obliegende Unterlassungspflicht kann die Festsetzung der angedrohten Strafe daher auch noch nach dem Erlöschen des Mietverhältnisses erfolgen. **b**) OLG. **17** 343 (KG.): Da die Straffestsetzung nach § 890 im Gegensatz zu der nach § 888 nicht lediglich ein der Partei gegebenes Zwangsmittel zur Dienstführung des zuerkannten Anspruchs ist, sondern zugleich den Charakter einer wirklichen Sprache hat (RG. **36** 418; **38** 424; **43** 398; **53** 183), so ist die Vollstreckung der Strafe auch dann noch zulässig, wenn das schutzbedürftige Interesse weggefallen ist.

2. SeuffA. **63** 86 (Darmstadt). Bei der Strafandrohung nach § 890 braucht im Urteile die Strafe noch nicht festgesetzt zu werden. Die Bestrafung setzt eine schuldhafte Zuwiderhandlung voraus, wobei es keinen Unterschied macht, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt (**RG. 36** 418). Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten von der Strafandrohung genügt regelmäßig.

3. OLG. **16** 317 (KG.). Zwar schließt eine rechtskräftig beschlossene Androhung einer nach oben hin ausdrücklich begrenzten Geldstrafe die darauf erfolgende Festsetzung einer anderen Strafart oder eines höheren Strafmaßes aus (**RG. 36** 419). Sie steht aber der späteren Androhung einer verschärften Strafe nicht entgegen. Dasselbe gilt, wenn die Androhung einer Strafe bereits in dem Urteil erfolgt ist.

4. SächsOLG. **29** 470 (Dresden). Für den Wert des Streitgegenstandes des ZwVerfahrens ist die Höhe der nach § 890 auszuwerfenden Geldstrafen ohne Bedeutung. Bei den der Erzwingung einer Handlung dienenden Strafen sind der Streitwert des Vollstreckungsverfahrens und des Hauptverfahrens einander schlechthin gleichzustellen, bei Erzwingung von Unterlassungen wenigstens dann, wenn ein Anhalt zu abweichender Festsetzung mangelt (**RG. JW. 86** 147, **89** 429, GruchotsBeitr. **30** 1103, SeuffA. **46** Ziff. 154, 155, Pfafferoth, [8] Bem. 8 zu § 27). Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Verfahren zur Erzwingung einer Unterlassung unter Umständen die Hauptverbindlichkeit nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur für einen gewissen Zeitabschnitt trifft, so daß dann nach freiem Ermessen (§§ 9 GKG., 3 ZPO.) der Streitgegenstand geringer als der Hauptstreitgegenstand zu schätzen ist.

§ 894. ElsLothJZ. **08** 246 (Colmar). Ein Urteil auf Anerkennung des Bestehens einer bestimmten Schuld ist nur nach § 894 vollstreckbar.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§§ 899 ff. Literatur: Unger, Die Unterschiede des Offenbarungseidsverfahrens der freiwilligen von dem der streitigen Gerichtsbarkeit, R. **08** 222—228.

Neumann, DJZ. **08** 1026, führt aus, daß das Offenbarungseidsverfahren nicht als Folie für die Vergleichsverhandlungen der Parteien dienen dürfe, der Richter daher befugt sei, nach mehrmaliger Wiederholung einen weiteren Vertagungsantrag — und zwar auf Kosten des Antragstellers (§ 91 ZPO.) — zurückzuweisen.

§ 900. 1. Abs. 1. OLG. **16** 321 (KG.). Da das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte zur ersten Instanz gehört, so muß die Ladung zum Termine zur Eidesleistung dem für diese Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten, wenn für mehrere Forderungen die Eidesleistung verlangt und für jeden Rechtsstreit ein anderer Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, allen Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden (§ 176).

2. Abs. 3. a) SächsOLG. **29** 278, OLG. **17** 202, NaumburgAK. **08** 68 (Dresden). Der Schuldner muß in dem Eidesleistungstermine persönlich erscheinen. § 900 Abs. 2 macht gegenüber dem früher in Geltung gewesenen Rechtszustande nur zugunsten des Gläubigers eine Ausnahme. Ein von dem Termine vom Schuldner schriftlich eingelegter Widerspruch ist daher unbeachtlich (vgl. Gaupp-Stein Anm. II 3 zu § 900, Struckmann-Koch Anm. 1 zu § 901, Petersen-Anger Anm. 4 b zu § 900; abw. Seuffert Anm. 3 c zu §§ 900, 901). b) KGBl. **08** 74 (KG.). Das KG. hält ebenfalls im Gegensatze zum LG. Neuruppin an seiner Ansicht fest, daß ein schriftlich erhobener Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Eidesleistung nicht zu berücksichtigen ist.

§ 901. 1. OLG. **17** 201 (KG.). Aus der Natur der Sache folgt, daß die Versäumnisfolgen des § 901 den Schuldner nicht treffen können, wenn ihm das Erscheinen zum Termin unmöglich war (Aufenthalt des durch Ersatzzustellung geladenen Schuldners in Amerika).

2. OLG. **17** 201 (Breslau). Krankheit des Schuldners ist kein Grund gegen den Erlaß des Haftbefehls, sondern nur gegen dessen Vollstreckung (§ 906).

3. OLG. **17** 202 (Hamburg). Die Haftanordnung ist keine „Entscheidung" im Sinne des § 793, sondern eine gerichtsseitige „Anordnung einer Vollstreckungshandlung" im Sinne des § 764 (OLG. **15** 17 [Breslau]), gegen sie daher zunächst eine Erinnerung aus § 766, erst gegen deren Ablehnung dann sofortige Beschwerde aus § 793 gegeben. ➵ Die vom KG. gegen OLG. Breslau geltend gemachte Gegengründe — vgl. JDR. **6** § 901 Ziff. 4 — werden nicht berücksichtigt. Red. ⇷

§ 903. 1. BayRpflZ. **08** 111 (München). Neuer Vermögenserwerb liegt auch vor, wenn durch das Hinzukommen neuer Vermächtnisgegenstände in das Vermögen des Schuldners dieses gleichzeitig mit Verpflichtungen zu Gegenleistungen belastet ist.

2. OLG. **16** 321, DJZ. **08** 649 (KG.). Der Fall der Unvollständigkeit des früher beschworenen Vermögensverzeichnisses ist dem des späteren Erwerbes von Vermögen gleichzustellen. Ebenso SeuffA. **63** 301 (Posen) = PosMSchr. **07** 15 (s. JDR. **6** § 903 Ziff. 1 a).

3. Hartmann, KGBl. **08** 41. Der Schuldner, welcher als Gemeinschuldner den Offenbarungseid gemäß § 125 KO. geleistet hat, kann sich ebenfalls auf § 903 berufen. Denn der Eid des § 125 KO. ist lediglich ein Anwendungsfall des § 807 ZPO. Der Schuldner ist jedoch zur erneuten Leistung des Offenbarungseids verpflichtet, wenn ein Nichtkonkursgläubiger neuen Vermögenserwerb des Schuldners glaubhaft macht, der in der Zeit nach der Konkurseröffnung, aber vor dem Tage der Eidesleistung liegt. Die fünfjährige Frist des § 903 Abs. 2 ist vom Tage der Konkurseröffnung, nicht vom Tage der Eidesleistung zu rechnen.

4. Karraß, KGBl. **08** 62, tritt — gegen OLG. **13** 223 (Celle) und SeuffA. **61** 379 (Dresden) — der Ansicht des KG., OLG. **13** 321 (s. JDR. **5** § 900 Ziff. 5), bei, daß die Vorschrift des § 903 Abs. 2 über den Fortfall der Verpflichtung des Schuldners zur nochmaligen Leistung des Offenbarungseids nicht von Amts wegen zu prüfen sei.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. Abs. 2. OLG. **17** 346 R. **08** II 632 (Colmar). Die Anordnung des dinglichen Arrestes gegen einen getrennt lebenden Ehemann zur Sicherung von Unterhaltsgeldansprüchen der Ehefrau und der Kinder (§§ 1361, 1612 Abs. 2 BGB.) für eine fernere Zukunft als die nächsten drei Monate ist an sich statthaft, da es sich nicht um erst künftig erwachsende Ansprüche, sondern um solche handelt, die schon in dem gegenwärtigen familienrechtlichen Verhältnisse ihre Grundlage haben.

§ 917. 1. Abs. 1. a) **RG.** R. **08** II 343. Eine Besorgnis aus § 917 ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen für einen ruhig und vernünftig abwägenden Menschen, insbesondere für den Richter, die Gefährdung der künftigen ZwV. gegeben erscheint. Auch in der Vergangenheit liegende Tatsachen können solche Besorgnis erwecken. b) **RG.** R. **08** II 711. Daß der Schuldner sein Geschäft auf den Namen eines Dritten weiterführt und sein Bankguthaben abgehoben hat, ist kein Arrestgrund, wenn ersteres infolge eigener Vermögenslosigkeit mit fremden Mitteln geschieht und letzteres zur Schuldenzahlung verwendet wird.

2. Abs. 2. a) **RG. 67** 22. Der § 917 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn der im Auslande wohnhafte Schuldner in Deutschland Vermögen besitzt, aus dem der Gläubiger Befriedigung zu erlangen vermag. b) **RG.** JW. **08** 687, R. **08** II 632. Auch Länder, in denen deutsche Konsulargerichtsbarkeit ausgeübt wird, sind Ausland im Sinne des § 917 Abs. 2.

§ 919. 1. BadRpr. **08** 271 (Karlsruhe). Auch wenn der Streit über eine prozeßhindernde Einrede in zweiter Instanz schwebt, bleibt das Prozeßgericht erster Instanz Gericht der Hauptsache und daher nach §§ 919, 943 allein für die Anordnung eines Arrestes zuständig.

2. (§ 943.) Remelé, R. **08** 830. Für die Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen ist auch nach der Zustellung des Berufungsurteils das Berufungsgericht zuständig, bis Revision eingelegt oder das Urteil rechtskräftig geworden ist.

§§ 921, 922. 1. R. **08** II 376 (Cöln). Gegen **RG. 36** 359 ist für zulässig zu erachten, den Arrest derart anzuordnen, daß nur seine Vollziehung durch eine vorgängige Sicherheitsleistung bedingt wird. Der Gläubiger würde, falls der Erlaß eines die Auflage der Sicherheitsleistung aussprechenden Vorbeschlusses erforderlich wäre, durch die Verzögerung des Verfahrens sehr benachteiligt werden können.

2. R. **08** Beil. 503 (KG.). Im Arrestverfahren darf die Entscheidung nicht von einem richterlichen Eide abhängig gemacht werden. Das Gericht hat nur zu entscheiden, ob der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind. Zu diesem Zwecke kann er aber eine Beweisaufnahme nur anordnen, wenn sie sofort erledigt werden kann, und an die Stelle der Auferlegung eines Eides tritt die Zulassung zur Versicherung an Eidesstatt (§ 294).

3. a) OLG. **17** 204, PosMSchr. **08** 14 (Königsberg). Eine Kostenentscheidung muß jedenfalls erfolgen, wenn über den Arrestantrag auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden wird, da das Arrestverfahren einen besonderen Prozeß und keinen Zwischenstreit bildet (**RG.** JW. **01** 80). Auch § 93 findet dann Anwendung. — AM. DJZ. **08** 1176 (LG. Neiße). Das Arrestgesuch ist ein publizistischer Anspruch, das Anerkenntnis hat nicht die Folge des § 307, unterliegt vielmehr freier Beweiswürdigung. Bei der Wirkungslosigkeit des Anerkenntnisses als solchen kann daher auch § 93 Anwendung nicht finden. b) R. **08** II 672 (Frankfurt). Die Kosten für einen durch Beschluß — in erster oder zweiter Instanz angeordneten Arrest hat der Antragsteller einstweilen zu tragen, unbeschadet des Rechtes, sie im Hauptprozeß oder mittels besonderer Klage einzufordern. Es handelt sich hier nicht um eine Entscheidung, bei der der Gegner als unterliegender Teil (§ 91) anzusehen ist, da der Gegner vor Erlaß überhaupt nicht gehört wird. Es handelt sich ferner überhaupt nicht um eine Entscheidung über einen Streitpunkt, sondern lediglich um prozessuale Maßregeln zum Schutze des Gläubigers.

§ 924. 1. **RG.** JW. **08** 47. Nach der ständigen Rechtsprechung des **RG.** (**51** 134, **57** 223) können im Widerspruchsverfahren auch solche nach Erlassung der einstweiligen Verfügung eingetretenen Umstände, welche gemäß §§ 927, 936 nach Bestätigung der einstweiligen Verfügung den Antrag auf Aufhebung rechtfertigen

würden, zur Herbeiführung der Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom Antragsgegner geltend gemacht werden.

2. (§ 929 Abs. 2.) R. **08** II 673 (Frankfurt). Auch gegen einen durch Zeitablauf nach § 929 Abs. 2 hinfällig gewordenen Arrestbefehl, dessen Vollziehung der Antragsteller nicht versucht, den er auch dem Schuldner nicht zugestellt hat, ist nach Ablauf der Vollzugsfrist des § 929 Abs. 2 ein Widerspruchsverfahren zulässig. Denn schon der Erlaß des Arrestbefehls enthält einen Eingriff in die Rechtssphäre des Schuldners, an dessen Beseitigung der Schuldner schon mit Rücksicht auf seinen Kredit erhebliches Interesse haben kann.

3. R. **08** Beil. 102 (Naumburg). Der Widerspruch gegen einen Arrestbefehl, der in der Beschwerdeinstanz erlassen ist, ist bei dem Gericht erster Instanz, bei welchem der Arrestantrag ursprünglich gestellt war, zu erheben.

4. **RG.** Warneyer **08** II 314. Wird trotz voraufgegangener mündlicher Verhandlung der Arrest unzulässigerweise statt durch Urteil durch Beschluß erlassen, so ist hiergegen weder Revision noch Beschwerde, sondern lediglich Widerspruch zulässig.

§ 926. 1. OLG. **17** 347 (KG). § 926 findet auch Anwendung, wenn gemäß § 627 das mit der Ehescheidungsklage befaßte Gericht eine die Unterhaltspflicht betreffende einstweilige Verfügung erlassen hat. Denn für die innerhalb des Eheprozesses erlassene Verfügung bildet der Eheprozeß, soweit die Regelung des Unterhaltes des Ehegatten in Frage kommt, nur im formellen Sinne die Hauptsache, d. h. nur hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfügung und des Gerichtsstandes aus § 937, im materiellen Sinne ist aber der Unterhaltsanspruch selbst die Haupssache. Insoweit greift dann § 926 Platz.

2. a) **RG.** Warneyer **08** II 558, R. **08** Beil. 572. Der Vorschrift des § 926 Abs. 1, welche lediglich bezweckt, auf ein Anhängigmachen der Hauptsache hinzuwirken, wird auch durch die Erhebung einer an sich unbegründeten Klage genügt. Dies gilt auch dann, wenn die Klage schon wegen fehlender Prozeßvoraussetzungen abzuweisen ist. **b)** SchlHolstAnz. **08** 187 (Kiel). Anhängigkeit der Hauptsache im Sinne des § 926 liegt auch dann vor, wenn die Klage vor einem unzuständigen Gericht erhoben ist. Dem Arrestgerichte steht eine Prüfung der Zuständigkeit dieses Gerichts nicht zu.

3. SchlHolstAnz. **09** 15 (LG. Kiel). Die Bestimmung einer Frist zur Klagerhebung auf Grund des § 926 ist ausgeschlossen, wenn der Arrestbefehl zur Sicherung einer Forderung erlassen ist, die im ordentlichen Rechtswege nicht verfolgt werden kann, z. B. des Anspruchs des Staates auf Bezahlung der Gerichtskosten.

4. *Reichel, R. 08 851. Setzung der Klagerhebungsfrist aus § 926 ist sinnlos und darum unzulässig, wenn der arrestgesicherte Anspruch, ohne rechtshängig geworden zu sein, bereits mit einem vollstreckbaren Titel ausgerüstet ist. (In Betracht kommen: Urkunden aus § 795 Ziff. 4 ZPO., amtsgerichtliche Sühnevergleiche, unwidersprochene Vollstreckungsbefehle.) Denn Klagerhebung ist in solchen Fällen von vornherein überflüssig und deshalb aussichtslos.

5. OLG. **17** 204 (KG.). Gegen die auf Antrag gemäß § 926 erfolgende Bestimmung einer Frist zur Klagerhebung findet ein Rechtsmittel nicht statt.

6. *Reichel, R. **08** 329 ff. handelt über „Arrestverfahren und Anfechtungsklagen". Ist ein Arrest erlassen, bevor der Gläubiger gegen den debitor frustra excussus vollstreckbaren Titel erlangt hat, und läßt ihm der Arrestbeklagte Klagefrist nach § 926 stellen, so gerät Arrestkläger in eine schwierige Lage: Klagt er, so verliert er den Prozeß, klagt er nicht, so verliert er den Arrest. Dem Kläger ist indessen zu helfen: a) durch weitherzige, gegebenenfalls wiederholte Verlängerung der Klagefrist; b) schlimmstenfalls durch Aussetzung des Prozesses nach § 148. Solche ist hier zulässig trotz § 300 ZPO. (anders die gemeine Meinung); denn Beklagter selbst hat

Kläger zur verfrühten Klagerhebung gezwungen. Es wäre unbefriedigend, wenn Beklagter dies zum Nachteile des Klägers sollte ausbeuten dürfen.

§ 927. Abs. 1. a) OLG. **17** 204, SchlHolstAnz. **08** 44 (Kiel). Unter „veränderten Umständen" im Sinne des § 927, welche die Aufhebung einer rechtskräftig bestätigten einstweiligen Verfügung rechtfertigen, kann auch der Erlaß eines in der Hauptsache ergangenen noch nicht rechtskräftigen Urteils verstanden werden, wobei dann insbesondere die dem Urteile zugrunde liegenden Beweisverhandlungen zu berücksichtigen sind (vgl. **RG.** SeuffA. **59** Ziff. 246 u. **RG. 24** 368, JW. **96** 33). **b)** BadRpr. **08** 54 (Karlsruhe). Zu den „unveränderten Umständen", welche nach § 927 den Antrag auf Aufhebung des Arrestbefehls rechtfertigen, gehört auch der, daß das Recht auf Vollziehung des Arrestes durch Ablauf der zweiwöchigen Frist erloschen ist. Dies kann auch im Wege der Berufung gegen das den Arrestbefehl enthaltende Urteil geltend gemacht werden.

§ 929. Abs. 2. 1. a) OLG. **17** 350 (KG). Im Gegensatze zu Göppert (GruchotsBeitr. **38** 838), OLG. Dresden (SeuffA. **51** 373), Petersen, Seuffert zu § 936, Gaupp-Stein zu § 938 hält der Senat (XI) an der Auffassung fest, daß einstweilige Verfügungen nicht nur, wenn sie ein Gebot oder ein Verbot enthalten, mit der Zustellung an den Schuldner im Sinne des § 929 Abs. 2 „vollzogen" werden, sondern auch in den Fällen, in denen dem Schuldner die Zahlung einer Geldsumme oder wiederkehrende Beträge oder die Herausgabe einer Sache auferlegt wird. **b)** RJA. **9** 247 (KG.). Auch eine einstweilige Verfügung, durch die das alleinige Recht zur Vertretung einer oHG. an einen Gesellschafter übertragen wird, wird durch Zustellung der Verfügung an den Antragsgegner, nicht erst durch Eintragung der Rechtsänderung im Handelsregister im Sinne des § 929 Abs. 2 vollzogen. **c)** KGBl. **08** 45 (KG.). Die Vorschrift des § 929 Abs. 2 über die Vollziehungsfrist findet zwar auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung. Diese Vollziehung liegt aber bei einstweiligen Verfügungen regelmäßig schon in der Zustellung der Anordnung an den Gegner (**RG. 21** 419). Jedenfalls würde eine einstweilige Verfügung, nach welcher „Gegenstände zu versteigern sind", schon mit der Erteilung des Auftrags an den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Versteigerung als vollzogen zu gelten haben. § 930, der für die Vollziehung eines Arrestes erst den Pfändungsakt entscheiden läßt, findet keine Anwendung. **d)** SeuffBl. **08** 199 (München). Wird durch eine einstweilige Verfügung dem Antragsgegner die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen (Unterhaltszahlungen) auferlegt, so ist der Vorschrift des § 929 Abs. 2 über die Vollziehungsfrist genügt, wenn die Verfügung dem Gegner innerhalb der zweiwöchigen Frist zugestellt ist.

2. ElsLothJZ. **08** 291 (Colmar). Der Schuldner kann auf die Innehaltung der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 verzichten. Ein solcher Verzicht ist anzunehmen, wenn er die Überschreitung der Frist erst mit der weiteren Beschwerde rügt, während er sie in den Vorinstanzen nicht gerügt hat.

3. ElsNotZ. **28** 218, R. **08** II 546 (Colmar). Wird die Löschung einer auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung mit der Begründung beantragt, daß die Frist des § 929 Abs. 2 fruchtlos verstrichen sei, so genügt nicht der Nachweis einer — ausweislich des Datums des Zustellungsurteils — verspäteten Zustellung. Das Grundbuchamt kann vielmehr die Vorlegung einer die Eintragung aufhebenden gerichtlichen Entscheidung verlangen.

§ 930. OLG. **17** 190 (München). § 930 ist eine Ausnahmebestimmung. Dem Arrestgerichte kommt daher eine über diese Norm hinausgehende vollstreckungsgerichtliche Tätigkeit nicht zu. Aber gerade, weil das Arrestgericht hinsichtlich der Forderungspfändung ausübendes Vollstreckungsorgan ist, hat es auch die §§ 775, 776 — Einstellung oder Beschränkung der ZwV. in den dort bezeichneten Fällen — anzuwenden.

§ 932. Anwendbarkeit des § 932 Abs. 3 auf den Fall der Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung gemäß § 942 Abs. 2 s. dort.

§§ 935 ff. I. Voraussetzungen. 1. **RG.** R. 08 II 546. Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Individualleistungen sind nicht durch die allgemeine schlechte Vermögenslage des Schuldners bedingt (**RG.** JW. **00** 66).

2. BadRpr. **08** 233 (Karlsruhe). Einem neuen Gesuch um einstweilige Verfügung, welches den früher zurückgewiesenen Antrag wiederholt, steht zwar der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache dann nicht entgegen, wenn die Tatsachen, wegen deren ungenügender Glaubhaftmachung der frühere Antrag nicht für gerechtfertigt erachtet wurde, in anderer Weise glaubhaft gemacht werden (**RG. 33** 419). Es ist aber unzulässig, wenn ein Antrag auf einstweilige Verfügung durch Urteil erster Instanz zurückgewiesen ist und das Verfahren hierüber in der Berufungsinstanz anhängig ist, einen gleichlautenden, aber anders begründeten Antrag bei dem Gericht erster Instanz anzubringen. Hier greift das dem Einwande der Rechtshängigkeit zugrunde liegende Prinzip durch, daß nicht über den nämlichen Anspruch mehrfache richterliche Entscheidungen angerufen werden sollen.

II. 1. a) OLG. **16** 331 (Stettin). Über den Kostenpunkt ist in der einstweiligen Verfügung eine Entscheidung nicht zu treffen, wenn kein streitiges Verfahren stattgefunden hat. Über die Kosten, die einstweilen der Antragsteller zu tragen hat (§ 89 GKG.), ist in solchem Falle vielmehr erst im Hauptprozesse zugleich mit den dort entstandenen Kosten zu entscheiden. **b)** HessRspr. **9** 74 (LG. Darmstadt). Über die Kosten einer einstweiligen Verfügung kann im Hauptprozesse nur dann entschieden werden, wenn die Erstattung vom Kläger mittels Klage, vom Beklagten mittels Widerklage begehrt wird.

2. SächsOLG. **29** 281 (Dresden). Eine einstweilige Verfügung, die in Österreich vollzogen werden soll, ist unzulässig, da sie — mangels verbürgter Gegenseitigkeit — dort nicht vollziehbar ist (§ 79 ÖstExekutionsO. vom 27. Mai 1896).

§ 935. I. Anwendungsfälle (s. auch § 940). 1. SächsOLG. **29** 174 (Dresden). Zulässig ist eine einstweilige Verfügung, durch die zur Sicherung eines Anspruchs auf Auflassung dem Verkäufer aufgegeben wird, einen dem Grundbuchamte gegenüber erklärten, noch nicht eingetragenen Verzicht auf das Eigentum an einem Grundstücke (§ 928 BGB.) — durch Rücknahme des Eintragungsantrags — zurückzunehmen.

2. a) **RG.** SächsRpflA. **08** 508. Auch zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Kein Hindernis ist der Mangel eines vollstreckbaren Titels und des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, weil er nicht die Begründung des Anfechtungsanspruchs, sondern nur dessen Voraussetzungen betrifft (**RG. 41** 87, **57** 105, GruchotsBeitr. **30** 45, **50** 433). Ob trotz dieses Mangels zu Schutzmaßregeln ein Anlaß vorliegt, ist Tatfrage. **b)** LeipzZ. **08** 174 (Frankfurt). Der Anfechtungsanspruch des Konkursverwalters auf Rückübertragung einer abgetretenen Forderung ist auf eine individuelle Vermögensleistung gerichtet. Zu seinem Schutze ist daher nicht ein Arrest, sondern nur eine einstweilige Verfügung zulässig.

3. SchlHolstAnz. **08** 187 (Kiel). Zur Sicherung des Pfandrechts des Verfrachters gemäß § 623 HGB. ist nicht ein Arrestbefehl, sondern nur eine einstweilige Verfügung zulässig (vgl. Makower Anm. 1 c zu § 623, Pappenheim, Seerecht II 375, Staub Anm. 7 zu § 440 HGB.).

4. SächsOLG. **29** 176, OLG. **16** 331 (Dresden). Der im Wechselprozesse rechtskräftig verurteilten Partei helfen, wenn sie im Nachverfahren die Unrechtmäßigkeit der Verurteilung geltend machen will, die Bestimmungen über die einstweilige Einstellung der ZwV. regelmäßig (vgl. die besondere Gestaltung des Falles **RG.**

54 304) nicht. Zur Sicherung des Rückforderungsanspruchs, der sich als Geldanspruch darstellt, steht dem Schuldner grundsätzlich nur der Arrest zu Gebote, auf Grund dessen er die Wechselansprüche des Gläubigers gegen sich selbst pfänden lassen und wodurch er dann der Einziehung jener Ansprüche bis zum Austrage des Nachverfahrens begegnen kann (§§ 930 Abs. 1, 829 Abs. 1). Sind die Wechselansprüche des Gläubigers aber bereits von Dritten gepfändet, so führt ein Arrest nicht zum Ziele. In diesem Falle ist eine einstweilige Verfügung am Platze, da der Schadensersatzanspruch aus § 302 Abs. 4 ZPO., § 249 Satz 1 BGB. in erster Linie Wiederherstellung des vorigen Zustandes, im gegebenen Falle also zunächst die Beseitigung des Pfandrechts, somit eine Individualleistung zum Gegenstande hat. Der Verfügungsschutz wird zweckmäßig durch die Anordnung gewährt, daß die ZwV. aus dem Wechselurteil und dazugehörigem Kostenfestsetzungsbeschlusse vor der rechtskräftigen Beendigung des ordentlichen Verfahrens nicht zulässig ist (vgl. **RG.** JW. **92** 58).

II. Anwendbarkeit verneint. BuschsZ. **38** 426 (Dresden) = SeuffBl. **07** 1109 s. JDR. **6** § 935 II 2: Abberufung des Liquidators einer GmbH. kann nicht im Wege der einstweiligen Verfügung erfolgen.

III. **RG. 67** 39, JW. **07** 833, DJZ. **08** 138 betr. Fassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs auf Rückgewähr eines Grundstücks (s. JDR. **6** § 935 I 1).

§ 936. 1. a) OLG. **16** 332 (KG.). Bei einstweiligen Verfügungen tritt die Gebundenheit des Willens des Antragsgegners schon mit der Zustellung ein; schon diese stellt die Vollziehung (§ 929 Abs. 2) dar. **b)** *Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot 65: Wiewohl § 936 ZPO. auf § 829 Abs. 3 verweist, kommt doch das eine Forderung betreffende Veräußerungsverbot schon mit Zustellung an den Forderungsberechtigten zustande. Zustellung an den (Dritt)Schuldner ist nicht nötig.

2. NaumburgAK. **08** 61 (Naumburg). Für die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung ist das Gericht, welches die Verfügung als Gericht der Hauptsache erlassen hat, zuständig. — Dagegen für Zuständigkeit der ersten Instanz: Gaupp-Stein (8/9) § 887 III, Petersen-Remelé-Anger (5) § 887 Nr. 4, Seuffert (9) § 887 Nr. 2 d, Struckmann-Koch (8) § 887 Nr. 2. — Dagegen **RG.** NaumburgAK. **08** 62: Zuständig das Amtsgericht.

3. ElsLothJZ. **08** 583, R. **08** II 22 (Colmar). Die Vollziehung einer einstweiligen Verfügung kann nicht wie die einer Zwangsvollstreckung einstweilen eingestellt werden. Erstere ist selbst nur eine vorläufige Maßregel. Die Einstellung ihres Vollzugs würde praktisch einer Aufhebung gleichkommen. Ebenso Seuffert (8) § 707 Nr. 6, Gaupp-Stein (4) § 707 Nr. 4.

§ 937. 1. Abs. 1. a) R. **08** II 102 (Naumburg). Solange die Hauptsache noch anhängig ist, kann die Zuständigkeit des Gerichts zum Erlaß einstweiliger Verfügungen überhaupt nicht mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, daß dem Gericht in der Hauptsache die Zuständigkeit fehle. **b)** SeuffBl. **08** 378 (München). Trotz Anhängigkeit des Hauptprozesses von einem ausländischen Gericht ist für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch dasjenige inländische Gericht zuständig, das nach inländischen Normen gleichfalls für die Hauptsache zuständig wäre.

2. Abs. 2. ElsLothJZ. **08** 3 (Colmar). Nach § 937 hat der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung regelmäßig mündliche Verhandlung vorauszugehen und kann von letzterer bloß dann abgesehen werden, wenn ein dringender Fall vorliegt. Diese Voraussetzung bedarf besonderer Feststellung.

§ 938. Literatur: Grabner, Die Sicherung des Anfechtungsrechts außerhalb des Konkursverfahrens bei Grundstücksveräußerungen durch einstweilige Verfügung ZBlFG. **9** 89 ff. (s. zu § 9 AnfG.).

1. a) **RG.** R. **08** Beil. 632. Als Sicherungsmaßregel kann auch eine Zwangsverwaltung im Sinne des ZVG. gewählt werden. Der Verwalter hat dann die Verwaltung nicht nur für den Antragsteller, sondern auch für den Schuldner und die sonstigen „Beteiligten" (§ 9 ZVG.) zu führen. b) RJA. **9** 130, ZBlFG. **8** 733 (KG.). Die Frage, ob es zulässig ist, auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine den Vorschriften des ZVGes. entsprechende Zwangsverwaltung eines Grundstücks anzuordnen, wird bejaht von: Jaeckel (2) 75 im Anschluß an **RG. 52** 140, Peiser, Zwangsverwaltung (2) 23, Reincke (5) Bem. II zu § 938, Kretzschmar, ZBlFG. **4** 446, Seuffert (9) Bem. 2 a, Gaupp-Stein (4) Bem. I, II 2, Petersen-Remelé-Anger (5) Bem. 2 zu § 938, verneint von Heinze, ZBlFG. **4** 402, Lindemann, R. **03** 205, Pusch, GruchotsBeitr. **45** 314, Turnau-Förster (3) Bem. 2, Planck (3) Bem. 2 b zu § 1134 BGB., Fischer-Schäfer 166. Das KG. hat sich der bejahenden Ansicht angeschlossen. Nach § 938 kann die Anordnung bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen. Die Anordnung der Zwangsverwaltung durch einstweilige Verfügung ist insbesondere zulässig, wenn der Grundstückseigentümer die Sicherheit einer Hypothek durch Einwirkungen auf das Grundstück gefährdet § 1134 BGB. Die Durchführung der Zwangsverwaltung liegt dann dem Vollstreckungsgericht ob. Die Vorschriften des ZVG. finden Anwendung, soweit sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß der Zweck der einstweiligen Verfügung nicht auf die Beitreibung von Geld zur Befriedigung wegen einer Geldforderung, sondern auf Sicherung von Hypothekengläubigern gerichtet ist. Sache des Vollstreckungsgerichts ist es nach §§ 146, 19 ZVG. auch, das Grundbuchamt um Eintragung des Zwangsverwaltungsvermerks zu ersuchen. — Gegen diesen Beschluß regt Lindemann, R. **08** 636, eine Reihe von Bedenken an und bezeichnet drei Fälle, in denen bei Annahme der Ansicht des KG. das Gesetz versagt.

2. **RG.** R. **08** II 673. Bei veränderter Sachlage kann das Berufungsgericht an Stelle des amtsgerichtlichen Wegschaffungs verbots ein Zurückschaffungs gebot erlassen.

3. **RG.** SeuffA. **63** 383, JW. **08** 434, R. **08** II 406. Auch für einstweilige Verfügungen gilt der Grundsatz: ne eat judex ultra petitum (§ 308).

4. KGBl. **08** 47 (LG. III Berlin). Die in einer einstweiligen Verfügung enthaltene Strafandrohung ist als ein Teil der einstweiligen Verfügung nur mit den gegen die einstweilige Verfügung gegebenen Rechtsmitteln anfechtbar.

§ 940. I. Anwendungsfälle (s. auch § 935). 1. **RG.** R. **08** II 136. Einstweilige Verfügung zur vorläufigen Gewährung einer Unterhaltsrente seitens des Haftpflichtigen an den Verletzten ist zulässig.

2. SächsOLG. **29** 181 (Dresden). Ob durch einstweilige Verfügung dem Ehemanne die Nutznießung und Verwaltung des eingebrachten Gutes der Frau vorläufig entzogen werden kann, ist gegenüber der Vorschrift des § 1418 BGB. zweifelhaft. Jedenfalls kann auf Grund einer derartigen einstweiligen Verfügung mangels des Verbots einzelner bestimmter Handlungen eine Straffestsetzung gemäß § 890 ZPO. nicht erfolgen.

3. a) DJZ. **08** 708 (KG.). In Patentsachen wird das im Wege der einstweiligen Verfügung zu erlassende Verbot weiterer Patentverletzung nicht durch die abstrakte Möglichkeit, von dem kapitalkräftigen Gegner später Ersatz des etwaigen Schadens zu verlangen, ausgeschlossen. Denn einmal ist der Schadensnachweis in concreto schwierig, sodann steht meist der Einwand zu erwarten, daß mangels wissentlicher oder grobfahrlässiger Verletzung ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht gegeben sei (§ 35 PatG.). b) **RG.** SächsRpflA. **08** 337,. Derjenige, der eine einstweilige Verfügung gegen den ihm gemachten Vorwurf der Patentverletzung verlangt, kann sich nicht auf die Tatsache der Störung seines freien Gewerbebetriebs

allein berufen, muß vielmehr glaubhaft machen, daß sein Artikel das Patent des Antragsgegners nicht verletze.

4. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. a) ThürBl. **55** 107 (Jena). Ist der Frau das Armenrecht bewilligt, so kann sie nicht mehr verlangen, daß dem Ehemann im Wege der einstweiligen Verfügung die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgegeben wird. Wie das **RG.** JW. **03** 98 zutreffend hervorhebt, fehlt es in solchem Falle an den Voraussetzungen des § 940 ZPO. in der Regel insofern, als die Ehefrau im Prozesse nicht unvertreten ist, und als ihr ferner die Befreiung von der Verpflichtung zur Gewährung einer Gebühr oder eines Vorschusses an den ihr beigeordneten Anwalt bis zum Erlaß eines Gerichtsbeschlusses gemäß § 126 ZPO. gewährt ist. Die frühere abweichende Ansicht (ThürBl. **53** 187) ist aufgegeben. Ebenso SeuffBl. **08** 152 (München), OLG. **16** 210 (Celle), HansGZ. **08** Beibl. 241 (Hamburg), R. **08** II 502 (Colmar). **b)** HansGZ. **08** Beibl. 69 (Hamburg). Dadurch, daß der Frau das Armenrecht bewilligt ist, wird der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Manne die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgegeben wird, dann nicht ausgeschlossen, wenn die Frau im Hinblick auf das in den Händen des Mannes befindliche Frauengut imstande sein würde, ohne Armenrecht den Rechtsstreit zu führen, falls der Mann seiner Vorschußpflicht genügte. **c)** OLG. **16** 211 (Celle). Ist der Ehefrau das Armenrecht bewilligt, jedoch ein Anwalt nicht beigeordnet, weil sie schon vor der Armenrechtsbewilligung einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hatte, so sind die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Ehemann auf Zahlung eines Kostenvorschusses gegeben, da sie in diesem Falle nicht gemäß § 115 Ziff. 3 ZPO. vorläufig von der Zahlung der Anwaltskosten befreit ist. **d)** Oppler, JW. **08** 290, führt gegen **RG.** Gruchots Beitr. **51** 385 ff. (JDR. **6** § 940 II 3) aus, wenn dem Ehemanne bereits das Armenrecht bewilligt sei, fehle es an den nach § 935 erforderlichen Voraussetzungen dafür, dem Manne durch einstweilige Verfügung die Zahlung eines Kostenanspruchs aufzugeben, da von einer Gefährdung des Kostenvorschusses nicht gesprochen werden könne, wenn die Mittellosigkeit des Mannes obrigkeitlich bescheinigt sei (SeuffA. **59** 67 [Hamburg]). **e)** KGBl. **08** 36 (KG.). Eine die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns regelnde einstweilige Verfügung in einem Eheprozeß ist auf den Widerspruch des Mannes gemäß §§ 936, 927 aufgehoben worden, nachdem in der Berufungsinstanz die Kosten der Ehefrau auferlegt waren. Denn damit stehe — trotz Zulässigkeit der Revision — für das Berufungsgericht fest, daß die Prozeßkosten dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fielen (§ 1416 Abs. 1 BGB.). **f)** PosMSchr. **08** 85 (Posen). Die vom RG. für die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns in Ehescheidungsprozessen und die Zulässigkeit einer Regelung derselben durch einstweilige Verfügung ständig vertretene Rechtsauffassung (vgl. **RG. 47** 72, JW. **00** 850, 868, **01** 274, 735) treffen für Verfolgung anderer Ansprüche der Frau, z. B. auf eine vor der Heirat versprochene Grundschuldeintragung, nicht zu (vgl. JDR. **3** § 940 III, **4** 1 f, **5** 4, **6** II 3).

II. Anwendbarkeit verneint. SächsOLG. **29** 184 (Dresden). Eine einstweilige Verfügung, durch welche einer GmbH. die Anmeldung eines angeblich unzulässigen Beschlusses zum Handelsregister verboten wird, ist unstatthaft, weil die Entschließung über die Eintragbarkeit auf Grund vorgängiger Sachprüfung allein dem Registerrichter zusteht (§§ 53 ff. GmbHG.).

§ 942. Abs. 2. **RG. 67** 159, JW. **08** 47. Nach § 932 Abs. 3 gilt im Falle der Vollziehung eines Arrestes in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung der Antrag auf Eintragung der Hypothek als Vollziehung des Arrestbefehls im Sinne des § 929 Abs. 2, 3. Dasselbe hat gemäß § 936 in gleicher Weise auch von der Vollziehung einer auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek gerichteten

einstweiligen Verfügung zu gelten (Gaupp-Stein Anm. II 1 zu § 938). Die Vollziehung einer solchen einstweiligen Verfügung ist daher unwirksam, wenn dieselbe dem Antragsgegner erst nach Ablauf einer Woche seit dem Eingange des Eintragungsersuchens beim Grundbuchamte zugestellt wird. — Der Antragsgegner braucht nicht den nach § 942 Abs. 2 vorgezeichneten Weg — Antrag, dem Antragsteller eine Frist aus Abs. 1 zu bestimmen — zu wählen, er kann vielmehr selbst unmittelbar vor das Gericht der Hauptsache zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung laden.

§ 943. DJZ. **08** 540 (KG.). Hat das Berufungsgericht, während die Hauptsache bei ihm anhängig war, eine einstweilige Verfügung erlassen (§ 943), so ist es damit doch nicht „Gericht erster Instanz" für das Verfahren betreffend den Erlaß des Arrestes geworden. Nicht das Berufungsgericht, sondern das Gericht, bei dem die Hauptsache in erster Instanz anhängig war, hat daher nach § 104 die Kosten des Arrestverfahrens festzusetzen.

§ 944. OLG. **16** 290 (Hamburg). Zu den Gesuchen, über die nach § 944 in dringenden Fällen der Vorsitzende anstatt des Gerichts entscheiden kann, gehört nicht die Erinnerung gegen die Pfändung einer Forderung auf Grund eines Arrestes. Hierfür ist lediglich das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig (§§ 929, 766.)

§ 945. **RG. 67** 365, JW. **08** 205, DJZ. **08** 426, R. **08** II 343. Als „von Anfang an ungerechtfertigt" ist ein Arrest zu erachten, wenn sich nachträglich der Arrestanspruch als nicht bestehend erweist. Dagegen trifft diese Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch aus § 945 nicht zu, wenn die bei Erwirkung des Arrestbefehls nach Lage der Sache zutreffend und rechtmäßig angenommene Besorgnis der Gefährdung der ZwV. — der Arrestgrund — sich nachträglich als eine irrige darstellt. Begründeten zur Zeit des Erlasses des Arrestes die vorliegenden Tatsachen für einen ruhig und vernünftig abwägenden Menschen, insbesondere den Richter, die Gefährdung der künftigen ZwV., so war der Arrest zur Zeit der Anordnung rechtmäßig. Ebenso Remelé, R. **08** 310; abw. **RG. 58** 243, JW. **04** 416 (s. JDR. 3 § 945 Ziff. 2).

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 953. **RG. 67** 95, ZBlFG. 8 723, JW. **08** 12, R. **08** II 14, 23. Das Aufgebotsverfahren hat nur zum Ziele, die gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen festzustellen, die sich auf das erlassene öffentliche Aufgebot hin nicht gemeldet haben (Mot. zu § 775 aF., Gaupp-Stein Anm. II zu § 953). Nach § 946 hat nur die „Unterlassung der Anmeldung" die betreffenden Rechtsnachteile zur Folge. Derjenige, der sich auf das Aufgebot meldet, wird mit seinem Rechte nicht ausgeschlossen. Seine Rechte sind daher im Ausschlußurteile „vorzubehalten".

§ 1022. In einer PrJustMinVf. vom 24. Juli 1908 (JMBl. **08** 272) wird darauf hingewiesen, daß die Erledigung des Aufgebotsverfahrens betreffend ein auf den Inhaber lautendes Papier auch dann bekannt zu machen ist, wenn eine Zahlungssperre nicht angeordnet war, sofern nur das Aufgebot selbst bekannt gemacht war. Dies ergebe sich aus Entstehungsgeschichte und Zweck der Vorschrift.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. 1. Anwendbarkeit. a) OLG. **17** 210, R. **08** II 432 (Hamburg). Die Klausel „etwaige Differenzen durch Hamburger Arbitrage endgültig zu schlichten" enthält die Vereinbarung eines Schiedsgerichts, das nach Hamburger Gepflogenheit entscheiden soll. **b)** **RG.** R. **08** II 241. Lediglich daraus, daß in einem Bauvertrage nur Techniker — Architekten — zur Entscheidung der etwa

entstehenden Streitigkeiten berufen sind, ist nicht zu folgern, daß nur ein Schiedsgutachtensvertrag, kein Schiedsvertrag gewollt sei.

2. Anwendbarkeit verneint. R. **08** II 208 (Hamburg). Der Spruch eines Ehrengerichts, durch welchen Mitglieder eines Vereins ausgeschlossen werden, ist kein Schiedsspruch, da er keine zwischen dem Verein und den betreffenden Mitgliedern entstandene Rechtsstreitigkeit entscheidet, sondern ein von dem berufenen Vereinsorgane vorgenommener Verwaltungsakt.

3. Schiedsgutachten. a) **RG. 67** 71, JW. **08** 16. Ein Vertrag, der dem „Schiedsrichter" nicht die Entscheidung selbst, sondern nur die Feststellung der Elemente der Entscheidung, Feststellung der Werte bestimmter Vermögensmassen zwecks Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern, überträgt, ist kein gültiger Schiedsvertrag. Auch wenn dem ordentlichen Richter nach Feststellung dieser Elemente nur die Feststellung der Endsumme durch Urteil übrig bleibt, fehlt dem Schiedsvertrage die wesentliche Voraussetzung der ganzen oder teilweisen Erschöpfung des Rechtsstreits durch einen dem Urteile des ordentlichen Richters gleichen Spruch. b) **RG.** R. **08** II 23. Ist in einem Vertrage, der sich in der Hauptsache als Schiedsgutachtensvertrag und nicht als Schiedsvertrag darstellt, bestimmt, daß der „Schiedsspruch" auch über die Kosten des Verfahrens entscheiden soll, so ist es zulässig, insoweit einen Schiedsvertrag anzunehmen, in dem die Parteien einen hinsichtlich dieser Kosten herrschenden Streit durch Schiedsspruch haben erledigen wollen (**RG. 19** 406, **30** 353). c) OLG. **17** 210 (KG.). Sollen nach dem Vertrage „Streitigkeiten über den Sinn und die sachgemäße Auslegung der Bestimmungen des Vertrags durch ein Schiedsgericht entschieden werden, dessen Spruch unter Ausschluß des Rechtswegs bindend ist", so liegt kein Schiedsvertrag im Sinne der §§ 1025 ff. vor, da die „Schiedsrichter" nur Vorfragen, nicht Rechtsstreitigkeiten entscheiden sollen. Der Ausspruch der Arbitratoren würde zwar für das Gericht maßgebend sein können (GruchotsBeitr. **30** 1026), nicht aber den Rechtsweg ausschließen (**RG.** JW. **01** 304).

4. **RG.** SeuffA. **63** 120, JW. **08** 18 = R. **07** II 1543 (s. JDR. **6** §§ 1025 ff. Ziff. 7) Zuständigkeit des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die Gültigkeit des Schiedsvertrags, wenn die Parteien diese Frage ausdrücklich dem Schiedsgericht unterbreitet haben.

5. OLG. **17** 208 (Celle). Hat nach dem Schiedsvertrage die eine Partei die Wahl zwischen mehreren Schiedsgerichten, so muß die andere Partei, wenn sie das Schiedsgericht anrufen will, bei Weigerung des Gegners diesen zunächst auf Ausübung des Wahlrechts verklagen. Ein Übergang des Wahlrechts gemäß § 264 Abs. 2 BGB. kommt nicht in Frage.

§ 1025. R. **08** II 242 (Frankfurt). Die lediglich zwischen Hauptschuldner und Gläubiger nach Abschluß des Bürgschaftsvertrags getroffene Vereinbarung eines Schiedsgerichts ist für und gegen den Bürgen unwirksam, da die Kontrahenten des Schiedsvertrags nicht berechtigt waren, über die Rechte und Pflichten des Bürgen einen Vergleich zu schließen.

§ 1026. 1. **RG.** JW. **08** 458. Ein Schiedsvertrag „für alle Streitigkeiten aus der Geschäftsverbindung" würde, weil nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis bezüglich, nichtig sein.

2. R. **08** II 572 (Hamburg). Ein Streit über die Ausführung des Schiedsspruchs unterliegt mangels abweichender Vereinbarung an sich dem ordentlichen Verfahren.

§ 1028. HansGZ. **08** Beibl. 300 (Hamburg). Die Bestimmung der Schiedsrichter kann auch durch eine der beiden Parteien erfolgen (**RG. 26** 374, Gaupp-Stein Anm. zu § 1028).

§ 1029. OLG. **17** 213, HansGZ. **08** Beibl. 52, R. **08** II 23 (Hamburg). Die Ernennung des Schiedsrichters innerhalb der einwöchigen Frist des § 1029 ist keine Prozeßhandlung im Sinne der §§ 230, 231, welche bis zur richterlichen Entscheidung

nachgeholt werden könnte, sondern die Erfüllung des Schiedsvertrags, deren Möglichkeit mit dem Ablaufe der Frist verloren ist (**RG. 45** 385). Es steht jedoch nichts im Wege, daß das Gericht seinerseits die verspätet benannte Person zum Schiedsrichter ernennt.

§ 1031. OLG. **17** 214 HansGZ. **08** Beibl. 99 (Hamburg). Fällt ein vom Gerichte gemäß § 1029 Abs. 2 ernannter Schiedsrichter fort, so hat das Gericht ohne weiteres einen anderen Schiedsrichter zu ernennen. Das Recht der Partei, an deren Stelle das Gericht den Schiedsrichter ernannt hatte, ihrerseits einen Schiedsrichter zu ernennen, lebt nicht wieder auf. Anders beiläufig **RG.** JW. **88** 17, dagegen **RG.** SeuffA. (nF.) **16** Ziff. 162.

§ 1032. 1. SeuffA. **63** 120 (Hamburg). Ablehnung eines Schiedsrichters, der auf Antrag einer Partei sich mit ihr allein besprochen und ohne Zuziehung der Gegenpartei das Streitobjekt dabei besichtigt hat, ist für begründet erachtet.

2. Abs. 2. OLG. **17** 209 (Hamburg). „Ungebührlich" ist die Verzögerung, wenn sie objektiv über das Maß hinausgeht, das die Parteien sich billigerweise gefallen lassen müssen. So: sechsmonatige Abwesenheit auch im Vorbereitungsverfahren, wenn keine Anordnungen für einen Fortgang des Verfahrens getroffen sind.

3. OLG. **17** 208 (Hamburg). § 1032 verweist nur bezüglich der Ablehnungsgründe auf die Vorschriften über Ablehnung eines Richters. Dagegen sind diese Bestimmungen nicht auch hinsichtlich der Form für das Ablehnungsgesuch (§§ 44 Abs. 1, 78 Abs. 2) für anwendbar erklärt. Ein beim Landgericht anzubringendes Ablehnungsgesuch (§ 1045) unterliegt daher dem Anwaltszwange (§ 78 Abs. 1).

4. **a) RG.** R. **08** II 102. Die Vorschriften über das Verfahren und die Entscheidung im Falle der Ablehnung eines Richters (§§ 44 ff.) finden auf das schiedsgerichtliche Verfahren keine Anwendung (**RG. 13** 351). Die Ablehnung eines Schiedsrichters zwingt diesen daher nicht, das Verfahren zu unterbrechen. **b)** OLG. **17** 214 (KG.). Die Ablehnung eines vom Gerichte gemäß § 1029 Abs. 2 ernannten Schiedsrichters wegen Befangenheit kann nicht im Wege der Beschwerde gegen den Ernennungsbeschluß, sondern nur in einem besonderen, bei dem Gericht erster Instanz anhängig zu machenden Verfahren erfolgen.

§ 1033. OLG. **17** 212 (Breslau). § 1033 Ziff. 1 ist als Ausnahmevorschrift nicht ausdehnend auszulegen. Sie greift daher nicht Platz, wenn nicht ein im Schiedsvertrage bestimmter Schiedsrichter die Übernahme des Schiedsrichteramts verweigert, sondern diejenige Instanz, der die Ernennung übertragen ist, diese Ernennung ablehnt. Im letzteren Falle wird nicht der Schiedsvertrag unwirksam, sondern greift § 1029 Abs. 2 — Ernennung durch das zuständige Gericht — Platz.

§ 1034. RG. R. **08** II 343. Schiedsrichter können auch Zwischenentscheidungen gemäß § 303 erlassen. Jedoch müssen auch diese, da sie einen Teil der Gesamtentscheidung ausmachen, zugestellt und niedergelegt werden. Unentschieden bleibt, wann dies geschehen muß, und ob die Schiedsrichter an solche Entscheidungen für das weitere Verfahren gebunden sind.

§ 1039. RG. SeuffA. **63** 120, JW. **08** 17, R. **08** II 24. Selbst wenn im einzelnen Falle feststeht, daß der Schiedsspruch nicht an dem Tage abgefaßt ist, den er selbst als den Tag der Abfassung angibt, so ist hierin ein wesentlicher Verstoß dann nicht zu finden, wenn durch diese Unrichtigkeit die Überzeugung nicht erschüttert wird, daß der Schiedsspruch genau so, wie beschlossen, niedergeschrieben worden und das Verfahren auch im übrigen ein rechtmäßiges gewesen ist.

2. **RG.** JW. **08** 490. In der zuzustellenden Urteilsausfertigung genügt einmalige Originalunterschrift der Schiedsrichter, sofern im übrigen die Übereinstimmung dieses Schriftstücks mit der Urschrift feststeht.

3. **RG.** R. **08** II 633. Während bei der Zustellung und Hinterlegung die Vornahme durch einen Teil der Schiedsrichter genügt, wenn sie nur hierbei zugleich

im Auftrage der übrigen handeln (**RG. 37** 413), müssen doch stets der Schiedsspruch selbst und seine Ausfertigungen von allen Schiedsrichtern unterzeichnet sein. Stirbt ein Schiedsrichter nach Unterzeichnung der Urschrift, aber vor Unterzeichnung der Ausfertigung, so ist die Zustellung einer nur von den übrigen Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung und überhaupt das weitere Verfahren unzulässig. Die Entsch. des OLG. Colmar, ElsLothJZ. **07** 574 (JDR. **6** § 1039), wurde bestätigt.

§ 1041. 1. **RG.** JW. **08** 15. Durch die Aufhebung eines fehlerhaften Schiedsspruchs wird das schiedsrichterliche Verfahren nicht von neuem eröffnet. Der Streit unterliegt alsdann der gerichtlichen Entscheidung.

2. (§ 1042.) **a) RG.** R. **08** II 308. Eine schiedsrichterliche Entscheidung, die nur den Charakter eines Zwischenurteils im Sinne des § 303 hat, stellt erst zusammen mit der Endentscheidung einen „Schiedsspruch" dar, kann deshalb für sich allein nicht Gegenstand der Anfechtung und des Vollstreckungsurteils sein. **b) RG. 68** 182, Solange nicht der Schiedsspruch auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts (§ 1045) niedergelegt ist, fehlt es an einer von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzung für die Aufhebungsklage aus § 1041 und die Vollstreckungsklage aus § 1042 ZPO. (**RG. 5** 401, **30** 354, **49** 409, JW. **03** 27).

3. Ziff. 4. **RG.** R. **08** II 432. Das rechtliche Gehör ist genügend gewahrt, wenn der Beklagte schriftlich zur Sachäußerung aufgefordert ist. Beanstandet er daraufhin lediglich die Zulässigkeit des Schiedsgerichts oder einen Schiedsrichter, so bedarf es keiner wiederholten Aufforderung, sich zur Hauptsache zu erklären, wenn der Beklagte sich nicht ausdrücklich weitere Sacheinwendungen vorbehalten hat.

4. Ziff. 5. **RG. 68** 182, JW. **08** 341, R. **08** II 343. Im Schiedsspruche kann auf Gründe eines früheren, den Parteien mitgeteilten Spruches Bezug genommen werden, auch wenn dieser Spruch mangels ordnungsmäßiger Zustellung und Niederlegung an sich unwirksam geblieben ist.

5. Abs. 2. **RG.** R. **08** II 102. Eine Vereinbarung im Sinne des § 1041 Abs. 2 kann in der Vertragsbestimmung gefunden werden, daß gegen den Schiedsspruch keine der Parteien irgendwelche Einwendungen geltend machen könne und daß beide Parteien sich im voraus dem Schiedsspruch unterwerfen.

§ 1042. 1. Thiesing, JW. **08** 441. Zweck des Vollstreckungsurteils ist nicht nur die Ermöglichung einer Zwangsvollstreckung, sondern ferner auch die Anerkennung des Schiedsspruchs und seiner Unanfechtbarkeit durch richterliche Feststellung. Der Erlaß eines Vollstreckungsurteils ist deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schiedsspruch einer Vollstreckung im eigentlichen Sinne nicht fähig ist (vgl. **RG. 16** 420). Es kann daher die Frage nicht aufgeworfen werden, ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben habe. § 93 ZPO. greift also niemals Platz.

2. OLG. **17** 117, R. **08** II 400 (Celle). Der im Schiedsverfahren obsiegende Teil kann nach § 1042 den Erlaß eines Vollstreckungsurteils betreiben, ohne daß er abwarten müßte, ob der unterlegene Teil dem Schiedsspruche freiwillig nachkommt. Dieses Recht hat er sogar (**RG. 16** 422), wenn der Schiedsspruch überhaupt keine der Vollstreckung fähige Entscheidung trifft, z. B. bei Feststellungsansprüchen. Hier hat das Vollstreckungsurteil die wichtige Funktion, den Schiedsspruch gemäß § 1043 gegenüber späterer Geltendmachung von Aufhebungsgründen sicherzustellen. In dem Verfahren betreffend Erlaß eines Vollstreckungsurteils ist somit für Anwendung des § 93 ZPO. kein Platz.

3. **RG.** R. **08** II 377. Ist im Schiedsspruche der Anspruch „nebst Zinsen vom . . ." zugesprochen, so kann im Vollstreckungsurteile der Zinssatz eingesetzt werden, wenn feststeht, daß die Schiedsrichter eine ziffernmäßige Bezeichnung des gesetzlichen Zinsfußes für entbehrlich hielten.

4. Einwendungen. a) **RG.** R. **08** II 343. Im Verfahren auf Vollstreckbarkeitserklärung kann geltend gemacht werden, der Schiedsspruch sei durch nachträgliche Einigung der Parteien außer Kraft gesetzt worden. b) SchlHolstAnz. **08** 296 (Kiel). Ist in einem Beschluß über die Ernennung eines Schiedsrichters zugleich über das vom Antragsgegner bestrittene Nochbestehen des Schiedsvertrags (§§ 1045, 1033) rechtskräftig entschieden, so ist in dem Verfahren über den Erlaß des Vollstreckungsurteils (§ 1042) der Einwand des Beklagten, das Schiedsverfahren sei unzulässig gewesen (§ 1041 Ziff. 1), nicht mehr zulässig. c) OLG. **17** 215, HansGZ. **07** Beibl. 203 (Hamburg), (s. JDR. **6** § 1042 Ziff. 1 a). Zulässigkeit von Einwendungen, welche nach Erlaß des Schiedsspruch erlassen sind und den Anspruch selbst betreffen, im Verfahren betreffend Erlaß des Vollstreckungsurteils.

5. **RG.** R. **08** II 432. Ist die Vollstreckungsklage wegen nicht ordnungsmäßiger Beendigung des Schiedsverfahrens oder fehlenden rechtlichen Gehörs abgewiesen, so ist die Sache nicht auf dem ordentlichen Rechtswege weiter zu verfolgen, sondern die ordnungsmäßige Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens herbeizuführen (vgl. jedoch zu § 1041 Ziff. 1).

6. SeuffA. **63** 123 (Hamburg). Zur Festsetzung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens ist das Schiedsgericht selbst, nicht das ordentliche Gericht zuständig. Ebenso Struckmann-Koch (8) § 1040 Nr. 2, Seuffert (9) § 1042 Nr. 1.

§ 1045. 1. **RG.** R. **08** II 343. Ein „schriftlicher“ Schiedsvertrag muß den Erfordernissen des § 126 BGB. genügen. Abschluß durch Briefwechsel genügt nicht.

2. OLG. **17** 216 (Hamburg). Die Vereinbarung eines zuständigen Gerichts (§ 1045) kann auch in einem nachträglichen, den Schiedsvertrag vervollständigenden Abkommen, auch noch während des Schiedsverfahrens erfolgen.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Die Behandlung der Bestandteile und des Zubehörs (§§ 20, 37, 55, 65, 90), die Teilungsstreitigkeiten (§ 115), die Zwangsverwaltung und die Mietzinsen (§§ 57, 146 ff.) und die Teilungszwangsversteigerung (§§ 180 ff.) geben noch immer besonders vielen Anlaß zu Erörterungen. Neue Fragen machen sich immer wieder geltend. Vgl. §§ 10 Ziff. 3, 93 Ziff. 1, 15 Ziff. 1, 16 Ziff. 4, 44 Ziff. 1, 94, 107 Ziff. 5, 180 Ziff. 2. S. auch die Vorbemerkungen vor §§ 71, 85, 107. — 2. Von den unten mitgeteilten Entscheidungen ohne Belegstellen, die mit ⇛ . . . . . Red. ⇚ bezeichnet sind, liegen, soviel bekannt, bisher Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Auf die schon in früheren Bänden dieses Jahrbuchs angegebenen Entscheidungen, die neuerdings in anderen Zeitschriften erwähnt sind, war nur ausnahmsweise unten zurückzukommen. — 4. Die Abkürzung „ZwV.“ bedeutet unten überall „Zwangsversteigerung“, „ZwVerw.“ dagegen „Zwangsverwaltung“. — 5. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG. — 6. Ortsnamen ohne Beisatz bedeuten das dortige Oberlandesgericht. — 7. Ausnahmsweise war zur Vorsorge auf Veröffentlichungen des Jahres 1909 vorzugreifen. — 8. Bei einzelnen angeführten Entscheidungen des RG. ist deren nur teilweise in den Zeitschriften abgedruckter Inhalt aus den Urschriften ergänzt.

Literatur: Bauer, Verzeichnis badischer Entscheidungen, Ministerialerlasse, Abhandlungen über Urkunden . . . ZwVsachen rc. Breisach 1908. — Drescher, Die ZwV. zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft an einem Grundstücke. Stuttgart 1908. (S. unten zu §§ 180 ff.) — Fromm, Das Zubehör in der ZwV. eines Grundstücks. München 1908. (S. unten Einzelhinweise.) — Köhler, Handbuch für die Praxis bei den Ge-

richten und für den Anwalts- und Notariatsdienst (einschließlich des ZwV.- und ZwVerw.-Verfahrens) (3). München 1907. — Kretzschmar, ZBlFG. 08 523, Besprechung verschiedener schon in JDR. 6 erwähnter Entscheidungen für ZwVsachen. — Sohm, Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage. Diss. Leipzig 1908. (Bezieht sich zum Teil auch auf das ZVG.)

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 2. 1. ⇛ **RG.** 6. 5. 08. Vor Erlangung eines Vollstreckungstitels kann der Antrag auf Bestellung eines gemeinschaftlichen ZwVgerichts nicht gestellt werden. Red. ⇚

2. ⇛ **RG.** 2. 11. 08 ordnet vor Beschlußfassung die Vorlage der Steuerbücherauszüge an. Red. ⇚

§ 3. Unrichtige Zustellungen s. § 41 Ziff. 1, 2.

§ 9. Pfändungsgläubiger § 115 Ziff. 20, 21, § 128 Ziff. 1, Jagdpächter § 21 Ziff. 2, Instleute ɹc. nicht beteiligt § 59 Ziff. 1, Verwendungen § 10 Ziff. 1, § 93 Ziff. 1, Gemeinschuldner § 97 Ziff. 1, Maschinenverkäufer § 152 Ziff. 1, Verzicht auf das Grundstück § 15 Ziff. 1.

§ 10. 1. **RG.** SeuffBl. **08** 176. Der Bereicherungsanspruch des Klägers gegen den Hypothekgläubiger und Ersteher war darauf gestützt, daß der Kläger nach Vereinbarung mit dem Beklagten zur Abwendung der Subhastation 3000 M. für Zahlung von Baukosten und Hypothekzinsen der Subhastation vergeblich geliehen habe. Die Klage war abzuweisen, weil die nach § 812 nötigen unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Streitsteilen nicht bestanden haben, auch die Vereinbarung nicht bindend gewesen ist.

2. **RG.** SeuffA. **63** 254, R. **08** II 279. Während der ZwVerw. hatte der Beklagte mit Bewilligung des Vollstreckungsgerichts 130 000 M. auf den Ausbau des Grundstücks verwendet. Davon erhielt er 8901 M. aus den Erträgnissen der ZwVerw., 121 099 M. aus dem ZwVerlöse. Die Klagen ausfallender Hypothekgläubiger hingegen wurden abgewiesen, vom RG. mit folgender Begründung: Notwendig verwendet sind solche Ausgaben, die zur Verhütung des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache nötig waren. Sie fallen daher unter den Begriff: „Ausgaben zur Erhaltung". Da § 10 Ziff. 1 neben diesen auch den nötigen Verbesserungen des unter ZwVerw. stehenden Grundstücks das Vorzugsrecht gewährt, so sind unter den letzteren solche eine Verbesserung herbeiführende Ausgaben zu verstehen, deren Aufwendung erforderlich ist, um den Zweck der ZwVerw., der nicht nur auf die Erhaltung des Grundstücks im wirtschaftlichen Zustande, sondern auch darauf gerichtet ist, daß das Grundstück für die Beteiligten in angemessener Weise Nutzungen bringt, gehörig zu erreichen. Welche Ausgaben hierzu gerechnet werden müssen, unterliegt der tatsächlichen Beurteilung nach Lage des einzelnen Falles. Von diesen Gesichtspunkten aus kann nicht ein rechtlicher Verstoß darin gefunden werden, daß der Berufungsrichter die Ausgaben zum Ausbaue der unvollendeten Baulichkeiten als nötige Verbesserungen erachtet hat.

3. Wolff, Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse, LeipzZ. **08** 36 (114). Der Verwendungsanspruch des § 1003 BGB. ist ein Recht am Grundstücke, welches nach § 10 Nr. 4 in der ZwV. zu berücksichtigen ist und daher nach § 47 KO. im Konkurs als Absonderungsrecht gilt und zwar mit dem sich aus seiner Entstehungszeit ergebenden Range. Wollte man dies nicht anerkennen, so würde der Verwendungsgläubiger etwa nur eine bloße Konkursforderung und in der ZwV. im Hinblick auf § 93 Abs. 2 vielleicht gar kein Recht haben (vgl. § 93 Ziff. 1).

4. SächsRpflA. **08** 247 (LG. Freiberg). In Sachsen fallen die von einem gemeindlichen Elektrizitätswerk erhobenen Abgaben nicht unter § 10 Ziff. 3.

5. OLG. **16** 163 (KG.). Preußische öffentlich-rechtliche Lasten (z. B. der hohe Schulkostenbeitrag eines Gutsbezirkes) dürfen weder freiwillig noch zwangsweise im Grundbuch eingetragen werden, sie gehen trotzdem nach § 10 Ziff. 3 anderen Posten vor.

6. PosMSchr. **08** 41 (Posen). Rückständige, gehörig veranlagte, gesetzliche Straßenanliegerbeiträge sind öffentliche Lasten im Sinne des § 10 Ziff. 3 ZVG., § 4 EGZVG., Art. 1 Abs. 2 AGZVG., auch wenn es sich um eine sog. Unternehmerstraße handelt, worüber zum Teil die Stadt Straßenbauverträge abgeschlossen hat. Ob eine rechtswirksame Veranlagung vorliegt, ist im Rechtswege nachzuprüfen, nicht aber, ob die Veranlagung richtig war. Rechtswirksam ist diese Veranlagung auch dann, wenn sie durch bloßes Schreiben des Bürgermeisters unter Beifügung der zur Nachprüfung des berechneten Betrags erforderlichen Angaben geschah. Formlose Zustellung genügt hierbei, sie kann an den in Gütergemeinschaft lebenden Ehemann allein erfolgen. Es besteht kein gesetzlicher Anhalt dafür, daß die Veranlagung erst nach völliger Fertigstellung der Straße erfolgen dürfe (s. Ziff. 10).

7. BadRpr. **08** 47 (BadJustMin.). Die nach § 69 der neuen bad. Gemeinde- u. StädteO. bestimmten Besitzern für die ihnen hauptsächlich zugute kommenden gemeindlichen Veranstaltungen auferlegten Beiträge können durch Sicherungshypothek geschützt werden. Soweit sie eine dauernde Wertserhöhung zur Folge haben, können sie als öffentliche Lasten auf die betreffenden Grundstücke umgelegt werden, und sie sind vor Festsetzung des geringsten Gebots vom Vollstreckungsnotar durch Einsicht der Lastenverzeichnisse festzustellen.

8. BadNotZ. **08** 28 bespricht die zwischen Bornschein und Buch in der BadVerwZ. **07** 257, 361 erörterte Streitfrage, ob in Baden der Ersteher für die vor der Zuschlagserteilung fällig gewordenen, im geringsten Gebote versehentlich nicht berücksichtigten Straßenbeizugskosten hafte, und neigt sich mehr der bejahenden Buchschen Ansicht zu.

9. Friedrich, ZBlFG. **9** 142. Gegen Schreiber, SächsA. **13** 330, und Kloß, Landesprivatrecht 168, ist anzunehmen, daß in Sachsen die Eintragung von Sicherungshypotheken für Straßen- und Schleusen-Baukosten auch nach dem 1. Januar 1900 noch zulässig sei. Das **RG.** ZBlFG. **6** 814 hat über die Frage nicht entschieden.

10. KGJ. **34** A 275 (KG.). Die Verpflichtungen, die ein Grundstückseigentümer durch Vertrag mit einer Stadtgemeinde als Gegenleistung dafür übernimmt, daß die Stadtgemeinde ihm die Errichtung eines Wohngebäudes an einer noch nicht für den öffentlichen Verkehr fertig hergestellten Straße gestattet, sind keine gemeinen Lasten. Zu ihrer Sicherung kann ein Pfandrecht an einer Eigentümergrundschuld im Grundbuch eingetragen werden. (Im Gegensatze hierzu sind die nach §§ 15 u. 12 Abs. 2 PrG. vom 2. Juli 1875 und Ortsstatuten begründeten Straßenanliegerverpflichtungen, wenn auch erstere zugleich vertragsmäßig übernommen werden, gemeine Lasten.) S. oben Ziff. 6.

11. Fröhlich, R. **08** 807. Die Anwaltskammer Cöln hat sich dahin geäußert, daß der Anwalt berechtigt ist, in ZwVsachen eine Empfangsgebühr nach § 87 RAGebO. zu berechnen, die aber nicht aus dem Versteigerungserlöse zu entnehmen ist. — Für einen ohne Prozeß zur Abschneidung eines ZwVerfahrens abgeschlossenen Vergleich, z. B. über Aufrechnung, wird dem Anwalte die Vergleichsgebühr nach § 13 Ziff. 3 RAGebO. zustehen. Ein Vergleich in der ZwV. ist dies nicht. Von einem solchen kann nur in den seltenen Fällen die Rede sein, wo etwa ZwVstreitigkeiten, die im Beschwerdeverfahren zu erledigen wären, verglichen werde. Derartige Vergleichsabschlüsse werden nach § 23 Ziff. 2 mit § 13 RAGebO. dem Anwalte zu vergüten sein.

12. SächsRpflA. **08** 441 (LG. Zwickau). Das Grundstück haftet für die Kosten des gegen den Ehemann der Eigentümerin wegen Duldung der Zwangsvollstreckung geführten Rechtsstreits.

13. SächsRpflA. **08** 468 (Dresden). Der klagende Verwalter des mit einer eingetragenen Schankgerechtigkeit ausgestatteten, zwangsversteigerten Grundstücks hat gegen den Zwangsverwalter einen Anspruch auf Fortgewährung der ihm vom Subhastaten zugesicherten Bezüge überhaupt nicht erlangt, weil dieser in den Dienstvertrag nicht eingetreten ist und daher keine Verpflichtung hatte, jene Bezüge aus den von ihm gezogenen Grundstücksnutzungen zu befriedigen. Der Zwangsverwalter hat auch keine Kündigungspflicht aus dem ihn nichts angehenden Vertrag. Ebensowenig waren diese Ansprüche nach § 10 Ziff. 2 verbunden mit § 155 aus den Überschüssen der ZwVerw. zu decken. Erstere Gesetzesstelle bevorzugt nur land- oder forstwirtschaftliche Bedienstete. Der Eintrag der Schankgerechtigkeit in Abt. I des Grundbuchs ändert hieran nichts, auch nicht nach den betreffenden sächsischen Ausführungsgesetzen. Aus gleichen Gründen kann der Kläger auch aus der ZwV.-masse nichts beanspruchen.

14. a) Müller, PrVerwBl. **29** 310, ist der Ansicht, daß das Vollstreckungsgericht die Reisekosten eines Gemeinderendanten, der im Verteilungstermine rückständige Gebäudesteuerzuschläge in Empfang nahm, mit Recht gestrichen hat, weil Postzusendung des Betrags der billigste Weg gewesen sei. b) Ähnlich Wegner aaO. **30** 47, der hinsichtlich der Kosten der Reise eines Rendanten zum Versteigerungstermine für entscheidend hält, ob die Vertretung durch einen am Gerichtssitze wohnenden Anwalt nicht weniger gekostet hätte.

15. Schlesinger, MecklZ. **26** 197. In Mecklenburg sind die Kehrlöhne der Schornsteinfeger Leistungen, die auf Grund eines privatrechtlichen Titels geschuldet werden, nicht öffentliche Lasten. Soll ihnen das Vorrecht aus Ziff. 3 des § 10 beigelegt werden, so ist es notwendig, die Stellung der Schornsteinfeger zu den Hausbesitzern derart zu ändern, daß sie als vom öffentlichen Rechte beherrscht anzusehen ist.

16. Zinsablösung § 12 Ziff. 1, bewilligte Hypothek § 22 Ziff. 2, Kostenwesen §§ 27 Ziff. 2, 109, 58, 118 Ziff. 1, 114, Servitutanlage § 44 Ziff. 1, persönlicher Titel § 44 Ziff. 2 u. 3, sächs. Grundsteuer § 56 Ziff. 2, Verwendungen §§ 93 Ziff. 1, 146 Ziff. 6, 154 Ziff. 1, Annuitäten- und Amortisationshypotheken § 50 Ziff. 2, 4, § 107 Ziff. 2, Pfändungsgläubiger § 115 Ziff. 20, 21, vereinbarte Rangordnung § 155 Ziff. 1, zinslose Hypothek § 155 Ziff. 2, Reallast § 115 Ziff. 22.

§ 11. Rang des Jagdpachtrechts § 21 Ziff. 2.

§ 12. 1. BreslauAK. **08** 4 (Breslau). Die Klägerin A. hatte für ihre Hypothekzinsen vollstreckbares Urteil erwirkt und Mieten dafür gepfändet. Der beklagte Hypothekgläubiger B. löste die Zinsforderung der A. nach §§ 268, 1150 BGB. gegen Abtretung der klägerischen Rechte ab. Er zog dann die Mietzinsen ein, rechnete damit gegen andere Forderungen des Schuldners auf und meldete die vollen ihm übertragenen Hypothekzinsen zum Verteilungsverfahren an. Sie wurden ihm aber im Verteilungsstreit abgesprochen, weil er sein an sich bestehendes Recht mißbraucht habe (§ 826 BGB.). Dagegen wurde die Klage des anderen Hypothekgläubigers C. gegen B. wegen seines Vorgehens abgewiesen, weil C. hierdurch nicht geschädigt worden sei.

2. Annuitäten- und Amortisationshypotheken § 50 Ziff. 2, 4 § 107 Ziff. 2.

§ 13. Sächs. Grundsteuer § 56 Ziff. 2, Beschlagnahme beider Arten § 151 Ziff. 1.

§ 14. Höchstbetragshypotheken gehören nicht hierher § 50 Ziff. 1, 5, § 115 Ziff. 12, Baugelderhypothek § 115 Ziff. 8.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. *Bendix, ABürgR. **32** 235, 236. Das Zeugnis des Grundbuchamts hat sich auch im Falle des § 928 BGB. auf die Bescheinigung zu beschränken, daß der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist, ohne kundzutun, daß er den Verzicht habe eintragen lassen. Der Verzicht hat aber die Wirkung, daß die Versteigerung nicht gegen den Verzichtenden persönlich, sondern gegen einen zu bestellenden Pfleger (§ 1913 BGB.) zu betreiben ist (§§ 771 ZPO., 37 Ziff. 5, 9 Ziff. 2, 28 ZVG.). Durch den Verzicht gemäß § 928 BGB. wird kein Recht begründet, das der ZwV. entgegensteht, durch die Verzichtseintragung wird auch kein Recht aus dem Grundbuch ersichtlich, das der Fortsetzung des Verfahrens (bei der Sicherungshypothek dem Beginn) entgegensteht (s. auch BGB. § 928 Ziff. 1).

2. Erinnerungen zuvor? §§ 95 Ziff. 1, 100 Ziff. 3, 180 Ziff. 1 u. 9, Ablehnung des Notars EG. § 13.

§ 16. 1. SeuffBl. **08** 205 (LG. München I). Bei altrechtlichen bayerischen Hypothekurkunden kann der Mangel eines Vollstreckungstitels auf Duldung des Mannes nur durch Duldungsurteil gegen diesen, nicht aber durch eine erteilte Vollstreckungsklausel, welche diese Duldung anordnet, geheilt werden. Dies gilt in der Regel auch bei eingetretenem Erbgang an Frauen, aber nicht bei neu entstandenem ehelichen Güterstande der ursprünglichen Schuldnerin (vgl. §§ 729, 769, 794, 795, 739, 742 ZPO.). ➸ Ähnlich BayObLG. **9** 83, SeuffBl. **08** 543. S. auch die Gegenausführungen Zeitlmanns, SeuffBl. **08** 498 und Ziff. 8 unten. Red. ⇷

2. Schmillen, DJZ. **08** 303, hält in Übereinstimmung mit einem Beschlusse des KG. vom 1. August 1907 die wiederholte Eintragung des Vollstreckbarkeitsvermerkes nach § 800 ZPO. trotz des § 874 BGB. im Falle nachträglicher abändernder Ergänzungsurkunden für notwendig und zulässig.

3. ZBlFG. **8** 558 (Colmar). Die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung ist bei Höchstbetragshypotheken nicht immer, z. B. dann nicht unstatthaft, wenn die Höchstbetragshypothek zur Sicherung bestimmter Rentenzahlungen dient.

4. Brückner, R. **08** 283. Der Richter muß dem Zessionar der vollstreckbaren Forderung auf sein Verlangen den Schuldtitel herausgeben. Gelangt dieser bis zur Erteilung des Zuschlags nicht wieder zu den Akten, so ist der Zuschlag zu versagen. Der Zessionar muß unter Bezugnahme auf die Unterlagen (Übertragung aller Rechte, Umschreibungsklausel und Zustellungsurkunden hierfür) in einem besonderen Antrage den Vollstreckungsrichter angehen, der nach Sachprüfung in Form eines Beschlusses den Eintritt des Zessionars in das (bis dahin fortgesetzte) Verfahren an Stelle des Zedenten ausspricht. Dieser Beschluß ist zwar seinem Wesen nach ein Beitrittsbeschluß, schöpft aber trotzdem seine Kraft nicht aus § 27, weil keine neue Beschlagnahme vorliegt. Der Beschluß wird in der Form eines gewöhnlichen Beitrittsbeschlusses erlassen unter Weglassung des Ausspruchs des Beschlagnahme. Er muß jedoch die Erklärung enthalten, daß der Beitritt nur mit der Maßgabe zugelassen wird, daß der Zessionar an die Stelle des Zedenten als betreibender Gläubiger wegen der Ansprüche von x Mark in das schwebende Verfahren eintritt.

5. R. **08** II 332 (Frankfurt). Der Hypothekgläubiger, der die Beschlagnahme nur für seine persönliche Forderung erwirkt, verliert dadurch (selbstverständlich) nicht seine Stellung als Hypothekgläubiger.

6. SächsOLG. **29** 186, R. **08** II 546 (Dresden). Die Zwangsvollstreckung in ein vom Konkursverwalter zur Masse gezogenes Grundstück des Gemeinschuldners erfordert einen gegen den Konkursverwalter erwirkten Schuldtitel.

7. BuschsZ. **38** 423 (Colmar). Der weiteren, nach § 568 Abs. 2 ZPO. zulässigen, Beschwerde des Schuldners gegen ZwVanordnung war stattzugeben, weil dem

vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusse, der ihr zugrunde lag, nachträglich die Bedingung der Sicherheitsleistung hinzugefügt worden war, der hinterlegte Sicherheitsbetrag nicht für die Kosten galt und ausreichte und der somit mangelhafte Beschluß auf ZwVanordnung nicht durch nachträgliche ausreichende Sicherheitsleistung rückwärts geheilt werden konnte.

8. KGBl. **08** 98 (LG. I Berlin). Aus der Genehmigung des Ehemanns zur Unterwerfung seiner Frau unter die Zwangsvollstreckung folgt ohne weiteres seine Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in deren eingebrachtes Vermögen, und der Notar muß daher schon auf Grund solcher Genehmigung die Vollstreckungsklausel gegen den Ehemann auf Duldung erteilen (s. oben Ziff. 1).

9. OLG. **17** 335 (KG.). Dem Vollstreckungsgerichte steht kein Recht zur Nachprüfung zu, ob die Vollstreckungsklausel mit Recht gegen jemand erteilt ist, den der Notar oder der Vorsitzende als Rechtsnachfolger erachtet hat. ➠ Ähnlich nimmt LG. Altona, SchlHolstAnz. **08** 27, kein Nachprüfungsrecht des Vollstreckungsgerichts über die Frage an, ob der vollstreckbare Titel gegen die Ehefrau genügt, sofern die Eigenschaft des Grundstücks als eines eingebrachten oder zum Gesamtgute gehörigen sich nicht aus dem Grundbuch ergibt. Red. ⟵

10. NaumburgAK. **08** 55 (Naumburg) mißbilligt es, daß das LG. den Kostenfestsetzungsbeschluß gegen den dinglich Verurteilten mit dem Beisatz erließ, daß die Kosten nur aus dem Grundstücke zu zahlen seien. Im zugrunde liegenden Urteile stand diese Einschränkung nicht.

11. NaumburgAK. **08** 67 (LG. Magdeburg). D i n g l i c h e Vorausklage nach § 257 ZPO. ist unzulässig.

12. Kosten des Duldungsprozesses § 10 Ziff. 12, Formalien § 100 Ziff. 3, Schiffsversteigerung § 162.

§ 17. 1. HessRpflZ. **08** 125. Die Vorschrift des § 17 GBO. ist eine ausnahmslose. Der Antrag, der sich auf einen vollstreckbaren Schuldtitel bezieht, hat keinen Vorzug vor einem auf ein Rechtsgeschäft sich stützenden Antrage (z. B. auf Eintragung eines Eigentumsüberganges). Letzterer geht dem später eingegangenen ZwVantrag gegen den bisherigen Eigentümer vor.

2. PosMSchr. **08** 168 (Posen). Das ZwVverfahren gegen M. hatte schon vor seinem Tode begonnen, es konnte daher gemäß § 779 ZPO. auch in seinen Nachlaß fortgesetzt werden. Ein Erbenvertreter nach Abs. 2 das. ist bestellt. Es war zulässig, die Zwangsvollstreckung nunmehr statt in das Grundstück in den auf den Schuldner treffenden Teil des Versteigerungserlöses fortzusetzen.

3. Verzicht auf das Grundstück § 15 Ziff. 1.

§ 19. Aufklärungspflicht § 37 Ziff. 10, Beschwerde des Vollstreckungsgerichts § 146 Ziff. 2.

§ 20. 1. ➠ **RG.** 14. 11. 08. Der Hypothekgläubiger, der die vom Ofenfabrikanten v o r Beschlagnahme herausgerissenen Öfen auf seine Kosten hatte ersetzen lassen, konnte diese Kosten mit Erfolg gegen den Ofenfabrikanten einklagen. Red. ⟵

2. **RG.** R. **08** II 664. Der Hypothekgläubiger hat kein Recht darauf, daß die hypothekarische Sicherheit verbessert wird, er hat keinen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten, der eine mit Eigentumsvorbehalt des Verkäufers belastete Maschine kurz vor der ZwV. vom Grundstückseigentümer gekauft hat.

3. WürttRpflZ. **08** 631 (WürttVerwG.). Die auf Grund unvordenklicher Verjährung bestehenden Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer (z. B. die Wasserkraft) sind in Württemberg im Zweifelsfall öffentliche Rechte und in der Regel mit dem Grundstücke, dem die Nutzung dient, verbunden.

4. OLG. **17** 196 (München). Die gepfändeten Eisenbearbeitungswerkzeuge gehörten nicht zur Konkursmasse, aber die Hypothekgläubiger hatten nach § 47 KO. Absonderungsrechte darauf, und jene Sachen wurden mit zur ZwV. gebracht. Es

kann dahingestellt bleiben, ob schon aus dem Grunde, daß der Ersteher die Gegenstände mit erworben hat, dem Gemeinschuldner kein Klagerecht auf sie gegen den Konkursverwalter zusteht, jedenfalls ist der Klagegrund, den er auf seinen Notbedarf (§ 811 Ziff. 5 ZPO.) stützt, hinfällig, denn diese Gesetzesstelle ist gegenüber Grundstückszubehörstücken und bei Großgewerbsbetrieb, wie er hier vorliegt, nicht anwendbar.

5. *Fromm, Zubehör in der ZwV. eines Grundstücks (München 1908). a) Da bis zur Anlegung des Grundbuchs für den Umfang der Erstreckung der Hypothek auf andere Gegenstände als das Grundstück selbst die alten partikularrechtlichen Normen maßgebend bleiben, muß auch das, was Zubehör ist, bis zu diesem Zeitpunkte nach ihnen beurteilt werden (20). b) Ist der Anteil eines Miteigentümers gemäß § 1114 BGB. mit einer Hypothek belastet, so haften die Zubehörstücke, die nicht wenigstens im Miteigentume dieses Miteigentümers stehen, dem Hypothekgläubiger überhaupt nicht. Es folgt dies daraus, daß das Zubehör nur dann dem dinglichen Rechte unterworfen wird, wenn es im Eigentume des Grundstückseigentümers, d. h. des dinglichen Schuldners steht (20). c) Von der Beschlagnahme werden die Zubehörstücke nicht ergriffen, die vor der Beschlagnahme veräußert und vom Grundstück entfernt worden sind (§ 1121 BGB.). Unter den Begriff der „Veräußerung" fallen obligatorische Rechtsgeschäfte nicht, auch von dinglichen ist darunter nur die Übertragung des Eigentums zu verstehen. Keine Rolle spielt, ob die Veräußerung nach wirtschaftlichen Grundsätzen gerechtfertigt ist oder nicht. Ebensowenig ist auf die Kenntnis des Erwerbers von der hypothekarischen Haftung Rücksicht zu nehmen, da der Hypothek die Bedeutung eines Veräußerungsverbots nicht zukommt. Dieselben rechtlichen Folgen, wie bei Veräußerungen durch den Eigentümer, treten auch beim Verkaufe von Zubehörstücken durch den Konkursverwalter ein, trotzdem die Hypothekgläubiger an diesen Gegenständen ein konkursmäßiges Absonderungsrecht haben (22). ➳ Vgl. aber **RG.** JW. **08** 518, 561 und § 23 Ziff. 2. Red. ⇠

6. S. im allgemeinen die §§ 37, 55, 90 ZVG., vorgängige Hypothekbewilligung § 22 Ziff. 2, Schutzwirkung § 23 Ziff. 4, Pfändungsrechte § 65 Ziff. 1, gefällte Bäume § 151 Ziff. 1, Schuldnerverfügungen, Pfändungen §§ 23, 24, Zurückschaffung von Zubehör § 152 Ziff. 2, über Bestandteile und Zubehör überhaupt s. §§ 93 ff. BGB.

§ 21. 1. SeuffBl. **08** 512 (Dresden). Wird der wirtschaftliche Betrieb eines Landguts aufgegeben, so bilden die vorhandenen wirtschaftlichen Erzeugnisse nicht mehr Zubehör des Grundstücks (§ 98 Ziff. 2 BGB.). Der gefährdete Gläubiger kann sich nur durch Herbeiführung der ZwVerw. nach §§ 1134, 1135 BGB. schützen.

2. Frommhold, Über das Jagdrecht, IheringsJ. **17** 211. Die Beschlagnahme des Grundstücks, auf dem Jagd ausgeübt wird, berührt das Recht des Jagdpächters nicht, doch unterliegt die Pachtzinsforderung der Beschlagnahme bei Anordnung einer ZwVerw. Der Jagdpächter ist auf Grund der Anmeldung seines Rechtes Beteiligter in dem Verfahren und hat als solcher Einfluß auf die Feststellung des geringsten Gebots, dagegen findet der § 57 keine Anwendung. Der Zuschlag berührt das Jagdrecht des Pächters nicht, der Ersteher des Grundstücks hat seine weitere Ausübung zu dulden. Handelt es sich um Zwangsvollstreckung in das mit einem Jagdrecht, als persönlicher Dienstbarkeit, belastete Grundstück, dann bestimmt sich das Rangverhältnis dieser Dienstbarkeit unter den übrigen dinglichen Rechten nach § 879 BGB. und § 11 ZVG. Sie wird, wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorangeht, bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt, wenngleich nicht in das Bargebot aufgenommen. ➳ Vgl. aber JW. **09** 48. Red. ⇠

3. Obligatorisches Fruchtbezugsrecht § 23 Ziff. 3, gefällte Bäume § 151 Ziff. 1.

§ 22. 1. **RG.** R. **08** II 659. Der Treuhänder, dem vom Grundstückseigentümer die Mieten zur Befriedigung der Gläubiger abgetreten sind, hat nach § 667 BGB. die noch nicht bezahlten Mietzinsforderungen zurückzuübertragen und das eingenommene, noch nicht bestimmungsmäßig verwendete Geld herauszugeben, wenn das Grundstück in der ZwV. beschlagnahmt wird und für diesen Fall das Abkommen sofort außer Kraft treten sollte.

2. OLG. **17** 352 (Celle). Ist die Eintragung einer Hypothek beim Grundbuchrichter beantragt, so geht sie, wenn vor der Eintragung die ZwV. eingeleitet wird dem Versteigerungsgläubiger vor (§ 878 BGB.).

3. Früherer Eingang einer Auflassung § 17 Ziff. 1.

§ 23. 1. *Fromm aaO. a) Nach § 13 Satz 2 KO. bleibt eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme und damit auch das Recht auf Befriedigung aus der Immobiliarmasse den Konkursgläubigern gegenüber wirksam. Daraus ergibt sich gemäß § 47 KO., daß der Beschlagnahmegläubiger, gleichviel, ob er dinglicher oder persönlicher Gläubiger ist, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung hat (27). b) Eine logische Konsequenz daraus, daß der Schuldner über einzelne bewegliche Sachen innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen kann, ist, daß guter Glaube des Dritterwerbers auch dann anzunehmen ist, wenn er — nicht grobfahrlässig — der Meinung war, der Schuldner habe sich bei der Verfügung innerhalb dieser ihm zustehenden Verfügungsmacht gehalten (30).

2. SeuffA. **63** 339 (München). Wenn auch zur Entfernung von Zubehörstücken innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft der Konkursverwalter, der an Stelle des Gemeinschuldners dessen wirtschaftliche Tätigkeit fortsetzt, befugt sein mag und dadurch Pfandrechte gelöst werden können, so läßt sich doch nicht sagen, daß er innerhalb jener Grenzen handle, wenn er Pferd und Wagen veräußert, weil er sich nicht imstande sieht, den Geschäftsbetrieb des Gemeinschuldners fortzuführen. Der Erlös dafür war von ihm zugunsten der absonderungsberechtigten Hypothekgläubiger bereitzustellen, nicht zur Konkursmasse zu ziehen (s. oben § 20 Ziff. 5).

3. PosMSchr. **08** 27 (Königsberg). Der obligatorische Nutzungsberechtigte (§ 956 BGB.) kann nach Beschlagnahme des Grundstücks Früchte nicht mehr wirksam erwerben; denn sein Rechtsurheber, der Eigentümer, ist von da an zur Gestattung der Früchteaneignung nach § 20 nicht mehr befugt. Trotz der dem Eigentümer nach § 23 Abs. 1 Satz 2 gegebenen Befugnis darf er über den Früchteerlös nicht frei verfügen, muß ihn vielmehr zur Immobiliarmasse abliefern.

4. R. **08** II 622 (Frankfurt. Die Beschlagnahme schützt nach § 1124 BGB. (s. das. Ziff. 1) den Hypothekgläubiger nicht nur gegen Verfügungen zugunsten von Nichthypothekgläubigern, sondern auch gegen Verfügungen zugunsten von Hypothekgläubigern.

5. Beantragte Hypothekeintragung § 22 Ziff. 2, Begrenzung § 24, Zurückschaffung von Zubehör § 152 Ziff. 2.

§ 24. 1. *Fromm aaO. a) Während § 23 die Befugnis des Schuldners zu redlichen Verfügungen über die von der Beschlagnahme erfaßten Gegenstände regelt, wird durch § 24 die tatsächliche Verfügungsmacht des Schuldners begrenzt. Unter § 24 fallen aber auch Rechtsgeschäfte, nämlich solche, welche keine Verfügungen im Sinne des BGB. darstellen, so solche rein obligatorischer Natur (31). b) Im Falle der Pfändung von Zubehörstücken steht dem Beschlagnahmegläubiger neben den Einwendungen des § 766 ZPO. im Hinblick auf § 865 das. auch die Interventionsklage aus § 771 ZPO. auf Grund des durch die Beschlagnahme zu seinen Gunsten bewirkten Veräußerungsverbots zu. Er hat ferner die Möglichkeit, gegen den Pfändungsgläubiger die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse der gepfändeten Zubehörstücke nach § 805 ZPO. zu erheben (32). ➠ Die Klage wird aber nur auf Ablieferung zur ZwVmasse gehen können. Red. ←

2. Verzicht auf Beanstandung § 37 Ziff. 14 a.

§ 26. Veräußerung bei Teilungsversteigerung § 180 Ziff. 1.

§ 27. 1. *Fromm aaO. Der beitretende Gläubiger erhält mit der Erlassung des Beitrittsbeschlusses diejenige rechtliche Stellung zugewiesen, die ihm gebühren würde, wenn das anhängige Verfahren auf sein Verfahren eingeleitet worden wäre. Die Beschlagnahme wird demgemäß für ihn nicht erst mit der Zustellung des Beitrittsbeschlusses an den Schuldner wirksam.

2. R. **08** 463 (KG.). Der Beitretende haftet auch für die Kosten einer vor Zulassung seines Beitritts erfolgten Bekanntmachung und Abhaltung des Versteigerungstermins (§§ 133 Abs. 2 und 125 PrGKG.).

3. Eintritt des Zessionars § 16 Ziff. 4, Zurücknahme des Beitritts § 29 Ziff. 3, Erkundigung über Beitritt § 66 Ziff. 3, ungesetzlicher Beitritt kann unschädlich sein § 83 Ziff. 1.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. FrankfRundsch. **08** 87 (Frankfurt). Nach nassauischem Güterrechte haftet der Leibzüchter weitgehend für Schulden des verstorbenen Ehegatten, sogar mit privatem Vermögen. Nur die sog. Eigentumserben können, wenn auf Grund eines gegen den Leibzüchter erwirkten Schuldtitels privatives Grundvermögen ihres Erblassers mit der Zwangsvollstreckung angegriffen werden sollte, Widerspruch erheben.

2. Entgegenstehende Rechte des Miteigentümers § 180 Ziff. 12, des Anerben § 181 Ziff. 1, des Ehegatten § 83 Ziff. 2, gemeinschaftliche Höfe ꝛc. § 182 Ziff. 2, Verzicht auf das Grundstück § 15 Ziff. 1, Widerspruch und Vormerkung § 48 Ziff. 1 und 2, Nachlaßkonkurs § 175.

§ 29. 1. SächsRpflA. **08** 65 (LG. Bautzen). Nach § 24 Ziff. 1 SächsGKG. hat der Gläubiger die $^2/_{10}$ Gebühr auch dann zu entrichten, wenn er den Antrag auf ZwV. eines Grundstücks noch vor Zustellung des ersten Beschlusses, aber erst nach dessen Abfassung zurückzieht.

2. **RG.** SeuffA. **63** 376. Der Prozeßbevollmächtigte ist zum Abschluß eines Vergleichs im Zwangsvollstreckungsverfahren unter Umständen befugt.

3. JustdBl. **3** 22 (LG. München I). Nimmt ein Beitrittsgläubiger seinen Antrag zurück, so kann der Schuldner nicht eine Aufhebung des Verfahrens, „soweit es von diesem Beitrittsgläubiger betrieben wird", beantragen. Teilaufhebung ist unzulässig, es kann vielmehr die Aufhebung erst nach Erledigung aller Anträge erfolgen.

4. Zurücknahme hinsichtlich Zubehörs § 37 Ziff. 4, 5, 6, 14, Anbieten der vollstreckbaren Forderung § 75 Ziff. 1, Versteigerung trotz Zahlung § 100 Ziff. 1, Vergleich § 10 Ziff. 11.

§ 30. Einstweilige Freilassung von Zubehör § 37 Ziff. 5.

§ 31. Fortsetzung in Zubehör § 37 Ziff. 5.

§ 33. Verstoß hiergegen § 77, Zubehör § 37 Ziff. 14.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 37. 1. **RG. 67** 380, JW. **08** 204, R. **08** II 310. Im Zuschlagsbeschlusse hieß es: „Der Anspruch des X. (des jetzigen Klägers) auf Herausgabe des gesamten Hofinventars bleibt bestehen." LG. und OLG. wiesen die gegen den Ersteher auf Herausgabe dieses Zubehörs gerichtete Klage ab. Das RG. verwies die Sache zur Prüfung des Eigentumserwerbes des Klägers aus folgenden Gründen zurück: Der Wille des Vollstreckungsrichters ist, da der Zuschlagsbeschluß, unbeschadet seines

im übrigen von dem Urteile des Spruchrichters abweichenden Wesens, gleich diesem eine der Rechtskraft fähige Entscheidung darstellt (§§ 96, 108 Abs. 2, 116), für die Gestaltung der infolge des Zuschlags zwischen den Beteiligten eintretenden Rechtswirkungen unbedingt maßgebend, gleichviel, ob er etwa ungesetzlich ist. In diesem Falle konnte er angefochten werden. Wurde dies unterlassen, so ist seine nachträgliche Berichtigung mittels Rechtsstreits ausgeschlossen. Im gegebenen Falle kann den Vorderrichtern nicht zugegeben werden, daß das Zubehör dem Ersteher habe unbedingt zugeschlagen werden sollen und nur ein — nach **RG. 39** 293, JW. **01** 467 unwirksamer — Vorbehalt gemacht sei. Vielmehr hat nach dem Sachverhalte der Vollstreckungsrichter das Fortbestehen des klägerischen Herausgabeanspruchs ebenso gewollt wie das Fortbestehen der gegen den Ersteher wirksam bleibenden dinglichen Belastungen des Grundstücks.

2. OLG. **17** 353, SächsRpflA. **08** 142 (Dresden). Die Kläger hatten sich an gelieferten Öfen das Eigentum vorbehalten. Diese sind ausdrücklich von der ZwV. ausgeschlossen worden, aber prozeßgerichtliche Einstellung der ZwV. in sie haben die Kläger trotz Fristverlängerung nicht erwirkt. Dagegen haben sie den Bereicherungsanspruch des Subhastaten gegen die beklagte Ersteherin pfänden und sich überweisen lassen. Der in erster Reihe auf Bewilligung der Wegnahme der Öfen gerichteten Klage wurde zwar nicht stattgegeben, aber teilweise ihrem Hilfsantrage mit folgender Begründung: Ohnerachtet ihres Eigentumsvorbehalts und des Vorbehalts im Zuschlagsbeschlusse steht den Klägern keinesfalls das Eigentum an den Öfen zu. Auch ein dingliches Wegnahmerecht nach § 951 Abs. 2 Satz 2 BGB. ist ihnen — aM. Kretzschmar u. a. — zu versagen. Hingegen ist der vorliegende rechtskräftige Zuschlagsbeschluß nach den Umständen dahin auszulegen, daß der Richter allen Beteiligten ihre etwaigen Rechte gegenüber der Ersteherin wahren wollte und dieser deshalb die persönliche Verpflichtung auferlegte, die Wegnahme der Öfen durch einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter zugunsten aller Beteiligten (der ausfallenden Hypothekgläubiger, des Grundstückseigentümers und der Kläger) zwecks ihrer Auseinandersetzung zu dulden. Wegen Gestattung längerer Fortbenutzung der Öfen durch die Mieter hat sich die beklagte Ersteherin die Erfüllung ihrer ursprünglichen Verpflichtung unmöglich gemacht. Sie hat nun statt dessen den Betrag (von 600 M.) bei Gericht für die Beteiligten zu hinterlegen, den die Bestandteile der Öfen beim Zuschlage des Grundstücks wert gewesen wären, wenn sie damals fortgenommen worden wären (s. auch BGB. § 951 Ziff. II 2). ➛ Ähnlich Dresden, SächsRpflA. **08** 169 in Ansehung einer Lokomobile. Dagegen bekämpft Liebe aaO. 177 derartige nach seiner Meinung zu Rechtsverwirrung führende Entscheidungen. S. auch Ziff. 3. Red. ⟵

3. **RG.** SeuffA. **63** 333, GruchotsBeitr. **52** 877, BayRpflZ. **08** 267, R. **08** II 399, 407. Das vorstehend unter 2 erwähnte Urteil, betr. die Lokomobile, SächsRpflA. **08** 169, wurde aufgehoben und die Klage des Lieferanten gegen den Ersteher auf deren Herausgabe aus folgenden Gründen abgewiesen. Fraglich ist, ob der Berufungsrichter bei seiner Auslegung des Zuschlagsbeschlusses (**RG. 45** 331) nicht diese Befugnis überschritten und den Zuschlagsbeschluß unzulässig ergänzt hat (**RG. 60** 48). Aber er hat ihn jedenfalls unter Verstoß gegen § 82 ausgelegt. Davon, daß die Lokomobile nicht mit zugeschlagen oder nur mit der Auflage einer Duldung ihrer späteren Wegnahme zugeschlagen sein solle, enthält der Zuschlagsbeschluß ersichtlich gar nichts. Das Grundstück ist vielmehr nur unter den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen zugeschlagen und diese umfassen den Zuschlag der Lokomobile mit, mag sie Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks sein. Der im Vordruck des Formulars vorgesehene Hinweis auf abweichende Bedingungen ist sogar ausgestrichen. Der weitere Vordruck des Zuschlagsbeschlusses, daß dieser auf Grund des Ergebnisses des Versteigerungstermins erfolge, enthält

keinen genügenden Hinweis auf die in diesem Termin erfolgte Ausschließung der Lokomobile von der Versteigerung. Denn gemäß § 82 müssen aus dem Zuschlagsbeschlusse selbst für alle Beteiligten die Bedingungen des Eigentumsüberganges erkennbar sein. Seine Lücken dürfen nicht im Wege der Auslegung ausgefüllt werden.

4. RheinA. **105** 77 (Düsseldorf). Der Gläubiger, der die ZwV. in die Grundstücke seines Schuldners betreibt, kann den Versteigerungsantrag hinsichtlich des Zubehörs ganz oder zum Teil nachträglich zurückziehen. Wird der Antrag nach der Versteigerung zurückgezogen, so darf der Zuschlag für das Grundstück nicht erteilt werden und der Bieter wird von seinem Gebote frei (s. Ziff. 5).

5. Hartmann, BuschsZ. **38** 131. Auch die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens in Ansehung nur eines Zubehörstücks sind die §§ 29 ff. entsprechend anzuwenden. Es muß dies Stück nicht notwendig im Eigentume des es beanspruchenden Dritten stehen (aM. Herold, ZBlFG. **4** 305, R. **07** 300). Der mit Beschwerde angreifbare Aufhebungs- oder Einstellungsbeschluß des ZwV.-richters muß nach § 32 dem Schuldner, dem Gläubiger und dem Dritten zugestellt werden. Beschwerde ist auch gegen die Ablehnung eines derartigen Beschlusses zulässig. Unterlagen des Beschlusses können sein: a) prozeßgerichtlicher Beschluß gegen den betreibenden Gläubiger allein nach § 775 Nr. 1 u. 2, §§ 776, 771 ZPO., b) Einwilligung des betreibenden Gläubigers allein (aM. Herold das.), wobei §§ 29, 30, 31 analog maßgebend sind. Die Versteigerung ist, wenn erst nach ihrem Anfange sich der betreffende Anlaß ergibt, neu zu beginnen. Ist aber die ZwV. bereits geschlossen, so ist der Zuschlag ganz zu versagen, ausgenommen bei Verzicht des Meistbietenden auf das Zubehörstück (gegen diese Ausnahme OLG. **15** 34, 35). Das eingestellte Verfahren in das Zubehörstück wird von Amts wegen nur im Falle des § 769 Abs. 2 ZPO., sonst nur auf Antrag innerhalb der Frist des § 31 Abs. 2 fortgesetzt. Der § 65 ist auf die Verwertung entsprechend anzuwenden. Die Versteigerung erfolgt nach §§ 35 ff. ZVG. mit § 817 ZPO. Der Erlös fließt nach § 107 in die Immobiliarmasse. Die durch den Grundstückszuschlag erloschenen Hypotheken können, was allerdings bestritten, am Zubehörstück immer noch fortbestehen, die betreffenden Hypothekgläubiger können auf Grund erwirkter Vollstreckungstitel die Pfändung des Gegenstandes betreiben. Möglich ist, daß bei der Grundstücksversteigerung stehen gebliebene Hypotheken durch nachträgliche Sonderversteigerung des Zubehörs gefährdet werden. Sie dürfen allenfalls nach §§ 1133 ff. BGB. Schutz suchen (s. auch den Autorenbericht § 55 Ziff. 2 und nachfolgende Ziff. 6 und 14).

6. BuschsZ. **38** 246 (LG. Leipzig). Die schriftliche Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers hinsichtlich einzelner Sachen genügt. Eines Antrags dieses Gläubigers, die Vollstreckung in diese Sachen einzustellen, bedarf es nicht.

7. Voß, BuschsZ. **38** 327, führt bei Besprechung der Schrift Leos, Das Zubehör in der ZwV. des Grundstücks, unter anderem folgendes aus: a) Die Ansicht, daß die §§ 55 Abs. 2, 37 Ziff. 5 einen Anspruch für den beteiligten Gläubiger erzeugen, aus dem nicht dem Schuldner gehörigen Vermögen befriedigt zu werden, daß also keine Bereicherungsklage des geschädigten Eigentümers nach diesen Gesetzesstellen denkbar sei, kann nicht gebilliigt werden. b) Ebenso ist Leos Meinung zu bekämpfen, daß im Wege des § 59 durch Abänderung der Versteigerungsbedingungen Zubehörstücke, die nach dem Gesetze nicht der Versteigerung unterliegen, möglicherweise in die Immobiliarmasse gezogen werden könnten. Die Wandelungsfähigkeit der Bedingungen (BayNotZ. **04** 52) geht nicht so weit, daß mit ihrer Hilfe zwingende Grundsätze des bürgerlichen oder ZwVrechts umgestoßen werden könnten. c) Mit Leo ist dagegen anzunehmen, daß nach § 93 zwischen dem Grundstück und den mitversteigerten Sachen in betreff der Zwangsvollstreckung formell nicht zu unterscheiden sei. Der allgemeine vollstreckbare Titel genügt auch zur Erzwingung der Herausgabe von Zubehör (wenn dies auch nicht ausdrücklich in der Vollstreckungs-

klausel bezeichnet ist), wenigstens dem Vollstreckungsschuldner gegenüber, nicht gegen dessen selbständigen Besitznachfolger.

8. ZBlFG. **9** 185, R. **08** II 712 (Dresden). Der auf § 37 Ziff. 5 gestützte Anspruch des Klägers, der unter Eigentumsvorbehalt Möbel in das zwangsversteigerte Gastwirtschaftsgrundstück geliefert und seinen Eigentumsanspruch zwar angemeldet, aber nicht weiter verfolgt hatte, deckt sich nicht mit dem Werte der Sachen. Das BerG. schließt sich entgegen den unter sich nicht übereinstimmenden Meinungen über verhältnismäßige Berechnung (ZBlFG. **3** 414, SeuffA. **57** 143, Jaeckel 155) der von v. d. Pfordten 152, 272, Fischer-Schäfer 395 (vgl. **RG.** **8** 204) vertretenen Ansicht an, daß der Eigentümer der beweglichen Sachen den Betrag zu beanspruchen hat, um den sich der Versteigerungserlös nachweislich durch die Mitversteigerung seiner Sachen erhöht hat. Da die Möbel zur Zeit der ZwV. 1422 M. wert waren, der Beklagte das Grundstück einschließlich der bestehen bleibenden Rechte um rund 80 000 M. gegenüber einem Schätzungswerte von 106 230 M. (einschließlich der Möbel) erworben hat, so ist unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen anzunehmen, daß er bei Bemessung seines Gebots auf die bestrittenen Möbel nicht mehr als 1000 M. gerechnet habe und dieser Betrag war dem Kläger zuzubilligen. ➠ Ähnlich gab SächsRpflA. **08** 482 (Dresden) nach Auszahlung des Erlöses an den Hypothekgläubiger der gegen diesen gerichteten Bereicherungsklage statt, womit der durch Eigentumsvorbehalt geschützte Verkäufer eines Pianos den auf dieses treffenden Erlösanteil forderte (s. auch Ziff. 14 c d). Red. ⟵

9. SächsRpflA. **08** 363, ZBlFG. 8 612 (Dresden). Der Kläger hat hinsichtlich der als Zubehör mitbeschlagnahmten Schlossereigeräte wegen deren schon vor Beschlagnahme erfolgten Verkaufs an ihn nicht nur Einstellungsbeschluß des Prozeßgerichts, sondern auf Grund dessen auch Ausschluß der Sachen von der ZwV. erwirkt, somit die strengsten Erfordernisse (vgl. Reinhard, R. **07** 21) erfüllt. Seine Klage gegen den betreibenden Gläubiger muß auch nach dem Sach- und Streitstande durchdringen, ausgenommen den Schmiedeherd und den Blasbalg, deren Bestandteilseigenschaft der Beklagte im II. Rechtszuge dargetan hat und an denen daher nach §§ 93, 94, 954, 957, 1120 BGB., § 20 Ziff. 2 ZVG. kein Sondereigentum bestehen kann.

10. Consbruch, R. **08** 762, erhebt namentlich für die ZwV. Bedenken gegen die in JW. **01** 42, 341 und vom OLG. Posen (vgl. auch § 90 Ziff. 3) ausgesprochene Meinung, daß die in das Grundbuch übernommenen Katasterangaben nicht immer maßgebend seien. Er schlägt eine dahingehende Anweisung des Justizministers vor, daß der Grundbuchbeamte vor Erteilung der beglaubigten Abschrift des Grundbuchblatts nach § 19 Abs. 2 durch Anfrage beim Katasteramt und, wenn dieses Zweifel mitteilt, durch einen Lokaltermin über den Umfang des zu versteigernden Grundstücks sich tunlichst zu vergewissern und das darüber aufzunehmende Protokoll in beglaubigter Abschrift mit der Abschrift des Grundbuchblatts zu den ZwVakten hinüberzugeben habe.

11. **RG.** R. **08** II 676. Der beklagte betreibende Gläubiger blieb für die Interventionsklage des auf Eigentumsvorbehalt sich stützenden Verkäufers der Sauggasanlage passiv legitimiert, obschon während des Rechtsstreits das Grundstück (ohne die hiervon ausgenommene Sauggasanlage) einem Dritten zugeschlagen worden war; denn der Beklagte hat auf seinem Rechte, jene Sache als wesentlichen Bestandteil in die ZwV. einzubeziehen, beharrt, und wenn sie auch nur als Zubehör zu erachten war, so konnte er doch gemäß § 65 ihre Sonderversteigerung weiter betreiben.

12. SächsRpflA. **08** 478 (Dresden). Die Klage der angeblichen Käuferin auf den einem Hypothekgläubiger zugewiesenen Erlös der gesondert verkauften Wirtschaftsstühle war abzuweisen, weil diese zur Zeit des angeblichen Verkaufs von der

Hypothek ergriffen gewesen seien, der Hypothekgläubiger also nicht grundlos bereichert sei.

13. OLG. **17** 357 (KG.). Auf Grund der bloßen, nicht nach § 37 mittels Erwirkung eines Einstellungsbeschlusses geltend gemachten Behauptung, daß das auf dem versteigerten Grundstücke befindliche Mobiliar Eigentum des Beschwerdeführers sei, kann nicht Beschwerde gegen den Zuschlag erhoben werden. Die bloße Anmeldung und Glaubhaftmachung im Termine genügt nach § 37 Ziff. 5 nicht.

14. *F r o m m aaO. a) Die Geltendmachung der der ZwV. entgegenstehenden Rechte Dritter hat regelmäßig im Wege der Klage nach § 771 ZPO. zu erfolgen. Es kann nicht genügen, daß der Dritte sein Recht beim Vollstreckungsgericht anmeldet und auf Verlangen glaubhaft macht, ebensowenig, daß in den Zuschlagsbeschluß auf seinen Antrag ein Vorbehalt seines Rechtes aufgenommen wird. Ohne maßgebende Bedeutung ist ferner die Freigabeerklärung des betreibenden Gläubigers. Er kann den gesetzlich bestimmten Kreis der mit dem Grundstücke zu versteigernden Gegenstände nicht einseitig ändern (§§ 59, 65). Jedoch kann sich seine Freigabeerklärung als ein Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit von schuldnerischen Verfügungen über den in Frage stehenden Gegenstand darstellen (43). b) Die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens kann bis zur Erteilung des Zuschlags, also auch noch nach Schluß der Versteigerung herbeigeführt werden. In einem solchen Falle darf die Entscheidung jedoch nur auf Versagung des Zuschlags lauten. § 33 muß auch dann Platz greifen, wenn nur einzelne, zur Immobiliarmasse gehörige, Sachen in Frage stehen (53). c) Der Anteil am Versteigerungserlöse bildet den Ersatz für den Verlust des Eigentums. Der Anspruch steht dem Dritten zu, gleichgültig, ob er tatsächlich einen Schaden in entsprechender Höhe erlitten hat oder nicht (57). d) Hat der präkludierte Dritteigentümer die Geltendmachung seiner Ansprüche auf den Versteigerungserlös versäumt, so kann er möglicherweise Schadensersatzansprüche auf deliktischer Grundlage, häufiger aber Bereicherungsansprüche erheben, und zwar können sich die letzteren entweder gegen den Subhastaten selbst oder gegen die Gläubiger richten, die aus dem Versteigerungserlöse Befriedigung gefunden haben (59). (S. teilweise abweichend Ziff. 5, ferner Ziff. 8.)

15. S. im allgemeinen auch die §§ 20, 55, 65, 90, Rückfallrecht § 45 Ziff. 2, Verwendungen § 93 Ziff. 1, genaue Ausschreibung § 180 Ziff. 10, Klage gegen TeilungsZwV. § 180 Ziff. 12, Übergangsrecht EG. § 1, Verzicht auf das Grundstück § 15 Ziff. 1, nassauische Eigentumserben § 28 Ziff. 1.

§ 38. Genaue Bekanntmachung § 180 Ziff. 10, unrichtige § 41 Ziff. 1 und 2.

§ 39. SeuffBl. **08** 251 (München). Wer die Haftung für Güte und Einbringlichkeit einer abgetretenen Hypothek übernommen hat, kann ohne besondere Vereinbarung vom Zessionar weder nach §§ 157, 268, 826 BGB. noch nach §§ 1164, 1166 das. Nachricht vom Versteigerungstermine verlangen (s. auch § 41 Ziff. 3).

§ 41. 1. OLG. **16** 334, R. **08** II 477 (Breslau). Die Zustellung der Terminsbestimmung an einen entmündigten Beteiligten statt an dessen Vormund macht den Zuschlag dann nicht ungültig, wenn dem ZwVrichter aus dem Grundbuch oder sonst von der Entmündigung nichts bekannt war.

2. RheinA. **3** (nF.) 177 (Düsseldorf). Wegen schuldhaft falscher Terminsangabe ist unmittelbare Klage gegen den Gerichtsschreiber unzulässig, wenn in erster Reihe der Fiskus haftbar ist.

3. HansGZ. **08** Beibl. 94 (Hamburg). Es besteht keine Pflicht des Gläubigers, dem Bürgen von der bevorstehenden ZwV. Nachricht zu geben (vgl. § 39).

§ 43. 1. BadNotZ. **08** 39 (LG. Heidelberg). Die badische Vorschrift der Anheftung der Versteigerungsbekanntmachung an die Gemeindetafel ist zwingend. Zwischen ihr und der ZwV. müssen 6 Wochen liegen.

2. Irrtum bei Zustellung § 41 Ziff. 1, 2.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. Clarus, BayRpflZ. **08** 173. Die Verpflichtung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks nach § 1021 BGB., die Anlage auf dem dienenden Grundstücke zu unterhalten, wird — entgegen anderen Meinungen — weder an sich noch nach den meisten Landesgesetzen als selbständige Reallast auf dem Grundbuchblatte des herrschenden Grundstücks eingetragen werden können. Gleichwohl kann aus ihr auch die dingliche Zwangsvollstreckung in das herrschende Grundstück betrieben werden (aM. Kretzschmar, SachenR. § 1021 Anm. 3 d). Dabei ist der § 44 nicht anwendbar. Jener Unterhaltungsanspruch bleibt in seinem Bestande von der Zwangsvollstreckung unberührt, er geht nicht durch den Zuschlag, sondern nur durch Verzicht auf die Grunddienstbarkeit unter. Der Ersteher muß die Kosten, welche die Wiederherstellung der Anlage verursacht, sowie die rückständigen Leistungen tragen, soweit sie nicht durch das Meistgebot gedeckt sind (s. 478 aaO.). Würde man Eintragungsnotwendigkeit annehmen, so könnte die Unterhaltungspflicht hinsichtlich der Anstalt bei unzureichendem Erlöse des herrschenden Grundstücks in der ZwV. untergehen, der Besitzer desselben dürfte aber gleichwohl seine fortbestehende Dienstbarkeit weiter ausüben und sich der Pflicht, die Anstalt zu unterhalten, weigern — ein unzulässiges Ergebnis (s. auch BGB. § 1021 Ziff. 1).

2. BadRpr. **08** 57. Die Redaktion hält bei Besprechung des Betzingerschen Handbuchs der Liegenschaftsvollstreckung diesem gegenüber an ihrer — aaO. **03** 292 dargelegten — Ansicht fest, daß der mit persönlichem Vollstreckungstitel versehene Gläubiger, der die Übereinstimmung dieses Anspruchs mit dem für ihn eingetragenen Rechte nachweisen kann, einen zweiten (dinglichen) Vollstreckungstitel nicht beizubringen braucht (s. Ziff. 3).

3. *Burger, BadNotZ. **08** 148. Hat der Gläubiger, für dessen Forderung eine Hypothek an Grundstücken des Schuldners besteht, die Anordnung der ZwV. dieser Grundstücke auf Grund eines vollstreckbaren Titels nur über die Forderung erwirkt, so gehört sein Anspruch in diesem Verfahren in die 5. Klasse (§ 10 Ziff. 5), in das geringste Gebot sind daher alle dinglichen Rechte, insbesondere auch die seiner Hypothek im Range nachgehenden aufzunehmen. Denn der Anspruch, auf den das Verfahren sich gründet, ergibt sich nur aus dem vollstreckbaren Titel. Identität dieses Anspruchs mit dem hypothekarischen hat nicht auch die Vollstreckbarkeit des letzteren zur Folge. So ZBlFG. **3** 429, **4** 720, BadRpr. **03** 291, Jaeckel, Fuchs, Oberneck, Kretzschmar, Meinhard-Betzinger, LiegenschVollstr. § 44 Note 2; gegen BadRpr. **03** 292, **05** 65, GruchotsBeitr. **44** 530, ZBlFG. **2** 555, Fischer-Schäfer, Wolff (s. auch Ziff. 2).

4. **RG. 69** 277, DJZ. **09** 82, R. **08** II 662, 676. Eine Hypothek des Klägers A. zu 120 000 M. war deshalb nicht in das geringste Gebot aufgenommen worden, weil ihr vorbehaltener Vorrang vor früher abgezweigten 5000 M. des betreibenden Gläubigers B. aus Versehen nicht in das Grundbuch eingetragen worden war. Das auf mehr als 200 000 M. zu bewertende Grundstück wurde dem B. für 1000 M. zugeschlagen. Die Klage des A. gegen B. auf Zahlung von 120 000 M. nebst Zinsen hatte aus folgenden Gründen Erfolg: Es mag zweifelhaft sein, ob der ZwVrichter gegenüber dem unvollständigen Grundbucheintrage nicht den Inhalt der Hypothekenbriefe mitberücksichtigen mußte (§§ 1154, 1155 BGB.), allein der inzwischen rechtskräftig gewordene Zuschlagsbeschluß ist nun im Rechtswege nicht mehr anfechtbar und eine Bereicherungsklage ist ihm gegenüber ausgeschlossen (**RG. 46** 77, **61** 362). Auch kein Ausbietungsvertrag zwischen A. und B. liegt vor. Dagegen steht dem A. ein Deliktsanspruch nach § 826 BGB. zu, der trotz formell rechtskräftiger Entscheidung möglich ist. B. hat den Vorrang des A. von jeher gekannt, aber den Irrtum des A., der sich auf seinen Vorrang und auf seine früheren Besprechungen mit B. ver-

ließ und im Versteigerungstermine nicht erschien, in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise ausgenutzt. Das KG. hat Mitschuld des A. angenommen und daher den B. nur zur Zahlung von 60 000 M. verurteilt, aber das Versehen des A. kommt gegenüber der Arglist des B. nicht in Betracht und dieser muß daher den vollen Betrag ersetzen.

5. Jagdrecht § 21 Ziff. 2, Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 2, Goldklausel § 49 Ziff. 1, Erkundigung nach Beitritt § 66 Ziff. 3, ungesetzlicher Beitritt § 83 Ziff. 1, Annuitäten- und Amortisationshypotheken § 50 Ziff. 2, 4, § 107 Ziff. 2, öffentliche Lasten § 10 Ziff. 7, 8, Eigentumsbeschränkung § 45 Ziff. 2, sächs. Reallasten § 115 Ziff. 22, Teilschuldverschreibungen § 174, TeilungsZwV. § 182.

§ 45. 1. R. **08** II 599 (BayObLG.). Die zufolge Tilgung entstandene Eigentümerhypothek bedarf nicht der Anmeldung.

2. **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 223. Die Eigentumsbeschränkung ist, da sie zufolge des in Abt. II eingetragenen Vermerkes: „die Zuschreibung ist vigore contractus aerarii erfolgt" aus dem Grundbuch ersichtlich war, auch der Beklagten als Ersteherin gegenüber wirksam; überdies ist sie ihr auch im ZwVtermin bekannt gegeben worden. Sie ist nicht nach § 91 erloschen, vielmehr ausdrücklich laut der Versteigerungsbedingungen bestehen geblieben. Die Ersteherin muß daher das Grundstück dem Staate Hamburg herausgeben, sofern dieser es „zu seiner Notdurft und Gebrauch" verlangen sollte (§§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB., § 37 Ziff. 4 ZVG.).

3. Nichtanmeldung, Beweis § 52 Ziff. 1.

§ 47. Sächs. Grundsteuer § 56 Ziff. 2.

§ 48. 1. R. **08** II 69 (Frankfurt a. M.). Ist ein Widerspruch gegen das Eigentum im Grundbuch eingetragen, so findet § 28 keine Anwendung, vielmehr ist nach § 48 zu verfahren. ➠ Vgl. dagegen Kretzschmar, R. **03** 589. Red. ←

2. Lippmann, IheringsJ. **18** 139, behandelt ausführlich die Vormerkung auf Auflassung in der ZwV. und führt unter anderem 152 aus: Sonach wäre das Eigentumsrecht das einzige Recht, das nach § 28 der ZwV. entgegensteht. Aber nicht bloß dieses Recht, sondern auch schon ein Recht, das nur erst auf künftigen Erwerb des Eigentums abzielt, eine Vormerkung auf Auflassung steht einer ZwV. entgegen, da es durch die Eintragung im Grundbuche dingliche Wirksamkeit gegen Dritte erlangt hat, sofern diese Dritten nur ein nachstehendes Recht haben. Sie müssen auf Grund der Dinglichkeit und des Vorranges der Vormerkung die Möglichkeit gelten lassen, daß sich der Anspruch auf Eigentumserwerb zum wirklichen Eigentumsrecht auswachsen kann. — Die Unterscheidung Streckers in „die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechte am Grundstücke" (175) zwischen bedingter und unbedingter, im Range vorgehender, Vormerkung ist nicht befriedigend (116/18). Auf eine in das geringste Gebot aufgenommene Auflassungsvormerkung kann nicht der § 51 und auf eine hinter dem geringsten Gebote zu stehen kommende Vormerkung kann nicht der § 92 zur Anwendung kommen (193). AM. Biermann 199.

3. Auflassungsvormerkung s. auch § 115 Ziff. 1, Kostenkaution § 50 Ziff. 6.

§ 49. 1. Meyer, BayRpflZ. **08** 200. Bleibt die Hypothek mit Goldklausel nach den Versteigerungsbedingungen stehen, so kann wegen der künftigen Zahlungserschwerung das Grundstück unter Umständen weniger leicht einen Ersteher finden. Der in der ZwV. bar zu entrichtende Erlös aber und die Miet- und Pachtzinsen sind im gesetzlichen Münzfuße zu entrichten. Dieses Recht des Erstehers, der Mieter und Pächter wird durch die Goldklausel nicht berührt. Dagegen ist die nachträgliche Eintragung der Goldklausel gegenüber allen Zwischenberechtigten ohne Angabe des Rangverhältnisses wirksam, sie darf aber erst erfolgen, wenn deren notwendige Zustimmung vorliegt (217).

2. Jagdrecht § 21 Ziff. 2, Erkundigungspflicht § 66 Ziff. 3, Irrtum über das Bargebot § 71 Ziff. 1 u. 2, Verwendungen § 93 Ziff. 1.

§ 50. 1. OLG. **16** 333, R. **08** II 138 (Cassel). Auf Höchstbetragshypotheken nach § 1190 BGB. ist § 14 nicht anwendbar. Die §§ 50, 125 sind auf die bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Höchstbetragshypotheken, die, wie sich später herausstellt, nicht in voller Höhe des eingetragenen Betrags dem Gläubiger zustehen, nicht anzuwenden. Der Erlaß einer solchen Hypothek erst nach dem Zuschlage kommt dem Ersteher zugute (s. auch BGB. § 1192 Ziff. V).

2. Leweck, Das landschaftliche Tilgungsguthaben im Lichte der Eigentümerhypothek, GruchotsBeitr. **52** 576, führt 587 aus: Bei der ZwV. erlöschen die Rechte des Gutseigentümers am Tilgungsfonds. Die Landschaft ist allein berechtigt, das Tilgungsguthaben zur Deckung ihrer oder der durch Verpfändung gesicherten Forderung der Bank zu verwenden. Soweit dies nicht geschieht, verrechnet die Landschaft das Guthaben auf das Pfandbriefdarlehen, so daß der Rest ihrer Hypothek zur Verteilung an die nächstfolgenden Gläubiger frei wird, oder sie schüttet es unmittelbar zur Verteilungsmasse aus. Damit ist die Entstehung der Eigentümerhypothek ausgeschlossen. Es ist zwingendes Recht, daß das Tilgungsguthaben, soweit nicht das Interesse des landwirtschaftlichen Instituts entgegensteht, ausschließlich zur Entlastung des Grundstücks dienen und den nachstehenden Gläubigern zugute kommen soll. Bis zum Zuschlage besteht die landschaftliche Hypothek und zwar mit der auflösenden Bedingung, daß sie insoweit erlischt, als die Landschaft nach der Versteigerung das Tilgungsguthaben zu deren Tilgung verwendet. Wenn die Bedingung eintritt, muß der Entsteher nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 entsprechend zuzahlen. ➸ Vgl. aber gegen diese Ausführungen JDR. **5** § 107 Ziff. 9 und unten Ziff. 4. Red. ⟵

3. Güthe, DJZ. **08** 929, bespricht gegen das vielumstrittene Urteil **RG. 60** 251 (JDR. **5** § 50 Ziff. 1) die Frage, wie die nicht ausgefüllte Grundschuld in der ZwV. zu behandeln sei, und gelangt zu folgenden Schlußsätzen: Ist die Grundschuld bis zum Zuschlage nicht valutiert, so steht sie, vorausgesetzt, daß sie sich in den Händen des ursprünglichen Gläubigers oder eines schlechtgläubigen Erwerbers befindet, dem Grundstückseigentümer zu. Dieser hat demnach den Anspruch auf den treffenden Teil des Versteigerungserlöses. Ein (gegenstandsloser) Verzicht des Grundschuldgläubigers kommt nicht in Betracht. Unter dem Grundstückseigentümer ist nur der Eigentümer zu verstehen, der die Grundschuld bestellt hat. Sie wird in seiner Hand zur Gläubigergrundschuld. — Begründet sind diese Sätze im wesentlichen damit, daß, weil auch bei der Verkehrshypothek die Entstehung der Forderung keine Bedingung für die Entstehung des Gläubigerrechts ist, der § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. für die Verkehrshypothek nicht damit erklärt werden könne, daß die Hypothek eine Forderung zur Voraussetzung hat, und daß daher nach § 1192 Abs. 2 BGB. der § 1163 Abs. 1 Satz 1 entsprechend auf die Grundschuld Anwendung finden müsse.

4. R. **08** II 599 (BayObLG.). Die Vorschrift des Abs. 1 gilt auch für Annuitätsdarlehen im Gegensatze zu den nach den Satzungen mancher Kreditinstitute (Landschaften 2c.) bewilligten Amortisationsdarlehen, wobei die Forderung nicht getilgt, sondern nur ein Anteil an dem Tilgungsfonds erworben wird und dieser Anteil mit dem Zuschlag auf den Ersteher übergeht, Nachzahlungspflicht aber selbstverständlich ausgeschlossen ist. ➸ Vgl. JDR. **6** § 50 Ziff. 1 und 3, § 90 Ziff. 6 und oben Ziff. 2. Auch bei der reinen Annuitätenhypothek dürfte, wenn Eigentümerhypothek entsteht, eigentliche Nachzahlungspflicht im Sinne des § 50 Abs. 1 ausgeschlossen sein (vgl. Jaeckel 51 und unten § 107 Ziff. 2). Es bleibt dann eben an Stelle der getilgten Teile die Eigentümerhypothek fortbestehen. Bei angesammeltem Tilgungsfonds der Landschaften aber, der auf den Ersteher übergeht, wird dies bei der

ZwV. besonders hervorzuheben sein, damit sich nicht zu geringe Meistgebote infolge scheinbaren Bestehenbleibens der ganzen Amortisationshypothek ergeben. Über Unpfändbarkeit des Amortisationsfonds in der Provinz Sachsen s. NaumburgAK. **08** 16. Red. ←

5. **RG.** ZBlFG. **9** 317. Der Kläger A. betrieb die TeilungsZwV., verkaufte aber seinen Anteil an den Beklagten B., der die ZwV. weiter besorgen und von seiner Kaufpreisschuld den endgültigen Betrag der ihrer Höhe nach bestrittenen Höchstbetragshypothek der Bank C. abrechnen sollte. Dem Ersteher D. blieb diese Hypothek stehen und unnötigerweise erkannte sie vereinbarungswidrig B. im Teilungstermin an. D. zahlte sie daher an die Bank C. aus und ließ sie löschen. Die Kaufgeldklage des A. gegen B. wurde, soweit nicht anerkannt, abgewiesen, indem das BerG. und das RG. aussprachen, daß eine Ersatzzahlung nicht in Frage komme (**RG. 55** 217, **51** 115, **57** 212) und daß der Kaufpreis nur nach Abzug der stehen gebliebenen und zu befriedigenden Bankhypothek zu zahlen sei. Eine Schadensersatzklage wegen fahrlässig herbeigeführter Löschung der etwa zum Teil zur Eigentümerhypothek gewordenen Bankhypothek habe A. nicht erhoben, sie könnte auch nur dann Erfolg haben, wenn dem A. ein Schaden erwachsen wäre, wenn er eine Bereicherungsklage gegen die Bank C. wegen ihres Zuvielempfanges nicht verfolgen könnte.

6. SächsOLG. **29** 44, R. **08** 176. Die Kostenkaution alten sächsischen Rechtes ist bloßes Anhängsel und kann nicht in eine selbständige Hypothek umgewandelt werden.

7. Goldklausel § 49 Ziff. 1, Annuitäten- und Amortisationshypothek s. auch § 107 Ziff. 2, nachträgliche Überschreibung § 125 Ziff. 1.

§ 51. Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 2, Wertsbestimmung im Teilungsverfahren § 92 Ziff. 1.

§ 52. 1. **RG.** R. **08** II 574. Wird behauptet, daß ein im Grundbuche nicht eingetragenes Recht durch Nichtanmeldung in einem stattgehabten ZwVverfahren erloschen sei, so ist für die Nichtanmeldung der Verpflichtete beweispflichtig.

2. Goldklausel § 49 Ziff. 1, sächs. Grundsteuer § 56 Ziff. 2, ungesetzlicher Beitritt § 83 Ziff. 1, Rückfallsrecht des Staates § 45 Ziff. 2, landesgesetzliche Rechte EG. § 9.

§ 53. 1. **RG.** R. **08** II 712. Der Eintritt des Erstehers in das persönliche Schuldverhältnis konnte freilich auch durch Vereinbarung nach §§ 415 oder 414 BGB. herbeigeführt werden. Allein es ist schon bedenklich, ein Übereinkommen nach § 415 darin zu finden, daß im Verteilungstermine dem jetzt klagenden Hypothekgläubiger, dem beklagten Ersteher und dem Subhastaten das Stehenbleiben der Hypothek vorgelesen und vom Ersteher genehmigt worden sei, aber nach den Vorverhandlungen fehlte es auch auf allen Seiten an dem zu einer persönlichen Haftung des Beklagten erforderlichen Vertragswillen. An diesem früheren Abkommen wurde im Termine nichts geändert und ihm gemäß ist der Kläger nach dem Zuschlag an den Beklagten auf das Gut gezogen, hat es jahrelang bewirtschaftet und die Erträgnisse an Stelle der Verzinsung seiner Hypotheken bezogen.

2. Schaden durch Bestehenbleiben § 50 Ziff. 5.

§ 55. 1. R. **08** II 378 (Cassel). Die Vorschrift des § 55 Abs. 2 ist nicht Einschränkung, sondern Erweiterung des Abs. 1. Letzterer bezieht sich auf alle von der Beschlagnahme ergriffenen Gegenstände, auf diese also auch dann, wenn sie sich zur Zeit der ZwV. zwar noch auf dem Grundstück, aber nicht mehr im Besitze des Schuldners befinden; Abs. 2 trifft eine Vorschrift über einzelne bestimmte Zubehörstücke, die von der Beschlagnahme überhaupt nicht betroffen worden sind, indem er anordnet, daß auch sie von der ZwV. ergriffen werden, wenn sie sich zur Zeit der Versteigerung im Besitze des Schuldners oder des neu eingetretenen Eigentümers befinden und zwar ohne Rücksicht auf das — nach § 37 Ziff. 5 nicht

angemeldete — Recht eines Dritten. — Die nach § 20 Abs. 2 von der Beschlagnahme ergriffenen Zubehörstücke werden nicht dadurch von der Beschlagnahme frei und von der Versteigerung ausgeschlossen, daß sie von dem Konkursverwalter verkauft und dem Käufer übergeben werden, solange sie auf dem zur ZwV. stehenden Grundstücke verbleiben, sondern erst dann, wenn sie von dem Grundstück entfernt sind.

2. *Hartmann, BuschsZ. 38 131. Die aus § 55 Abs. 2 sich ergebende Aufhebung oder Einstellung des ZwVverfahrens in Ansehung nur eines Zubehörstücks ist entsprechend der Aufhebung oder Einstellung des ganzen ZwVverfahrens zu behandeln. Daraus folgen ihre Form, Voraussetzungen, Wirkungen, die Rechte des „betreibenden" wie der nicht betreibenden Beteiligten (s. § 37 Ziff. 5).

3. *Fromm aaO. Der § 55 Abs. 2 bedeutet nicht eine Änderung des Zubehörbegriffs des BGB. Die bloß tatsächliche Zubehöreigenschaft, d. h. der Umstand, daß eine Sache sich ihrer Natur und wirtschaftlichen Bestimmung nach als Zubihör darstellt, ohne jedoch rechtlich solches zu sein, genügt nicht, um einen Gegenstand gemäß § 55 Abs. 2 der ZwV. zu unterwerfen. Es darf daher der vom RG. für das frühere preußische Recht durchgebildete Begriff des „tatsächlichen Zubehörs" in das neue Recht nicht übernommen werden.

4. S. im allgemeinen §§ 20, 37, 90, 65, gefällte Bäume § 151 Ziff. 1.

§ 56. 1. *Fromm aaO. 84. Zufälliger Untergang ist jeder durch äußere Ereignisse, die nicht vom Ersteher selbst veranlaßt sind, herbeigeführter, gleichviel ob es sich um menschliche Einwirkungen oder um elementare Naturereignisse handelt.

2. J. B., SächsOVG. **12** 55, R. **08** 792. Die Bestimmung einer sächsischen Gemeindeeinlageordnung, daß der Ersteher für die Rückstände aus der Grundwertsteuer haftbar sei, ist ungültig. Sie sind auf Anmeldung bei der Erlösverteilung zu berücksichtigen, der Ersteher aber als solcher hat die Grundsteuer erst vom Zuschlag an zu tragen.

3. Mietzinsen §§ 57, 90 Ziff. 2, 155.

§ 57. 1. Kraus, BayRpflZ. **08** 179. Die Kündigung nach § 57 ZVG., § 565 BGB. kann, wenn der Mietzins nach Monaten bemessen, aber Kalendervierteljahrskündigung vereinbart ist, nur am nächsten Kalendervierteljahrsbeginne nach dem Zuschlage für den letzten Tag dieses Kalendervierteljahrs geschehen. AM. Arnold, Die Wohnungsmiete, 118 Anm. 3.

2. R. **08** II 378 (Cassel). Demjenigen gegenüber, der im ZwVverfahren durch den Zuschlag mit dem versteigerten Hause auch die zu dem Hause gehörenden Zubehörstücke als Eigentum erworben hat, kann ein Dritter, der im Konkursverfahren des früheren Eigentümers des Hauses und der Zubehörstücke während des ZwVverfahrens von dem Konkursverwalter das Haus gemietet und alsdann die von ihm als Mieter besessenen Zubehörstücke gekauft und überliefert erhalten, aber im Hause belassen hat, nach Beendigung des Mietverhältnisses die Herausgabe der Zubehörstücke nicht auf Grund des § 57 ZVG., §§ 571, 547 Abs. 2 Satz 2 BGB. verweigern.

3. **RG. 67** 372. Der nach §§ 126, 19, 21 KO. in Verb. mit § 57 ZVG. entsetzte Mieter oder Untermieter hat keinen Schadensersatzanspruch als Masseschuldforderung wegen vorzeitiger Mietauflösung, sondern allenfalls nur eine Konkursforderung.

4. OLG. **17** 20 (Celle). Vorausverfügungen (Übertragungen) des Vermieters und Subhastaten hinsichtlich der Mietzinsen werden, wenn der Mieter das Grundstück ersteht, vom Tage des Zuschlags an unwirksam.

5. OLG. **17** 20 (Braunschweig). Der Kläger, für den die Pachtzinsforderung des Subhastaten gepfändet war, erlangte am 17. Juli 1906 den Zuschlag und verklagte dann den Pächter auf Zahlung der am 1. Oktober 1906 fälligen Pachtzinsrate. Der Pächter wollte mit 600 M. Pachtkautionsforderung und mit 400 M. Schadensersatzforderung, mit letzterer deshalb aufrechnen und zurückbehalten, weil ihm laut Pachtvertrags bei „Verkauf des Grundstücks an einen Dritten" 400 M.

versprochen seien. Gleichwohl wurde der Klage stattgegeben, weil a) der angebliche Aufrechnungsvertrag erst nach der Pfändung des Pachtzinses erfolgte (§§ 135 ff., 829, 1256 Abs. 2 BGB.), b) weil die 400 M. Entschädigung nicht für den Fall der ZwV. gelten.

6. Reichel, BuschsZ. **38** 249, führt in Besprechung von Urteilen des AG. und LG. Leipzig und des OLG. München folgendes aus: a) Entgegen der herrschenden Meinung ist der § 573 BGB. (vielleicht auch der § 1124 das.) auf Erwerb im Vollstreckungs- und Arrestwege nicht anwendbar. b) An sich kann der Ersteher mit den Mietern neue Mietverträge abschließen, aber sie können dadurch nicht die wohlerworbenen Rechte Dritter auf die Mietzinsen wirksam beseitigen, weil solches Beginnen, wenn nicht wegen der Scheinnatur des ganzen Geschäfts, so doch nach §§ 162, 826, 249 BGB. insbesondere als gegen die guten Sitten verstoßend, äußerstenfalls aber nach dem Anfechtungsgesetz angreifbar wäre.

7. SächsRpflA. **08** 473 (Dresden). Am 20. Januar 1904 traten die Grundstückseigentümer ihre Mietzinsen auf 3 Jahre an den Kläger ab, am 20. Juni 1904 wurde ZwV. und ZwVerw. eingeleitet und am 12. Oktober 1904 das Grundstück dem Beklagten zugeschlagen. Ihm hat der Zwangsverwalter die auf die Zeit vom 2. Oktober 1904 bis 1. Januar 1905 treffenden Mietzinsen mit 605 M. abgeliefert, diejenigen für das 1. Vierteljahr 1905 hat der Beklagte selbst eingehoben. Der Kläger drang mit seiner Klage auf Zahlung dieser Beträge an ihn durch. Der Einwand, daß der Ersteher neue Mietverträge abgeschlossen habe, wurde verworfen, da diese neuen Verträge die wohlerworbenen Rechte des Klägers als Mietzinszessionars nicht beseitigen könnten und der beklagte Ersteher als grundlos bereichert anzusehen sei (s. Ziff. 6).

8. ElsLothJZ. **08** 412 (Colmar). Auf französisch-rechtliche Mietverträge findet das Kündigungsrecht des Erstehers keine Anwendung.

9. SächsOLG. **29** 468. Die Vorpfändung einer Mietzinsforderung verliert ihre Wirksamkeit, wenn das Grundstück, dessen Mietzins gepfändet worden ist, vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses zwangsweise versteigert worden ist.

10. Jagdpacht § 21 Ziff. 2, Mietzinsen s. auch §§ 90 Ziff. 2 und 155.

§ 58. 1. R. **08** 720, KGJ. **35** B 18 (KG.). Inzwischen zu Bauland gewordenes Ackerland ist nach §§ 124, 127 PrGKG. bei der Gebührenberechnung nach freiem Ermessen zu bewerten (s. auch JDR. **6** § 58 Ziff. 1 u. 2).

2. PrVerwBl. **29** 378. Redaktionsbemerkung: Nach den PrUmsatzStO. können Hypothekgläubiger als Ersteher nur insoweit von der Umsatzsteuer befreit sein, als dies ausdrücklich ausgesprochen ist. 495 aaO. erkennt das OVG., daß die dem Hypothekgläubiger durch die städtische SteuerO. gewährte Freiheit von der Umsatzsteuer demjenigen nicht zustehe, der nur einen Anspruch auf Einräumung der Hypothek hatte. 537 nimmt das OVG. bei Meistgebotsübertragung zwei Rechtsgeschäfte an und spricht aus: Findet in einem solchen Falle nach der örtlichen SteuerO. eine Zusammenrechnung der „Erwerbspreise" sämtlicher Rechtsgeschäfte statt, so ist die Umsatzsteuer nach dem Werte des Grundstücks bei jedem Veräußerungsgeschäfte zu berechnen (s. Ziff. 4 und § 81 Ziff. 1 u. 3).

3. PrVerwBl. **30** 156 (PrOVG.). Aus den Tarifstellen 78 und 32 zum Stemp. StG. vom 31. Juli 1895 folgt nicht, daß, wenn im Wege der ZwV. einem Abkömmlinge der Zuschlag für ein seinem Aszendenten gehöriges Grundstück erteilt wurde, der Zuschlagsbescheid von der Stempelsteuer befreit war, denn der Aszendent veräußert hier nicht, sondern der Richter überträgt das Eigentum.

4. BreslauAK. **08** 43 (OVG.) billigt für Breslau hinsichtlich der Umsatzsteuer die Annahme zweier Rechtsgeschäfte bei Meistgebotsübertragung und spricht zugleich aus, daß der Magistrat hierbei das scheinbare Meistgebot von 20 300 M. auf den wahren Schätzungswert von 124 100 M. erhöhen durfte (s. Ziff. 2).

5. Bad. Verkehrssteuer § 81 Ziff. 7, Servitutanstalt § 44 Ziff. 1, Beschlußstempel § 93 Ziff. 2.

§ 59. 1. Altmann, ZBlFG. **9** 27. Um die durch den Zuschlag schwer bedrohten Rechte der nicht als Beteiligte und nicht als Gesinde zu erachtenden Inst- und Deputatleute zu schützen, dürfte es Aufgabe des Vollstreckungsgerichts sein, auf die besondere Versteigerungsbedingung des Bestehenbleibens dieser Wohnrechte auch nach dem Zuschlage gemäß § 59 hinzuwirken und die Aufstellung dieser besonderen Versteigerungsbedingung herbeizuführen (vgl. Peiser, BuschsZ. **35** 266).

2. Keine ungesetzliche Bedingung über Zubehör! § 37 Ziff. 7, 14, Auslegung § 37 Ziff. 3, Vorkaufsrecht § 83 Ziff. 3, Erbbaurecht § 92 Ziff. 2, Teilungsversteigerung §§ 180 Ziff. 1, 3, 182.

§ 64. Kommunalbrauhaus § 182 Ziff. 1, Doppelausgebote § 182 Ziff. 3, § 9 EG. Ziff. 2.

§ 65. 1. ➻ **RG.** 2. 12. 08. Eine Lokomobile war auf dem Wege zum Bergwerke, für das sie bestimmt war, stecken geblieben und an dieser Stelle für die Beklagten gepfändet worden. Später hat sie ein Pächter des Bergwerkes in dieses gebracht und dort einmauern lassen. Der in der ZwV. als Hypothekgläubiger teilweise ausgefallene Kläger beantragte, die Beklagten in erster Reihe zur Freigabe der Lokomobile zu verurteilen, in zweiter Reihe ihnen die Versteigerung der Lokomobile zu untersagen. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Wenn die Maschine schließlich Bestandteil war, gehörte sie, obwohl von der ZwV. ausgeschlossen, dem Ersteher. Nimmt man aber bloße Zubehöreigenschaft an, so würde zwar die — unbeschadet der Rechte der Beklagten eingetretene — hypothekarische Haftung der Lokomobile an sich fortdauern (**RG. 55** 414, GruchotsBeitr. **48** 1064), zum Weiterbetriebe der ZwV. nach § 65 fehlt aber dem Kläger der vollstreckbare Titel, es muß ihm überlassen bleiben, seine Rechte in dem von den Beklagten betriebenen (Mobiliar-)Vollstreckungsverfahren geltend zu machen. Red. ⟵

2. *Fromm aaO. a) Zur Stellung eines Antrags nach § 65 ist prinzipiell jeder Beteiligte im Sinne des § 9 berechtigt. Der Nachweis eines speziellen Interesses an der gesonderten Versteigerung rc. ist nicht erforderlich (65). b) Die bloße Anordnung einer besonderen Versteigerung rc. durch das Vollstreckungsgericht ohne einen entsprechenden Hinweis im Zuschlagsbeschlusse hat nicht die Kraft, den Übergang der in Frage stehenden Zubehörstücke in das Eigentum des Erstehers zu verhindern. Auf die Kenntnis oder Unkenntnis desselben von der getroffenen Verfügung kommt es nicht an (71).

3. Einstweilige Freigabe § 37 Ziff. 5, Passivlegitimation des betreibenden Gläubigers § 37 Ziff. 11, Erlösstreit § 37 Ziff. 12, Freigabe § 37 Ziff. 14 a.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. R. **08** 252 (KG., Straff.). Der § 270 PrStGB. besteht noch zu Recht. Die Bestrafung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß tatsächlich zu der Zeit, wo der Angeklagte mit der Bitte, bei der ZwV. des Grundstücks nicht weiter zu bieten, an die Hypothekgläubigerin unter Zusicherung der Schadloshaltung für ihre Hypothek herantrat, deren Forderung bereits gedeckt war. Der Begriff „Vorteil" im Sinne des § 270 umfaßt auch die Abwendung eines Vermögensnachteils.

2. **RG.** JW. **08** 296. Im Sinne des § 270 PrStGB. ist ein wechselseitiges Abhalten von einer Versteigerung nicht denkbar. Vereinbaren die Vertragsteile, an der Versteigerung nicht teilzunehmen, so liegt ein Abhalten, wie es § 270 versteht, überhaupt nicht vor (**RG.** [Straff.] **10** 714). ➻ Nehmen aber beide an der Versteigerung teil, so wird ein wechselseitiges Abhalten vom Weiterbieten möglich sein (vgl. **RG.** [Straff.] **39** 134). Red. ⟵

3. **RG.** JW. **08** 447, R. **08** II 392. Der mit der Vertretung eines Gläubigers in der ZwV. betraute und zum allenfallsigen Ausbieten von Hypotheken ermächtigte Rechtsanwalt hat zur Ausführung der übernommenen Verpflichtungen alle diejenigen Maßregeln zu treffen, die eine sichere Gewähr bieten. Dazu gehörte im gegebenen Falle Akteneinsicht zur Vergewisserung, ob dem betreibenden dritten Hypothekgläubiger etwa der erste beigetreten war, da hiervon die weitere Gestaltung des Verfahrens auch hinsichtlich der Sicherheitsleistung abhing. Den aus Unterlassung der Akteneinsicht seinem Auftraggeber etwa erwachsenden Schaden hat der Rechtsanwalt zu ersetzen.

4. BadRpr. **08** 141. Auf einem im Jahre 1906 freihändig für 70 000 M. verkauften Grundstücke stand ausgehend mit 80 400 M. eine Hypothek der Gemeinde zu 30 000 M., wofür sich die Kläger verbürgt hatten. Vertraglich verpflichteten sich diese, nur bis zur Deckung der 30 000 M. mitzubieten, während der Beklagte die 30 000 M. auszubieten versprach. Die Kläger erstanden das Grundstück für 65 000 M. Vorbezeichneter Vertrag verstieß nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.), auch war er nicht formbedürftig nach § 313 BGB., obwohl er ausdrücklich die Kläger zur Abtretung des Meistgebots an den Beklagten verpflichtete. Denn nicht das Meistgebot, sondern erst der Zuschlag verschafft das Eigentum (vgl. § 81 Ziff. 10).

5. MecklZ. **26** 254 (Rostock). Eine Vereinbarung, bei f r e i w i l l i g e r Grundstücksversteigerung das Grundstück billig zu erstehen und dann unter den Gesellschaftern nochmals zu versteigern, verstößt gegen die guten Sitten.

6. Irriges Meistgebot § 71 Ziff. 1 u. 2, Gebote unter Wert, Abhalten vom Bieten s. auch §§ 85, 91 Ziff. 1 und 2, Testamentsvollstrecker als Bieter § 71 Ziff. 3, Bietungsgesellschaft § 81 Ziff. 8, Haftung des Richters § 100 Ziff. 2, Gesamterwerb § 90 Ziff. 1.

§ 67. 1. **RG.** R. **08** II 293 u. 329. Wenn ein Dritter im Versteigerungstermine Bürgschaft zur Erfüllung der dem Bieter obliegenden Sicherheitsleistung übernimmt, kann es zweifelhaft sein, ob dies ein wahrer, mit den beteiligten Gläubigern abgeschlossener, Bürgschaftsvertrag ist und ob nicht vielmehr unmittelbar kraft des Gesetzes die Sicherheit begründet wird. In jedem Falle ersetzt die Erklärung zum ZwVprotokolle die im § 766 BGB. vorgeschriebene Schriftform.

2. S o f o r t i g e s Sicherheitsverlangen § 72 Ziff. 1, bei TeilungsZwV. § 184.

§ 68. 1. S c h n e i d e r, SächsRpflA. **08** 9. Der § 68 ist dispositiv. Die Beteiligten können sich mit einer geringeren oder mit einer anderen als der vom Gesetze vorgeschriebenen Sicherheit begnügen.

2. TeilungsZwV. § 184.

§ 69. Andere Vereinbarung § 68.

V o r b e m e r k u n g: Die immer wiederkehrenden, durch die übliche Art des Ausgebots hervorgerufenen Irrtumsfälle lassen Abhilfe, wenigstens durch ausreichende Belehrung und gleichzeitige Benennung des tatsächlichen Ausgebotsbetrags als dringend notwendig erscheinen.

§ 71. 1. SächsOLG. **29** 285, OLG. **17** 355, ZBlFG. **8** 615, R. **08** II 353, (Dresden). In einer TeilungsZwV. hatte D. 5400 M., sodann nach Belehrung über das geringste Gebot 3900 M. und hierauf unter Widerruf dieses letzteren Gebots wegen Irrtums 2200 M. geboten. Die Beteiligten E. und F. verlangten Zuschlag an D. für 3900 M., der auch erfolgte. Auf Ds. Beschwerde versagte das LG. den Zuschlag, schlug die Gerichtskosten nieder und legte dem E. und F. die Auslagen des D. auf. Die weitere Beschwerde des E. und F. wurde mit nachstehender Begründung zurückgewiesen. Zwar ist D. vom Versteigerungsrichter aus Anlaß der Abgabe des Gebots von 5400 M. erst nochmals über den Inhalt der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen

belehrt worden und hat trotzdem 3900 M. geboten, es kommt indessen in Betracht, daß die Art der Feststellung des geringsten Gebots von den Gepflogenheiten des Verkehrs bei freihändigen Verkäufen soweit abweicht, daß ein Mann von dem Bildungsgrade des D. auch nach Belehrung den Inhalt des Gebots noch nicht richtig erfassen konnte. Sein Gebot zu 3900 M. war also wegen seines g aubhaften Irrtums unwirksam. Da E. und F. der Anfechtung dieses Gebots wider prochen haben, also Gegner der ersten Beschwerde waren, hat ihnen das LG. mit Recht die Auslagen auferlegt (. auch § 77).

2. SächsOLG. **29** 284, OLG. **17** 355, SeuffBl. **08** 422 (Dresden). Der Irrtum im Beweggrunde, z. B. dahin gehend, daß zur Ausbietung der Vorhypotheken 49 715 M. (statt nur 39 715 M.) erforderlich seien, läßt die Wirksamkeit des bei der ZwV. abgegebenen Gebots unberührt.

3. OLG. **17** 354 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist zur Ausbietung einer Nachlaßhypothek befugt. Die Urkunde zum Nachweise seiner Vertretungsmacht muß er an sich zwar s o f o r t vorlegen, aber bei Gerichtskundigkeit seiner Stellung ist er davon befreit. Ob die Erben schon bekannt, ob sie minderjährig oder juristische Personen im Auslande sind, ist gleichgültig. Dem Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses wird der Zuschlag ohne Benennung der Erben erteilt.

4. Gesellschaft zum Bieten § 81 Ziff. 8.

§ 72. 1. BadRpr. **08** 283. Ein badisches LG. spricht aus, daß das Sicherheitsverlangen s o f o r t nach Abgabe des Gebots gestellt werden müsse und daß seine Stellung erst nach langem Ausrufen des letzten Gebots unzulässig sei. Dieses letzte Gebot (zu 7010 M.) hätte sonach bei richtiger Sachbehandlung den Zuschlag erhalten müssen und B., der bei der unrechtmäßigen nachträglichen Zulassung weiterer Gebote 5750 M. mitbot, hat kein Beschwerderecht dagegen, daß nicht er, sondern der Dritte C. den Zuschlag erhielt.

2. Irrtümliche Gebote § 71 Ziff. 1 u. 2, § 77 Ziff. 1, Ausnahme von § 72 s. § 76.

§ 73. SächsOLG. **29** 528. Nach dem Protokolle wurde um 9 Uhr 28 Minuten zur Abgabe von Geboten aufgefordert und um 9 Uhr 31 Minuten die ZwV. geschlossen. Bemerkt ist im Protokolle, daß sich der Ersteher als Bieter um $^3/_4$ 10 gemeldet habe. Obschon der Versteigerungsrichter bestätigte, daß die Versteigerung in Wirklichkeit erst um 10 Uhr 31 Minuten geschlossen worden, und für ein Schreibversehen auch der erwähnte Widerspruch im Protokolle spricht, war der Zuschlag aufzuheben.

§ 75. 1. **RG.** BayRpflZ. **08** 378, R. **08** II 512. Die Schadensersatzklage des durch angeblich zu niedrigen Erlös seines zwangsversteigerten Grundstücks geschädigten Schuldners gegen den betreibenden Gläubiger kann weder nach §§ 300 ff. noch nach §§ 823, 826 noch nach § 226 BGB. gerechtfertigt werden. Der Kläger behauptet zwar, die beklagte Bank habe sich im Annahmeverzuge hinsichtlich des vollstreckungsreifen, ihr vor dem Versteigerungstermin angebotenen Betrags befunden, aber eine dem § 286 BGB. entsprechende Vorschrift über Schadensersatz besteht für A n n a h m e verzug in den §§ 300 ff. daselbst nicht. Der Vertreter der Beklagten durfte erwarten, daß der Kläger von seinem Zahlungsrechte nach § 75 Gebrauch mache und die allenfallsigen Gründe, warum er, der Kläger, dies nicht könne, hat er dem erstereu nicht mitgeteilt.

2. Zinsablösung § 12 Ziff. 1, Versteigerung trotz Zahlung § 100 Ziff. 1.

§ 76. F u c h s , BuschsZ. **37** 97, gibt den in IDR. **5** § 97 Ziff. 1 erwähnten Beschluß des OLG. Cassel, wonach in einer verwickelten Gruppenausgebotssache bei Beschwerden verschiedener Beteiligter die relative Rechtskraft der Vorbeschlüsse verneint wurde, ausführlicher wieder und bespricht zwei darin nicht behandelte sachliche Fragen, wie folgt: a) Mit J a e c k e l 278 ist anzunehmen, daß der Wortlaut des § 76 auch einer Einstellung nicht entgegensteht, die bei Gruppenversteigerung

erst nach Schluß der Versteigerung sämtlicher Grundstücke ausgesprochen wird. Zu einem derartigen Verfahren ist der Versteigerungsrichter berechtigt und es kann zum Nutzen des Schuldners z. B. dann dienen, wenn ihm dadurch Haus und Hof, die zufällig zuerst ausgeboten wurden, gerettet werden. b) Es ist trotz des § 72 Abs. 1 Satz 1 nicht richtig, daß durch das die Summe der Einzelhöchstgebote übersteigende Gesamthöchstgebot die sämtlichen Einzelhöchstgebote immer erloschen seien. Von einem Übergebote gegenüber einem abgegebenen Gebote kann nur die Rede sein, wenn beide Gebote sich auf den gleichen Gegenstand, auf dasselbe Grundstück oder dieselben Grundstücke, beziehen (vgl. GruchotsBeitr. **50** 738).

§ 77. OLG. **16** 336, R. **08** II 477. Dem N. wurde trotz sofort erklärter Irrtumsanfechtung (betreffend Einrechnung der Hypotheken) der Zuschlag erteilt. Auf seine Beschwerde erachtete aber das LG. den Irrtum für dargelegt und entschied: „der angefochtene Beschluß wird aufgehoben und das Verfahren einstweilen eingestellt“. Dieser Beschluß verstieß zwar gegen § 33, weil das LG. den Zuschlag hätte versagen müssen, aber die weitere Beschwerde des Schuldners A. ist gleichwohl unzulässig, weil er einen unter Verletzung des § 33 erlassenen Einstellungsbeschluß wenigstens nach der Richtung nicht anfechten kann, um dadurch die Erteilung des Zuschlags zu erwirken.

§ 78. Protokoll maßgebend § 73 Ziff. 1, § 151 Ziff. 1, Auslegung? § 37 Ziff. 3, 14, Übertragungsstempel § 118 Ziff. 1, Vorkaufsrecht § 83 Ziff. 3, Schriftformersatz § 67 Ziff. 1.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. S. zu § 78.

§ 81. 1. **RG.** R. **08** II 176. Durch die Bestimmung, daß unter gewissen Voraussetzungen bei der Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot oder im Falle der indirekten Stellvertretung der Zuschlag unmittelbar dem Zessionar oder dem Vertretenen zu erteilen sei, ist die Steuergesetzgebung des Einzelstaats nicht gehindert, für die Abgabenpflicht zwei Besitzveränderungsfälle anzunehmen und die Sache steuerrechtlich so zu behandeln, als ob der Meistbietende das Grundstück erworben und an den Zessionar oder an den Vertretenen weiter veräußert habe. ➵ Ähnlich **RG.** JW. **08** 201, s. auch JDR. **6** § 81 Ziff 3 und oben § 58 Ziff. 2 u. 4. Red. ⇜

2. **RG.** ZBlFG. **9** 466. In der Meistgebotsüberlassung kann, aber muß nicht notwendig der Verkauf einer fremden Sache, sondern darf im Zweifel nur eine Rechtsabtretung ohne Haftung für Übergabe und Erlangung des Eigentums gefunden werden. Dann können auf diesen Vertrag auch nicht die Gewährleistungsgrundsätze wegen Sachmängel nach §§ 459 ff. BGB., wohl aber vielleicht die Vorschriften über einen, Sacheigenschaften betreffenden, Irrtum nach § 119 Abs. 2 das. und sicher die über arglistige Täuschung angewendet werden (s. Ziff. 9 u. 10).

3. ➵ **RG.** 15. 4. 08. Tritt der Ersteher erst nach erlangtem Zuschlage seine Rechte aus diesem an einen anderen mit hinzukommender Auflassung ab, so ist es Frage der Vertragsauslegung, wer von den beiden die einzelnen Kosten- und Umsatzsteuerbeträge zu zahlen hat? Red. ⇜

4. OLG. **16** 335 (Naumburg). A. trat sein Meistgebot auf drei verschiedene Grundstücke an drei verschiedene Personen B., C., D. ab. D. war in der Verhandlung nicht anwesend, trat aber später bei. Nachträglich wiederholten und erweiterten B., C., D. ihre Verpflichtungserklärungen dem A. gegenüber in dessen Abwesenheit. Diese letzteren, von A. später angenommenen Erklärungen sind nicht unwirksam gewesen (§§ 81, 100 ZVG., 152 BGB.).

5. Linkelmann, DJZ. **08** 756. Das Recht aus dem Meistgebote kann — entgegen einem Beschlusse des LG. Hannover — auch (ideell wie reell) geteilt

abgetreten werden. Der Abtretungsempfänger haftet dann allerdings ganz für die Verpflichtungen aus dem Meistgebot als Gesamtschuldner.

6. DJZ. **08** 880 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, soweit die Konkursverwaltung es erfordert, im Wege der ZwV. oder der freiwilligen Veräußerung Grundstücke für die Konkursmasse — d. i. dem Gemeinschuldner unter Beifügung seiner Konkursmäßigkeit — zu erwerben. ➸ Vgl. JDR. **6** § 17 Ziff. 3. Red. ⟵

7. BadRpr. **08** 98 (Bad. Steuerdirektion). Der Meistgebotszessionar ist für die dem Ersteher obliegende badische Verkehrssteuer nicht haftbar.

8. OldenbZ. **34** 213, R. **08** II 586 (Oldenburg). Wenn mehrere vereinbaren, daß einer in einem öffentlichen Verkaufstermine für sie zusammen ein Grundstück erwerben soll, so ist für die Vorschrift des § 313 BGB. kein Raum.

9. BadRpr. **08** 237 (LG. Mannheim). Für Meistgebotsabtretung, als gegenseitigen Vertrag, ist das Zweifache der vollen Gebühr, also 20 M. nach § 61 Abs. 2 BadRPGG., gerechtfertigt.

10. OLG. **17** 3, PosMSchr. **08** 96 (Stettin). Abtretung des Meistgebots und Zuschlag heilen den Mangel der im § 313 vorgeschriebenen Form (s. Ziff. 2 BGB. § 313 zu II 6).

11. Zuschlag an den Testamentsvollstrecker § 71 Ziff. 3, bei Doppelausgebot § 182 Ziff. 3, EG. § 9 Ziff. 2, Vorkaufsrecht § 83 Ziff. 3, Haftung des Richters § 100 Ziff. 2.

§ 82. 1. R. **08** II 599 (BayObLG.). Für die Verpflichtungen des Erstehers ist der Inhalt des Zuschlagsbeschlusses allein maßgebend (nicht etwa eine mündliche Besprechung bei der ZwV. mit dem Versteigerungsbeamten).

2. Rechtskraft eines ungesetzlichen Beschlusses § 37 Ziff. 1, aber § 826 BGB. anwendbar § 44 Ziff. 4, unrichtige Auslegung § 37 Ziff. 3, Rückfallsrecht des Staates § 45 Ziff. 2.

§ 83. 1. OLG. **16** 335 (Naumburg). Der Vollstreckungstitel des betreibenden Gläubigers ist nicht ordnungsmäßig zugestellt, ebensowenig der Beitrittsbeschluß. Bei Festsetzung des geringsten Gebots ist die Forderung des N. zu Unrecht berücksichtigt. Da aber die Versteigerung auf Antrag des M. ordnungsmäßig eingeleitet, auch der Antrag nicht zurückgenommen ist, muß der unstatthaft zugelassene Beitritt des N. als nicht erfolgt gelten. Ein Fall des § 83 Ziff. 6 liegt also nicht vor. Die einen Verstoß gegen § 83 Ziff. 1 bedeutende Berücksichtigung der N.schen Forderung bei Feststellung des geringsten Gebots steht dem Zuschlage nicht entgegen, weil sie Rechte von Beteiligten nicht beeinträchtigt. Denn der Zuschlagspreis deckt sämtliche angemeldete Forderungen.

2. HessRpflZ. **08** 137 (Darmstadt). Bei ZwV. gütergemeinschaftlicher Grundstücke gegen den Ehemann ist der Zuschlag zu versagen, wenn sich erst im Verfahren ergibt, daß vor dessen Einleitung Gütertrennung vereinbart wurde.

3. MecklZ. **26** 273. Die Versteigerungsbedingung, welche die Erteilung des Zuschlags davon abhängig macht, daß die Stadt R. innerhalb der ihr nach § 8 des Erbpachtkontrakts von 1834 vorbehaltenen vierwöchigen Frist von ihrem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch machen werde, daß also bereits vor Abschluß des Verkaufs (Zuschlags?) die Vorkaufsberechtigte einzutreten befugt sein soll, war eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften und da das Protokoll nichts von einer Beantragung und Genehmigung dieser Versteigerungsbedingung enthält (§§ 59, 78), mußte der Zuschlag aufgehoben werden. Zwar gilt Vorkaufsberechtigung abweichend vom BGB. in Mecklenburg auch bei ZwV., aber sie kann erst vom Zuschlag an geltend gemacht werden (Art. 63 EGBGB., § 90 ZVG.).

4. Zubehörstreit § 37 Ziff. 13, 14, Zustellungsfehler § 41 Ziff. 1, Bietungsirrtum § 71 Ziff. 1 u. 2, § 77 Ziff. 1, Zuschlag trotz Zahlung § 100 Ziff. 1, sächs. Reallasten § 115 Ziff. 22, verspätetes Sicherheitsverlangen § 72 Ziff. 1.

§ 84. Kein Interesse an Zuschlagsbeschwerde § 83 Ziff. 1, § 72 Ziff. 1, § 115 Ziff. 22.

Vorbemerkung: Im Falle zu niedriger (Schein-) Erlöse neigt sich, wie aus einzelnen der nachfolgenden Entscheidungen hervorgeht, die Rechtsprechung, besonders die des RG., jetzt doch mehr dazu, wenigstens gegenüber Schadensklagen des Erstehers den Einwand zuzulassen, daß er in Wahrheit gar nicht geschädigt sei.

§ 85. 1. Kluge, DJZ. **08** 697, bekämpft das Urteil **RG. 65** 57, JW. **07** 133 (JDR. **6** § 85 Ziff. 1), wonach der Notar, der dem Hypothekenerwerber den Betrag der vorgehenden Rechte zu niedrig angegeben hatte, zu Schadensersatzleistung verurteilt wurde, obwohl der angeblich geschädigte Hypothekerwerber das Grundstück unter Wert erstanden hatte. ➵ Ähnlich Kerkhoff, DNotV. **08** 134. Red. ⇠

2. SeuffA. **63** 339 (BayObLG.). Der von der Hypothekgläubigerin durch Entfernung von Zubehörstücken erlittene Schaden ist aus anderer Wurzel entsprungen, wie der ihr durch billige Erstehung des Grundstücks angeblich erwachsene Nutzen. Daher findet keine Ausgleichung zwischen beiden statt.

3. ➵ **RG.** 28. 11. 08. Der Beklagte hatte seinem, dem Kläger gegebenen, Versprechen zuwider seine Vorhypothek nicht behufs Rangverbesserung der klägerischen Hypothek löschen lassen, sondern an einen Dritten abgetreten. Der Kläger als Selbstersteher verlangte daher seinen Hypothekenausfall von ihm ersetzt. Beklagter wurde zwar nicht mit seiner Einrede der Ausgleichung des Schadens mit dem um ungefähr 25 000 M. den Zuschlagspreis übersteigenden Wert des Grundstücks, aber doch mit der Behauptung gehört, daß, wenn er nicht die Vorhypothek versilbert und das Geld in den Neubau verwendet hätte, der Kläger noch viel mehr geschädigt worden wäre. Bei Wahrheit dieser Behauptung könnte eine schadenstiftende Handlung des Beklagten nicht angenommen werden. Red. ⇠

4. HansGZ. **08** Beibl. 94 (Hamburg). Dem Bürgen ist die Einrede nicht zu gewähren, daß der Gläubiger in Wahrheit durch Erstehung des Grundstücks des Hauptschuldners befriedigt sei.

5. BadRpr. **08** 266. Im Großherzogtume Baden blieben im Jahre 1907 die ZwVerlöse von zusammen rund 21 Millionen um 16,72 pCt. hinter den Schätzungswerten zurück.

6. ➵ **RG.** 9. 12. 08. Die Klage verlangte Auflassung eines eingetauschten Grundstücks im Werte von 26 000 M. Im Laufe des Rechtsstreits erstand der Kläger das Grundstück in der ZwV. für 26 000 M., forderte aber dessen Mehrwert von 5000 M. als Schadensersatz. Er wurde abgewiesen, weil ein Fall der Ausgleichung von Nutzen und Schaden vorliege. Red. ⇠

7. **RG.** R. **09** Nr. 213. Gegen die Schadensklage des Gläubiger-Erstehers wegen unerlaubter Zubehörbeseitigung (Kaltabbrennens) kann mit dem durch Erstehung des Grundstücks unter seinem Werte gemachten Gewinn aufgerechnet werden.

8. Beispiele von Scheinerlösen § 44 Ziff. 4, § 58 Ziff. 4, Abhalten vom Bieten und ähnliche Verträge §§ 66, 91 Ziff. 1 u. 2.

§ 86. Keine bloße Einstellung § 77 Ziff. 1.

§ 90. 1. BayRpflZ. **08** 317, ZBlFG. **8** 801, R. **08** II 230 (BayObLG.). Schweigen die Ersteher eines Grundstücks darüber, ob sie das Eigentum zu Bruchteilen oder als Gesellschafter zur gesamten Hand erwerben wollen, und werden sie hierüber vor Erteilung des Zuschlags auch nicht von Amts wegen befragt, so ist dies für Erteilung des Zuschlags gleichgültig und es kommt lediglich auf ihre erweisbare Willenseinigung beim Zuschlag an, ob Bruchteilseigentum oder Gesellschaftsvermögen entsteht. Ist letzteres der Fall, hierüber aber aus dem Grundbuchseintrage nichts ersichtlich, so kann die Berichtigung nur durch Antrag aller Beteiligten nach §§ 22 Abs. 2, 29, 40 GBO. herbeigeführt werden.

2. LeipzZ. **08** 255 (LG. Breslau). Der Konkursverwalter vermietete ein Grundstück und zog am 1. Mai 1907 den Halbjahreszins zu 1500 M. im voraus ein. Er wurde verurteilt, an den die ZwV. betreibenden Hypothekgläubiger, der am 16. Juli 1907 den Zuschlag erhalten hatte, den auf die Zeit nach dem 16. Juli 1907 treffenden Teil des Mietzinses als Masseschuld unter Berücksichtigung des § 57 herauszuzahlen; der § 101 BGB. war anzuwenden, dagegen nicht die §§ 575, 574 das.

3. PosMSchr. **08** 28 (Königsberg). Was zugeschlagen wird, ergibt in Ermangelung entgegenstehender Bestimmungen des Zuschlagsbeschlusses die Bekanntmachung nach § 37 Ziff. 5. Zugleich ist Voraussetzung für das Erlöschen der der ZwV. entgegenstehenden Rechte und damit für den Eigentumserwerb an Teilstücken, die nach der wahren Rechtslage bis dahin nicht zum Grundstücke gehört haben, daß das Grundstück in der Bekanntmachung so genau — insbesondere mit dem Artikel der Grundsteuermutterrolle und der Nummer der Gebäudesteuerrolle — bezeichnet wird, daß der etwaige wahre Eigentümer seine Rechte nach § 37 wahren kann (**RG. 57** 200; s. § 37 Ziff. 10 und folgende Ziff. 4).

4. ➽ **RG.** 26. 9. 08. Der Satz des BerR., daß die aus den Steuerbüchern in das Grundbuch übernommenen Größenangaben für den Umfang des in der ZwV. zugeschlagenen Grundstücks nicht maßgebend seien (vgl. übrigens **RG. 61** 193), kann auf sich beruhen, da nach seinen einwandfreien Feststellungen nicht einmal die katastermäßige Zugehörigkeit der streitigen, vom klagenden Ersteher begehrten Fläche zu dem ihm zugeschlagenen Grundstück erwiesen oder nach den gestellten Beweisanträgen erweislich ist. Red. ⬻

5. Strübe, R. **08** 806. Wo die Grundbuchberichtigung auf Grund Zuschlags und anderer Arten des gesetzlichen Eigentumsüberganges nachgesucht wird, kann von Auflassung keine Rede sein, sondern nur von Zustimmung der Beteiligten oder vom geführten Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs. ➽ Vgl. RJA. **9** 203, R. **08** II 643 (KG.). Red. ⬻

6. ➽ **RG.** 14. 11. 08. Brandversicherungsgelder gehen gemäß § 1127 BGB. auf den Ersteher mit über, wenn zur Zeit der Beschlagnahme und des Zuschlags für die abgebrannten Gebäude noch kein vollwertiger Ersatz geschaffen war. Es kommt dabei nicht auf die schon ganz vollendete Herstellung der Ersatzgebäude, sondern nur auf die Wiederherstellung der früheren Hypothekensicherheit an (vgl. auch Schneider, R. **08** 835). Red. ⬻

7. **RG. 69** 247, JW. **08** 736. Der BerR. hat mit Recht angenommen, daß der fragliche Anspruch wegen Beschädigung durch Bergbau durch den Zuschlag des beschädigten Grundstücks auf die Beklagte als Ersteherin übergegangen und daß daher der Kläger als früherer Eigentümer des Grundstücks nicht mehr zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs befugt ist trotz seiner Klagebegründung damit, daß wegen dieses neuerlichen Bergschadens der Zuschlagspreis um 7994 M. zu niedrig ausgefallen sei (§ 1128 BGB., Artt. 52, 53, 67 Abs. 2 EGBGB.).

8. *Fromm aaO. a) Die an den Zuschlag geknüpften Wirkungen treten schon mit der Verkündung, nicht erst mit der Rechtskraft desselben ins Leben. Sie müssen daher bei definitiver Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses wieder in Wegfall kommen. Sie bestehen also, bis der Beschluß unanfechtbar geworden ist, nur bedingt. Wenn es sich hier auch nicht um eine Bedingung im Sinne des BGB. handelt, so sind doch die dortigen §§ 158 ff. entsprechend anzuwenden. Mit Aufhebung des Zuschlags tritt daher der frühere Rechtszustand wieder ein und zwar mit Wirkung ex tunc (§ 158 Abs. 2 BGB.). Wenn der Ersteher Verfügungen, z. B. über Zubehörstücke, getroffen hat, so sind sie als Verfügungen eines Nichtberechtigten anzusehen. Aus § 161 das. ergibt sich, daß sie insoweit unwirksam sind, als durch sie der Eintritt des früheren Rechtszustandes vereitelt oder beeinträchtigt werden würde (76). ➽ Unbeschadet wohl der Wirkung des guten Glaubens der Dritten nach § 932 BGB. rc.

Red. ←≪ b) Aus der konstitutiven Natur des Zuschlags ergibt sich nicht nur die Bedeutungslosigkeit einer etwaigen mala fides des Erstehers, sondern es folgt daraus mit Notwendigkeit, daß es auf seinen Erwerbswillen überhaupt nicht ankommt (81).

9. LeipzZ. **08** 630, R. **08** II 548 (Colmar). Nach (freiwilliger?) Versteigerung des zur Konkursmasse gehörenden, mit der streitigen Verpflichtung (zur Einhaltung eines Gebäudezwischenraums) belasteten Grundstücks kann der Ersteher an Stelle des Konkursverwalters in den Rechtsstreit darüber eintreten, aber nur, wenn er diesen ausdrücklich nach § 266 ZPO. übernimmt.

10. PosMSchr. **08** 160 (Posen). Wenn aus Versehen dasselbe Grundstück auf verschiedenen Blättern des Grundbuchs eingetragen ist, so daß das eine Blatt den Schuldner, das andere einen Dritten als Eigentümer bezeichnet, dann berührt der Zuschlag das Eigentum an diesem Grundstück oder Grundstücksteile nicht.

11. S. im allgemeinen §§ 20, 37, 55, gefällte Hölzer § 151 Ziff. 1, Vorkaufsrecht § 83 Ziff. 3, § 182 Ziff. 3, preußisches Fensterrecht EG. § 9 Ziff. 3.

§ 91. 1. ≫→ **RG.** 26. 2. 08. Ein Vater A., der Hypothekschuldner seiner Kinder war, ließ beim Verkaufe des Grundstücks die Kinderhypothek durch den Käufer B. übernehmen. B. verkaufte an C. weiter und diesem wurde das Grundstück zwangsversteigert. Vor der ZwV. vereinbarte A. mit B., daß dieser das Grundstück erstehe und die von A. namens seiner Kinder an B. abgetretene, durch die ZwV. erlöschende Kinderhypothek nachher neu eintragen lasse. Als der Ersteher gewordene B. sich dessen weigerte, wurde er von A. darauf verklagt. Das RG. nahm an, daß nun nach Erlöschen der Kinderhypothek durch ZwV. A. seine frühere, gemäß § 1795 Ziff. 2 BGB. unwirksamen Geschäfte mit B. allein namens der Kinder in rückwirkender Weise genehmigen konnte und daher zur Klagestellung gegen B. aus dem neuen Übereinkommen berechtigt war. Red. ←≪

2. ≫→ **RG.** 21. 3. 08. A. und B. vereinbarten, daß A. das Grundstück des C. in der ZwV. erstehe, die Hypothek der B. zu 45 000 M. dabei ausfalle, aber alsbald wieder von A. zur Eintragung gebracht werde. Beide meldeten die Ausfallforderung zu 45 000 M. zum Konkurse des C. an, wo sie auch festgestellt wurde. A. klagte sodann auf seine Berechtigung zum alleinigen Bezuge der Dividende gegen B. gemäß §§ 414, 774 BGB., weil er bürgschaftsweise den C. von der Schuld an die B. befreit habe und dadurch die persönliche Forderung der B. auf ihn übergegangen sei. Er wurde aber wegen Nichtanwendbarkeit dieser Gesetzesstellen mit der Klage abgewiesen. (Es könnte auch, wie oben bei Ziff. 1, der § 138 BGB. in Frage kommen.) Red. ←≪

3. **RG.** SächsRpflA. **08** 191, R. **08** II 257. Für den Fall der verfrühten Rückzahlung einer länger unkündbaren Hypothek war der Gläubigerin A. eine Entschädigung zu jährlich $1/2$ pCt. bedungen. In der vorzeitigen ZwV. vereinbarte die A. mit dem Ersteher das Stehenbleiben der Hypothek, ihr Anwalt gab dies aber im Teilungstermine nicht kund, sondern ließ sie in diesem im Einverständnisse mit dem Ersteher samt der ca. 3000 M. betragenden Entschädigung aus dem Versteigerungserlöse bar auszahlen, gab beide Beträge dem Ersteher nachträglich zurück und bewirkte, daß das Vollstreckungsgericht beim Grundbuchamte das Stehenbleiben der Hypothek vormerken ließ. Nachstehende ausgefallene Hypothekgläubiger klagten gegen die A. auf Herauszahlung der 3000 M. Das klagabweisende Urteil wurde vom RG. unter Zurückverweisung der Sache aus dem Grunde aufgehoben, daß die Anwendung des § 91 Abs. 2 wohl auch nach schon erfolgter Zahlung der Hypothek aus dem Versteigerungserlöse nicht ausgeschlossen sei, daß aber jedenfalls noch geprüft werden müsse, ob obenangegebenes Verfahren nicht wider die guten Sitten verstoße.

4. du Chesne, Der absolute Schutz von Tauschwerten, SeuffBl. **08** 211. In der Zeit nach dem Zwangsverkaufe der Sache bis zur Erlangung eines neuen

Rechtes — sei dies das Eigentum an den gezahlten Geldstücken des Erlöses oder ein neuer Anspruch an den Ersteher — ist kein dinglicher Schutz mehr vorhanden, so daß der bloße prozessuale Schutz aushelfen muß.

5. ➳ OLG. Dresden 9. 7. 07. Bei drei inmitten liegenden ZwVen und mehreren Verkäufen war trotzdem nach dem Beweisergebnis anzunehmen, daß die vom ersten Ersteher A. stehen gelassene Hypothek vom zweiten Ersteher D. vereinbarungsgemäß auch zur persönlichen Schuld übernommen wurde, und mußte D. daher nach Ausfall der Hypothek in der dritten ZwV., in der A. das Grundstück wieder erstand, zur Zahlung ihres Betrags an A. verurteilt werden. Das Armenrecht gegen dieses Urteil wurde vom RG. verweigert. Red. ⇐

6. KGBl. **08** 98 (LG. II Berlin). Der § 91 Abs. 2 bezieht sich nur auf zur Hebung gelangende, nicht auf ausgefallene Rechte. ➳ Abweichend wohl mit Recht von JDR. **5** § 91 Ziff. 5, **6** § 91 Ziff. 6. Red. ⇐

7. HessRpflZ. **08** 135. Der Zuschlag im ZwVerfahren oder in der dem letzteren gleichstehenden freiwilligen Versteigerung begründet keine Novation der Forderungen der eingeschriebenen Gläubiger.

8. Bad. Straßenkosten § 10 Ziff. 8, Servitutanlage § 44 Ziff. 1, arglistige Herbeiführung des Erlöschens § 44 Ziff. 4, Rückfallrecht § 45 Ziff. 2, Erlöspfändung § 107, Auflassungsvormerkung § 115 Ziff. 1, § 48 Ziff. 2, Stehenbleiben der ausgefallenen Hypothek des Erstehers § 151 Ziff. 1, landesgesetzliche Rechte EG. § 9.

§ 92. 1. **RG.** BayRpflZ. **08** 306, R. **08** II 525. Der Ersatz eines nicht unter Abs. 2 fallenden, durch den Zuschlag erloschenen Rechtes (hier einer Hof- und Durchfahrtsdienstbarkeit) ist nicht durch Rentenzahlung, sondern „nach seinem Werte" zu leisten. Daraus, daß es sich um den Ersatz des Rechtes handelt, in Verbindung mit dem Wesen der Grunddienstbarkeit nach § 1019 BGB. läßt sich entnehmen, daß der Wert ins Auge zu fassen ist, den die Grunddienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat (vgl. auch § 7 ZPO.). Sonst findet sich nirgends eine Begriffsbestimmung für „Wert". Er läßt sich hier nur so bestimmen, daß auf den Nutzen gesehen wird, den die Dienstbarkeit jedem Eigentümer des herrschenden Grundstücks gewährt. Diesem Nutzen entspricht die durch Wegfall des Rechtes eintretende Entwertung des herrschenden Grundstücks. Der von der Revision geltend gemachte Gegensatz zwischen Werts- und Schadensermittelung ist wenigstens für den vorliegenden Fall nicht anzuerkennen. Daß die Grunddienstbarkeit durch Erwerbung einer anderen od. dgl. mit geringeren Kosten hätte ersetzt werden können, ist weder behauptet, noch anzunehmen. Ein Höchstbetrag für sie nach § 882 BGB. war nicht eingetragen.

2. Landmann, BadNotZ. **08** 11 (16), erachtet als bestes Mittel, die wirtschaftlichen Interessen des Eigentümers und des Erbbauberechtigten gleichmäßig zu wahren, die Eintragung des Erbbauzinses als Reallast, somit nicht als Verkehrs- oder Sicherungshypothek, Grund- oder Rentenschuld. Für den Fall der ZwV. drohe dann die Gefahr des § 92 Abs. 1 (des Erlöschens) wohl nur selten und sie könne durch eine abweichende Feststellung des geringsten Gebots gemäß § 59 Abs. 1 u. 3 allenfalls beseitigt werden. Sonach empfehle sich Abänderung des Art. 26 Abs. 2 BadAGBGB. (wodurch die Begründung von Reallasten äußerst eingeschränkt ist).

3. Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 2.

§ 93. 1. Eckels, Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers im Konkurse des Eigentümers und in der ZwV., ZBlFG. **9** 201, gelangt unter anderem zu folgenden Sätzen: a) Entgegen OLG. **8** 116 und gegen Reinhard und Wolff ist mit Schlegelberger (JDR. **5** § 92 Ziff. 3) dem nach § 1000 BGB. zurückbehaltungsberechtigten Besitzer ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück im Sinne des § 10 und ein der ZwV. entgegenstehendes Recht zu versagen. b) Zur Durchführung des Befriedigungsrechts wegen Verwendungen aus § 1003 BGB. in

der ZwV. wird an sich von allen außer Kretzschmar ein vollstreckbarer Titel für erforderlich erachtet. Aber dieses dingliche Recht, wenn nach § 37 Ziff. 1 gehörig angemeldet, kann auch in der von einem anderen betriebenen ZwV. verfolgt werden. Zwar hat es im Bargebote keinen Raum, aber es kann und muß übernommen werden und geht dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vor. Es ist vom Besitze des Grundstücks seitens des Berechtigten abhängig, der § 93 steht ihm aber nicht entgegen. Der Besitzer kann bis zur Befriedigung seines Rechtes dem Ersteher die Herausgabe verweigern. Er hat aber auch ein Klagerecht auf Befriedigung seines angemeldeten und übernommenen Verwendungsanspruchs gegen den Ersteher überhaupt und nach § 1001 BGB. auch dann, wenn er das Grundstück dem Ersteher herausgegeben hat. — Für den Fall dagegen, daß der Eigentümer selbst wieder Ersteher wird, ist mit Kretzschmar und Männer entgegen Biermanns und Staudingers teilweise abweichender Meinung anzunehmen, daß er nach der Regel des § 93 Abs. 2 für die vor dem Zuschlage gemachten Verwendungen nicht aufzukommen hat. c) Wenn der Anspruch bestritten ist (§ 1003 Abs. 2), kann die Feststellungsklage mit der Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung, aber nicht mit der Klage auf Zahlung verbunden werden. AM. Staudinger, Planck, Crome und zum Teil auch Neumann.

2. HessRpflZ. **08** 93 (LG. Darmstadt). Eine vollstreckbare Ausfertigung des Zuschlagsbeschlusses kann nicht erteilt werden, bevor der landesgesetzliche Stempel zu dem Beschlusse des Vollstreckungsgerichts gewahrt ist (Art. 59 HessGKG. vom 30. Dezember 1904).

3. *Fromm aaO. 91. Der Zuschlagsbeschluß wirkt nicht nur gegen den Subhastationsschuldner, sondern er ist auch gegen jeden Drittbesitzer von Gegenständen der Immobiliarmasse, z. B. von Zubehörstücken, vollstreckbar. Voraussetzung ist nur, daß die Vollstreckungsklausel, in der die fraglichen Gegenstände aufgeführt sind, gegen den betreffenden Dritten erteilt ist und der Zuschlagsbeschluß entsprechend dem § 750 ZPO. zugestellt wird. Zur Erlangung der Vollstreckungsklausel ist der Weg des § 727 ZPO. nicht gangbar. ➵ Welcher aber sonst außer dem Klagewege, sofern der Drittbesitzer als solcher nicht im Beschlusse selbst schon aufgeführt ist? Red. ⟵

4. Verwendungen § 10 Ziff. 1, 3. Der § 93 gilt auch für Zubehör § 37 Ziff. 7.

§ 94. Isaac, DJZ. **08** 477. Der Verwalter muß in Anwendung des § 156 die laufenden Beträge öffentlicher Lasten ohne weiteres Verfahren berichtigen, die übrigen Ansprüche aber in einem besonderen Verteilungsverfahren. Eine Zahlung an den Ersteher oder eine Hinterlegung bei Gericht findet nicht statt.

§ 95. 1. OLG. **16** 335, R. **08** II 477 (Breslau). Der § 95 hebt ausdrücklich hervor, daß die Beschwerde nur gegen eine Entscheidung eingelegt werden kann. Entscheidung setzt immer beiderseitiges Gehör voraus. Beschlüsse auf einseitigen Antrag, z. B. auf Einleitung der ZwV., müssen nach §§ 793, 766 ZPO. zunächst mittels Erinnerungen angefochten werden (vgl. § 100 Ziff. 3, § 180 Ziff. 9).

2. R. **08** 519 (KG.). Der Gegenstandswert bei Beschwerden ist in Preußen nach dessen Gerichtskostengesetz zubestimmen.

3. S. auch § 100, Beschwerden in der ZwVerw. § 155 Ziff. 1, § 153, § 161 Ziff. 1, in der TeilungsZwV. § 180 Ziff. 12, Beschwerde des Vollstreckungsrichters § 146 Ziff. 2, Ablehnung des Notars EG. § 13, Vergleich § 10 Ziff. 11, Beschwerde gegen den Teilungsplan § 115 Ziff. 7, 21.

§ 97. 1. OLG. **16** 338 (Breslau). Dem Gemeinschuldner steht gegen den Zuschlag von Grundstücken, die der Konkursverwalter nicht freigegeben hat, ein Beschwerderecht nach § 6 KO. nicht zu, mag die Beschwerde auch im allgemeinen zulässig sein.

2. Verschiedenes Beschwerderecht § 76, kein Interesse § 72 Ziff. 1, § 77.

§ 100. 1. v. Dassel, R. 08 114, bespricht beistimmend einen Beschluß des OLG. Hamburg (OLG. **16** 338, HansGZ. **08** Beibl. 61, SeuffBl. **08** 471), wonach in einem Falle, da das Grundstück trotz der tagszuvor ohne Wissen des Vollstreckungsgerichts erfolgten vollständigen Befriedigung des betreibenden Gläubigers zwangsversteigert und die Beschwerde des betreibenden Gläubigers und des Schuldners gegen den Zuschlagsbeschluß abgewiesen worden ist, weil der Versteigerungsrichter die §§ 81, 83—85 nicht verletzt habe und die Interessen des Erstehers und der dinglich Berechtigten nach Vorbild des PrZVG. gewahrt bleiben mußten. ⇒ Dem stehen erhebliche Bedenken entgegen. Vgl. Simon, JDR. **3** § 75, Jaeckel 275. Red. ⇐

2. **RG.** R. **08** II 126. Wird der Zuschlag auf Antrag des Schuldners wegen unrichtigen Verfahrens des Vollstreckungsrichters aufgehoben und hat die zweite Versteigerung noch ein ungünstigeres Ergebnis, so haftet der Vollstreckungsrichter dem Schuldner zwar für die Kosten des Beschwerdeverfahrens und der zweiten Versteigerung, aber nicht für den Unterschied zwischen dem ersten und zweiten Versteigerungsergebnisse (vgl. den anderen Fall in JDR. **6** § 8).

3. ElsLothJZ. **08** 520 (Colmar). Die Ungültigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Nichtbeachtung der Vorschriften des § 750 ZPO. (allgemeine Vollstreckungsformalien betr.) kann nur im Wege der Einwendungen gemäß § 766 das. geltend gemacht werden und es ist deren Geltendmachung an keine Frist gebunden. Die Prüfung in dieser Hinsicht liegt dem Gericht auf die Beschwerde gegen den Zuschlag auch von Amts wegen ob.

4. S. auch §§ 95, 97, Beschwerdefälle §§ 44 Ziff. 4, 41 Ziff. 1, 71 Ziff. 1 u. 2, 73 Ziff. 1, 37 Ziff. 1, 5, 14, 115 Ziff. 22, 81 Ziff. 4.

VIII. Verteilung des Erlöses.

Vorbemerkung: Zu den meist umstrittenen Gebieten gehören die den Versteigerungserlös, dessen Aufrechnung, Abtretung, Pfändung betreffenden Fragen. Unter Vorgreifen auf die Rechtsprechung für 1909 sei hier einstweilen auf die wichtige Entscheidung des RG. vom 3. Februar 1909 hingewiesen, wonach eine bereits vor dem Zuschlag erfolgte Pfändung des zukünftigen, auf eine Hypothek treffenden, Anspruchs auf den Versteigerungserlös unwirksam ist. S. JW. **09** 166.

§ 107. 1. **RG.** SchlHolstAnz. **08** 125, R. **08** II 241. Richtige Erlöspfändung geht der zuvor ohne Briefübergabe geschehenen Übertragung der Eigentümerhypothek vor (vgl. **RG. 63** 214, **65** 62). Zwar ist für die nach der ZwV. erfolgende Erlöspfändung das Vollstreckungsgericht nicht Drittschuldner (**RG. 43** 427), aber ein Irrtum des Pfändungsgläubigers hierüber ist unschädlich, wenn nur nach § 857 Abs. 2 dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

2. *Altmann, Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse in der ZwV. von Grundstücken, ZBlFG. 8 563. Bei Pfändungen und Überweisungen aller Art während der ZwV. behalten die einschlagenden materiell-rechtlichen und zivilprozessualen Vorschriften ihre Geltung. An sich ändert daran die Beschlagnahme ebensowenig etwas wie der Zuschlag. Der Schuldner wird Eigentümer des an das Gericht gezahlten Erlöses, aus dem er in gleicher Weise, wie vordem aus dem Grundstücke, die Befriedigung der Realgläubiger zu dulden hat. Ihm — nicht dem Vollstreckungsgericht — als dem Drittschuldner ist der Erlöspfändungsbeschluß zuzustellen (**RG. 40** 395). Zwischen dem Ersteher und den Realgläubigern besteht bis zur Verteilung des Erlöses durch das Gericht keine rechtliche Beziehung. Bis dahin kann der Vollstreckungsschuldner nur verlangen, daß der Ersteher behufs Verteilung des Erlöses an die Berechtigten Zahlung leiste. Besonderes gilt für Pfändung und Überweisung von Amortisationsbeiträgen, die Kapi-

talsleistungen (keine Nebenleistungen nach §§ 1115, 1178 BGB.) sind, also Gegenstand der Eigentümerhypothek werden können. Der durch sie berichtigte Betrag unterliegt als Eigentümerhypothek der Pfändung und Überweisung zugunsten der Gläubiger des Eigentümers nach den gewöhnlichen Vorschriften und er bleibt mit der Hypothek bestehen, wenn sie bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden ist, andererseits kommt er mit ihr zur Hebung oder fällt aus. Wann die Amortisationsbeiträge gezahlt sind, ist gleichgültig, auch die im Laufe des ZwVerfahrens nach der Beschlagnahme vom Eigentümer gezahlten begründen insoweit eine Eigentümerhypothek. Die laufenden Beiträge sind, da sie nach dem Inhalte des Grundbuchs zu berichtigen sind, von Amts wegen zu liquidieren, die rückständigen auf bloße Anmeldung (§ 45 Abs. 2). Die gezahlten Amortisationsbeiträge rangieren als Teile des Hauptanspruchs stets in der IV. Klasse des § 10, gleichviel, wann sie gezahlt sind. Für die Amortisationsbeiträge der Landschaften und ritterschaftlichen Kreditinstitute gilt, da für diese die Satzungen maßgebend sind, Sonderrecht (vgl. KGJ. **20** A 208, 209). Sie bilden zwar ein Guthaben des Eigentümers, aber dieses geht regelmäßig nach den Satzungen als Bestandteil des bepfandbrieften Grundstücks auf den neuen Eigentümer, bei der ZwV. auf den Ersteher, über, so daß eine Eigentümerhypothek nicht vor Tilgung des ganzen Kapitals entstehen kann. Daher ist hier während schwebender ZwV. für eine Pfändung und Überweisung gezahlter Amortisationsbeiträge kein Raum. Die Wirkungen der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, namentlich die Frage, ob der, dem die Hypothek zur Einziehung überwiesen ist, ein Recht auf Empfangnahme des überwiesenen Betrags hat, sind nach § 836 ZPO. auch für das ZwVerfahren zu beurteilen, so daß der Versteigerungsrichter einer materiellen Prüfung insoweit überhoben ist. Die Berücksichtigung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses muß auch nach Erteilung des Zuschlags bis zur Zahlung des zur Hebung kommenden Betrags erfolgen (vgl. **RG. 43** 427). Wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß sich auf Amortisationsbeiträge erstreckt, muß nach § 44 der zur Eigentümerhypothek gewordene amortisierte Teil der dem Anspruche des Gläubigers vorgehenden Hypothek durch das Gebot gedeckt und in dieses aufgenommen werden. Der Zuschlagsbeschluß aber muß die Versteigerungsbedingung enthalten, daß auch der amortisierte Teil der Hypothek bestehen bleibt. Nach § 118 wird die Forderung gegen den Ersteher, wenn dieser nicht bar zahlt, auf die Berechtigten übertragen. Diese Forderung scheidet aus dem Vermögen des Subhastaten kraft richterlicher Anordnung aus und der nunmehr Berechtigte tritt als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen. Zuzugeben ist, daß durch die Überweisung zur Einziehung die Forderung an sich im Vermögen des Vollstreckungsschuldners verbleibt, so daß er auch weiterhin unbeschadet der Rechte dessen, dem sie überwiesen ist, darüber verfügen kann (**RG. 7** 238, **18** 398, **27** 292, **49** 401) und ferner ist auch Verzicht des Gläubigers nach § 843 ZPO. unbeschadet seines Anspruchs möglich. Immerhin können diese Befugnisse des Schuldners und des Gläubigers nicht für durchschlagend erachtet werden, da die hier kraft richterlicher Anordnung eintretende Übertragung weder unter den Berechtigten als solchen unterscheidet, noch die Übertragungen selbst differenziert. Der § 118 setzt auch kein volles Gläubigerrecht voraus, sondern es genügt das Recht der Beitreibung an Stelle des Schuldners im ZwVerfahren. Daß hierhin derjenige gehört, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, unterliegt keinem Zweifel (**RG. 20** 423 und Fischer-Schäfer (Ausgabe von 1902] 48).

3. **RG.** R. **08** II 572. Erst wenn der bei der ZwV. zur Hebung gekommene Hypothekgläubiger den auf ihn entfallenden Teil des Barerlöses, der an das Gericht zu zahlen ist (§ 107 Abs. 2), erhalten hat, ist er „aus dem Grundstücke" befriedigt. Bis dahin kann er, wenn nach dem Anfechtungsgesetze verklagt, dem Anfechtungskläger

sein Recht auf Verwirklichung der Hypothek zur Verfügung stellen, d. h. darein willigen, daß statt seiner der Kläger aus dem Erlöse befriedigt werde. Dies ist keine Geld-, sondern eine der Sicherung durch einstweilige Verfügung zugängliche Individualleistung.

4. OLG. **17** 358 (Breslau). Ist die Hypothek zu einer Zeit gepfändet, in der sie bereits infolge des Zuschlags erloschen war, dann ist eben etwas gepfändet, was nicht mehr besteht, und es kann an Stelle des somit gegenstandslosen Pfandrechts nicht das treten, was allein noch besteht, nämlich der Erlösanspruch.

5. Schlesinger, MecklZ. **26** 192, ist der Ansicht, daß sich der Versteigerungsrichter den Überschuß des Erlöses eines nach § 928 BGB. derelinquierten Grundstücks, das sich auch der Fiskus nicht angeeignet hat, behalten dürfe, sofern er sich nicht damit disziplinär haftbar mache. ➠ Dagegen will Bendix, ABürgR. **32** 207, wenigstens dem im Grundbuche noch eingetragenen Eigentümer, der auf das Eigentum verzichtet hat, vor Aneignung des Fiskus noch ein Recht auf den Überschuß gewähren. Red. ⟵

6. Überweisung § 115 Ziff. 20, 21, Wirkung der Zahlung § 117, Mobiliarerlös § 23 Ziff. 2, 3, § 37 Ziff. 5, Erlöspfändung mehrerer § 128 Ziff. 1.

§ 109. 1. BadRpr. **08** 17 (Karlsruhe). Ein badischer Kirchenbaufonds betrieb die ZwV. wegen seiner Forderung zu 916,20 M., er fiel dabei mit 248,50 M. aus, seine Beschwerde (auf Gebührenfreiheit nach § 11 RPKG. gestützt) gegen Ansatz von 5,20 M. für Bekanntmachung, 5,20 M. für den Versteigerungstermin, 7,80 M. für das Verteilungsverfahren wurde zurückgewiesen, weil diese unter § 48 Bad. KVO. fallenden Gebühren nach § 109 Abs. 1 aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu entnehmen seien und für sie deshalb auch der § 60 Abs. 2 KVO. bestimme, daß für sie der Antragsteller hafte, sofern der Erlös nicht zureiche. Letzteres sei hier der Fall, weshalb von einer „Schuldnerhaft" des Kirchenbaufonds nicht die Rede sein könne. ➠ Vgl. darüber Öfterding, BadRpr. **08** 34. Red. ⟵

2. Über Kostenwesen s. auch §§ 10 Ziff. 12, 14; 58, 95 Ziff. 2, 114, 118 Ziff. 1.

§ 111. R. **08** II 202 (Frankfurt). Es besteht kein Rechtssatz (auch nicht nach § 1133 BGB.), daß durch die ZwV. des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks die Fälligkeit der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Forderung herbeigeführt werde (vgl. JDR. **06** § 111).

§ 112. Fröhlich, BreslauAK. **08** 33, weist auf die Ungleichmäßigkeiten und Unzuträglichkeiten hin, die der Zufall mit sich bringt, wenn das Verteilungsverfahren für das eine mit einer Gesamthypothek belastete Grundstück eher erfolgt, als das für das andere. Er schlägt einen diesem Mißstand abhelfenden § 874 a ZPO. vor, wonach für solche Fälle bei Unzulänglichkeit der Masse die Höhe der einzelnen Forderungen zur Zeit der ersten Beschlagnahme maßgebend sein soll.

§ 114. Schneider, SächsRpflA. **08** 9. Es ist selbstverständlich, daß der Richter die angemeldeten Haupt- und Zinsansprüche an der Hand des Grundbuchs oder der Blattabschrift nachzuprüfen und die Zuvielforderungen zu streichen hat. Genau so ist er aber auch verpflichtet, Kosten, die nicht erwachsen oder nicht erstattungsfähig sind, im Teilungsplan abzusetzen, sofern sie nicht von allen Beteiligten sofort genehmigt werden, worüber kein besonderes Verfahren nötig. Ohne solche Einigung ist die Zuvielforderung als Widerspruch aufzufassen, und bedingte Anweisung auszusprechen. Für die Erhebung von Einwendungen aus § 766 ZPO. bleibt kein Raum Das Widerspruchsverfahren ist einzuleiten. Dies gilt auch für Kosten nicht betreibender Gläubiger. Ein vorgelegter vollstreckbarer Kostentitel befreit nur von Liquidierung und Glaubhaftmachung, bietet aber weitere Vorteile nicht.

§ 115. 1. **RG.** BayRpflZ. **08** 164. Der Widerspruch des einen Miterwerbers und Vormerkungsberechtigten kann unter Umständen zugleich für den anderen wirksam sein und von diesem durch nachfolgende Erhebung der Wider-

spruchsklage genehmigt werden. Mit solcher auf den Rest des Versteigerungserlöses gerichteten Klage kann eine ähnliche Klage gegen den zur Auflassung verpflichtet gewesenen Subhastaten selbst verbunden werden. — Die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung hatte nach § 883 Abs. 2 BGB. die Wirkung, daß eine nachträgliche Hypothekbestellung des Veräußerers insoweit unwirksam war, als sie den Anspruch vereitelte oder beeinträchtigte. An die Stelle des erloschenen Rechtes auf Eigentumsübertragung trat nach §§ 91, 92 der Anspruch auf Wertsersatz aus dem Versteigerungserlös. Die Beklagten mußten daher zur verlangten Auszahlungsbewilligung verurteilt werden, ohne daß der Subhastat Zurückbehaltungseinreden wegen seiner Gegenforderungen aus dem Tauschvertrage mit Erfolg erheben konnte, denn er war inzwischen in einem Nebenprozeß unbedingt und rechtskräftig zur Auflassung verurteilt worden. (Gegenwärtige Entscheidung ist schon in JDR. **6** § 48 Ziff. 7 kurz erwähnt.)

2. **RG.** ZBlFG. **9** 150. Eine ungültige Hypothekverpfändung kann unter Umständen doch gemäß § 140 BGB. ein wirksames obligatorisches Zurückbehaltungsrecht am Hypothekenbriefe begründen, auf Grund dessen der Briefinhaber in der ZwVteilung Auszahlung des auf die Hypothek treffenden Erlösanteils gegenüber dem Hypothekgläubiger verlangen kann.

3. ➠ **RG.** 11. 1. 08. Wenn der Konkursverwalter im Verteilungstermin erklärte, daß er, falls die erste Hypothek (wegen nicht gegebener Baugelder) nicht zur Entstehung gelange und dadurch zur Eigentümergrundschuld geworden sei, aus dieser in Erfüllung des Versprechens des Gemeinschuldners keinerlei Rechte für die Konkursmasse herleiten wolle, so überschritt er seine Befugnisse nicht, die Nachhypothekare rücken dann vor (s. Ziff. 4 u. 16). Red. ⬅

4. Reinhard, R. **08** 20, bekämpft **RG. 65** 62, bespricht die Zuteilung einer Eigentümerhypothek des nachträglich in Konkurs verfallenen Subhastaten an den nur persönlich berechtigten Zessionar und führt dabei unter anderem folgendes aus: Schon das Vollstreckungsgericht hat den Betrag unrichtig dem persönlich berechtigten Zessionar, statt dem dinglich berechtigten Subhastaten zugeteilt. Ersterer wäre auf die Widerspruchsklage zu verweisen gewesen. Durch Verwechselung der Parteirollen konnte das persönliche Recht des Zessionars kein besseres werden. Die Anmeldung zur ZwV. kann der des § 146 KO. nicht gleichgestellt werden. Eine Widerspruchsklage kann nicht, eben weil sie die materielle endgültige Entscheidung bringen will, deshalb abgewiesen werden, weil das Widerspruchsbegehren zwar zur Zeit der Urteilsfällung, aber noch nicht zur Zeit des Verteilungstermins oder der Klagerhebung begründet war. Besteht der Anspruch auf Berücksichtigung vorher nicht, so wird er auch nicht durch die Zuteilung des Betrags im Teilungsplane geschaffen. Das RG. hätte deshalb die endgültige Zuteilung des Betrags an den Zessionar von der Frage abhängig machen müssen, ob dem Konkursverwalter, wenn er die unvollkommene Zession nicht beachten will, die Replik der Arglist entgegengesetzt werden kann (s. aber auch Ziff. 13).

5. R. **08** II 70 (Frankfurt). In dem Rechtsstreit über den im Verteilungstermin erhobenen Widerspruch ist nicht allein über die sachliche Begründetheit des Widerspruchs, sondern auch über die Richtigkeit der Eventualverteilung zu entscheiden und zwar nach Maßgabe des von den Parteien dem Prozeßrichter unterbreiteten Materials, wobei etwaige bessere Rechte eines am Verfahren nicht beteiligten Zwischenhypothekars unberücksichtigt bleiben müssen.

6. R. **08** II 176 (Frankfurt). (Dasselbe Urteil wie Ziff. 5.) Wenn durch den im Verteilungstermin erhobenen (siegreichen) Widerspruch eines Gläubigers Beträge freigeworden sind, die an sich nicht ihm, sondern einem vorhergehenden Realgläubiger zufallen würden, dieser aber seinerseits keinen Widerspruch erhoben hat, so wird dadurch die Befugnis des ersteren nicht ausgeschlossen, für sich die Abänderung

des Teilungsplans zu erwirken, auch dann nicht, wenn der Realgläubiger für den Fall der Begründetheit des Anspruchs die Beträge beansprucht, aber den hierin etwa liegenden Widerspruch nicht durch rechtzeitige Klage verfolgt. (An späterer Bereicherungsklage ist übrigens dieser Säumige nicht gehindert.)

7. du Chesne, SächsRpflA. **08** 215. Der Teilungsplan ist keine „Entscheidung", sondern ein Kompromiß der Beteiligten, er wird auch nicht zugestellt oder verkündet. Stehen demnach der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen ihn die erheblichsten Bedenken entgegen, so liegt andererseits auch kein Bedürfnis für sie vor. Prozessuale Verstöße, wenn sie nicht im Teilungstermine leicht zu beseitigen sind, können auch, weil in der Regel auch materiell wirkend, mittels Widerspruchs bekämpft werden, und dann werden überflüssige Doppelentscheidungen vermieden. Aber mit der herrschenden Meinung, daß Beschwerde neben Widerspruch zulässig sei, muß man sich abfinden, jedoch jedenfalls z. B. dann, wenn ein in den Teilungsplan nicht aufgenommener Berechtigter Beschwerde erhoben hat, verlangen, daß nicht hinter dem Rücken der vielleicht ahnungslosen Nachberechtigten der Plan geändert, vielmehr bei Berechtigung der Beschwerde vom Beschwerdegericht Anordnung eines neuen Teilungstermins dem Vollstreckungsgericht aufgetragen wird.

8. ➠ **RG.** 3. 6. 08. Der Nachhypothekar kann verlangen, daß nur solche Zahlungen in die ihm vorgehende Baugelderhypothek eingerechnet werden, die darauf nach dem von ihm mit abgeschlossenen Vertrage dargeliehen werden durften. Red. ⟵

9. ➠ **RG.** 30. 5. 08. Unter Anerkennung des durch das frühere Revisionsurteil (s. JDR. **4** § 115 Ziff. 5) zugelassenen, bloß obligatorischen Widerspruchsgrundes hat das Berufungsgericht die beklagte Vorhypothekarin verurteilt, den Widerspruchsklägern den ihnen bei deren Rangrücktritt versprochenen Barbetrag aus der Teilungsmasse zu überlassen. Die Revision hiergegen wurde zurückgewiesen und dabei ausgesprochen, daß nach den Grundsätzen über Treu und Glauben schon das an sich ungenügende Zahlungsversprechen nur eines der Direktoren der beklagten Bank ausreichend war. Red. ⟵

10. OLG. **16** 341 (Posen). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger mittels seiner allgemeinen Erklärung überhaupt ordnungsmäßigen Widerspruch erhoben hat und ob ein Widerspruch nicht deutlich das, wogegen er sich richtet, bezeichen muß? In jedem Falle muß die Klage deshalb abgewiesen werden, weil die Zwangshypothek des Klägers „nur auf dem Anteile des in ehelicher Gütergemeinschaft lebenden X." haftet, dies aber gemäß § 1114 BGB., § 864 Abs. 2 ZPO. ungültig ist (s. BGB. § 1114 Ziff. 2).

11. **RG. 69** 85, JW. **08** 518, 561. Der in der ZwV. ausgefallene Hypothekgläubiger kann den Erlös der vom Konkursverwalter veräußerten Zubehörstücke, soweit zu seiner Deckung nötig, beanspruchen.

12. **RG.** BayRpflZ. **08** 417, SächsRpflA. **08** 461, GruchotsBeitr. **52** 1067, SchlHolstAnz. **08** 28, JW. **08** 555, DJZ. **08** 1221, R. **08** II 539, 540 (BGB. § 1179 II 1). Ein durch die Vormerkung des § 1179 BGB. gesicherter Löschungsanspruch verpflichtet den Eigentümer gegenüber dem Löschungsberechtigten, das Recht aus der Eigentümergrundschuld aufzugeben und den darauf entfallenden Erlösanteil, soweit jener ein Interesse daran hat, den nachfolgenden Realberechtigten zu überlassen. Auch der Vollstreckungsrichter hat bei der Verteilung des Versteigerungserlöses entsprechende Rücksicht auf dieses gegen Dritte wirksame Rechtsverhältnis zu nehmen (**RG. 57** 212, SeuffA. **60** 23). Auf den Löschungsberechtigten trifft, namentlich auch dann, wenn er zugleich Nachhypothekar ist, der Rechtssatz (**RG. 62** 168) nicht zu, daß er kein Interesse daran habe, ob die vorgehende Hypothek dem eingetragenen Gläubiger oder dem Eigentümer zusteht. Ist die Vorhypothek, bei der der Löschungsanspruch eingetragen ist, eine Sicherungs- oder Höchstbetragshypothek, so muß deren eingetragener Gläu-

biger die Entstehung der gesicherten Forderung, z. B. der Warenkreditforderung, nicht der löschungsberechtigte Nachhypothekar deren Nichtentstehung im Verteilungsstreite beweisen. Der Beweis wird nicht immer durch vergleichsmäßige Feststellung im nebenherlaufenden Konkursverfahren ersetzt. Aber nur die Entstehung der Forderung hat der Höchstbetragshypothekar zu beweisen, die Beweislast für ihre etwaige Tilgung trifft den Löschungsberechtigten. Für die Feststellung des Guthabens ist regelmäßig die Zeit des Zuschlags maßgebend, sofern die Höchstbetragshypothek nicht etwa nur für Forderungen aus früherer Zeit bestellt war. ➠ Dingliche Wirkung der Löschungsvormerkung nimmt das RG. auch an in einem, in R. **08** II 592 nur zum Teil wiedergegebenen, Urteil in einer verwickelten Sache. Red. ⬅

13. OLG. **16** 314, SeuffA. **63** 382 (Posen). Die Widerspruchsklage des § 878 ZPO. ist nicht eine gewöhnliche (nach § 256 das.), sondern eine besonders geartete Feststellungsklage prozeßrechtlicher Natur, ähnlich der konkursrechtlichen Feststellungsklage. Sie bezweckt Änderung des Verteilungsplans. Dieser betrifft, wenn auch nur die Ehefrau in ihm eingesetzt ist, infolge ihres gesetzlichen Güterstandes beide Eheleute, und es ist daher gerechtfertigt, daß die Widerspruchsklage zugleich gegen den Ehemann gerichtet wurde.

14. PosMSchr. **08** 29 (Königsberg). Fehlt es dem Widersprechenden an einem besseren Rechte oder überhaupt an einem Rechte, so liegt es auf der Hand, daß die Klage keinen Erfolg haben kann, gleichviel, ob andererseits den Beklagten ein Recht zusteht oder nicht.

15. PosMSchr. **08** 80 (Posen). Trotz nicht rechtzeitig erhobener Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan war die spätere Bereicherungsklage zulässig, sie war aber sachlich unbegründet, weil sie sich auf Pfändung einer angeblichen Eigentümergrundschuld aus der Höchstbetragshypothek stützte, eine solche Eigentümergrundschuld aber zur Zeit der Pfändung überhaupt nicht bestand und die ohnedies zweifelhafte Pfändung der bloßen Anwartschaft keinesfalls gewollt war.

16. WürttJ. **08** 136 (Stuttgart). Der Konkursverwalter darf im ZwVverfahren die Vertragspflichten des Gemeinschuldners, z. B. dessen Verpflichtung, von der Eigentümerhypothek keinen Gebrauch zu machen, nicht verletzen (s. oben Ziff. 3 u. 4).

17. ➠ **RG.** 28. 10. 08. Als ehemalige Eigentümerhypothekare haben die klagenden Subhastaten keine Widerspruchsklage, weil sie diese angebliche Eigentümerhypothek schon vor Streitbeginn abgetreten haben. Auf sich beruhen kann die Frage, ob sie als ZwVschuldner gegenüber einem vollstreckbaren Titel für die Hypothek des Beklagten ein Widerspruchsrecht und eventuell ein Interesse am Widerspruche hätten? (Jaeckel 414, Wolff 216, v. d. Pfordten 341, GruchotsBeitr. **50** 1165). Ihre Klage scheitert jedenfalls schon daran, daß sie trotz Abtretung der angeblichen Eigentümerhypothek an D. einen dementsprechenden Klagantrag nie gestellt haben, sondern Auszahlung an sich selbst begehren. Red. ⬅

18. ➠ RG. 19. 11. 08. Der Konkursverwalter konnte trotz unterlassenen Widerspruchs Bereicherungsklage mit Erfolg auf jenen Betrag erheben, den ein Hypothekgläubiger aus der Teilungsmasse bezahlt erhielt, obschon er schon vor Konkurseröffnung befriedigt war. Mit dem Einwande, daß laut seiner Vereinbarung mit dem Gemeinschuldner dieser Hypothekbetrag für andere Schulden des letzteren haften sollte, wurde der beklagte Besitzer des Hypothekenbriefs in Ermangelung entsprechenden Grundbucheintrags gemäß §§ 1154, 1198 BGB., 3, 69 KO. nicht gehört, ihm auch Aufrechnung nach § 55 KO. verweigert.

19. BadRpr. **08** 280 (LG. Karlsruhe). Eine 4 prozentige Hypothek war „mit einer etwaigen allgemeinen Zinserhöhung bis zu 6 pCt." eingetragen. Dem Gläubiger wurde aber trotzdem mit Recht die Einsetzung von mehr als 4 pCt. Zinsen in den Teilungsplan gemäß § 1115 BGB. verweigert. ➠ Nicht unzweifelhaft (vgl. § 1113 Abs. 2 BGB.). Red. ⬅

20. SächsOLG. **29** 171, SeuffA. **63** 484 (Dresden). Die bloße Pfändung des Anspruchs eines Berechtigten auf den Versteigerungserlös ohne das Hinzutreten der Überweisung hat noch nicht die (wenn auch nur bedingte) Zuteilung an den Pfändungsgläubiger zur Folge, sondern nur die Hinterlegung für den Berechtigten und den Pfändungsgläubiger. Ähnliches gilt für Übertragung nach § 128, wobei der Berechtigte als Gläubiger einzutragen, aber das Pfandrecht mit zu verlautbaren ist. ➠ S. die Besprechung dieses Beschlusses § 128 Ziff. 1 unten. Red. ⟵

21. SeuffA. **63** 486 (Dresden). In der Sache war an dem Grundsatze festzuhalten, daß die Pfändungsgläubiger keine Realberechtigten nach § 10 sind. (s. Ziff. 20). Aber nachdem einmal das AG. die auf bloße Pfändung gestützten Widersprüche zugelassen und ihnen bedingt zugeteilt hat, ist Beschwerde deswegen gegen den Teilungsplan ausgeschlossen.

22. SächsOLG. **29** 473. Die ständigen, in erster Rubrik des Grundbuchs eingetragenen Reallasten früheren sächsischen Rechtes gehen den Hypotheken vor. Aber da die sich wegen Stehenbleibens von Nachhypotheken gegen den Zuschlagsbeschluß beschwerende betreibende Reallastgläubigerin aus dem Bargebote volle Befriedigung findet, ist ihre Beschwerde zurückzuweisen.

23. Zinsablösung § 12 Ziff. 1, Amortisationshypothek § 50 Ziff. 2, Grundschuld § 50 Ziff. 3, Höchstbetragshypothek § 50 Ziff. 1, 5.

§ 116. Bedeutung des Zuschlagsbeschlusses § 37 Ziff. 1.

§ 117. BadRpr. **08** 177 (Karlsruhe). Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt nicht schon durch den Zuschlag, ja nicht einmal durch die Zahlung seitens des Erstehers an das Vollstreckungsgericht (§ 107 Abs. 2), weil mangels einer dem § 819 ZPO. entsprechenden Bestimmung des ZVG. die bezahlte Summe immer noch im Eigentume des Subhastaten steht, welches Eigentum nur durch das Zugriffsrecht der beteiligten Gläubiger beschränkt ist. Die Befriedigung des Gläubigers erfolgt vielmehr erst mit der Zahlung des Erlöses an den Gläubiger selbst (§ 117), und im Falle des § 118 mit der Übertragung der Forderung gegen den Ersteher. Von da an kann auch erst von einer endgültigen Ausgleichsforderung wegen Tilgung der Gesamthypothek durch die ZwV. die Rede sein; als bedingte und pfändbare bestand sie allerdings schon vom Zuschlag an.

§ 118. 1. KGJ. **35** B 34, R. **08** II 720 (KG.). Die im Falle der Nichtberichtigung des Bargebots zum Protokoll erklärte Anordnung des Versteigerungsrichters, daß die Forderung gegen den Ersteher auf die Realberechtigten übertragen werde, ist eine Verbriefung der Forderung und eine Schuldverschreibung. Sie ist stempelfrei, weil sie nur einen Bestandteil des einheitlichen, nach Tarifstelle 32 PrStempStG. steuerpflichtigen Rechtsgeschäfts, der ZwV., enthält. Wenn die übertragene Forderung in einer späteren Urkunde nach irgendeiner Richtung nur modifiziert wird, so liegt keine stempelpflichtige Schuldverschreibung vor.

2. Graff, WürttZ. **50** 193. Zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei Anwendung des § 118 empfiehlt es sich, den Ersteher zur Aufrechnung seiner Hypothekforderung gegen seine Erstehersschuld zu veranlassen. Bei Konfusion ist zwar nach § 118 zu übertragen, aber nichts nach § 128 einzutragen. Ist aber die Hypothek mit einem Pfandrechte belastet, so muß Sicherungshypothek im vollen Umfange für den Pfandgläubiger eingetragen werden. Bei Aufrechnung ist ein Verzug nach § 118 Abs. 2 unmöglich.

3. Überweisung § 107 Ziff. 2, Wirkung § 117, Vollstreckungsklausel § 132, TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1.

§ 122. Bei TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1.

§ 125. 1. SeuffBl. **08** 256 (Dresden). In bezug auf eine bei der ZwV. stehen gebliebene Hypothek von 240 000 M. war für eine nachfolgende Hypothekgläubigerin B. Löschungsvormerkung eingetragen, worauf im Verteilungsverfahren ihre be-

dingte Zuteilung an andere nachfolgende Realberechtigte erfolgte. Als sich herausstellte, daß sie zu 3000 M. nicht valutiert sei, wurde dieser Betrag als Eigentümergrundschuld auf den in Konkurs verfallenen Subhastaten gemäß Beschlusses des LG., als Beschwerdegerichts, im Grundbuch überschrieben. Die Beschwerde der B. und des Erstehers wurde zurückgewiesen, weil die B. ihren Löschungsanspruch nicht beim Grundbuchamte, sondern im Prozeßwege geltend machen könne, woran auch die bedingten Zuteilungen, deren Richtigkeit übrigens zweifelhaft sei, nichts ändern könnten.

2. Höchstbetragshypotheken gehören nicht hierher § 50 Ziff. 1, 5, Vollstreckungsklausel § 132.

§ 128. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **08** 27. Eine Miteintragung der Pfändung ist insoweit vom Gesetze nicht vorgeschrieben und könnte füglich auch nicht vorgeschrieben werden, weil dem ZwVgerichte die Pfändung nicht bekannt zu sein braucht. Bei rechtzeitiger Vorlage des Pfändungsbeschlusses wird aber (ohne besonderen Antrag) die Pfändung mit einzutragen sein (**RG. 60** 223). Nach einem Dresdener Beschluß (oben § 115 Ziff. 20) sind die Pfändungsgläubiger nicht Realgläubiger und nicht nach § 115 zu berücksichtigen. Der Versteigerungsrichter hat nicht über den Rang von mehreren Pfändungsrechten zu entscheiden, sondern das Grundbuchamt nur zu ersuchen, die unbezahlte Erlösforderung für den Schuldner und Eigentümerhypothekar einzutragen und dabei die erfolgten mehrfachen Pfändungen mit zu verlautbaren. Der Ersteher kann dann den Betrag hinterlegen, und es ist darüber bei Streit besonderes Teilungsverfahren nach § 872 ZPO. einzuleiten oder Prozeß zu führen.

2. Vgl. auch § 107 Ziff. 2 und über Zinsen § 129, TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1, Aufrechnung § 118 Ziff. 2.

§ 129. OLG. **16** 342, PosMSchr. **08** 43, R. **08** II 477 (Königsberg). Für rückständige Hypothekzinsen war nach § 128 ihrem ursprünglichen Range entsprechend Sicherungshypothek eingetragen worden. Diese mußte aber bei der vom Kläger nicht selbst beantragten Wiederversteigerung des Grundstücks mit dem Range hinter die bei der ersten Versteigerung stehen gebliebenen Rechte (auch die des Beklagten) zurücktreten. Auf „dauernde Nichtbeeinträchtigung" dieser Rechte kommt es hierbei nicht an. — Das Gesetz bestimmt nur den Zeitpunkt, bis zu welchem spätesten die Wiederversteigerung beantragt sein muß, ohne anzuordnen, daß diese Frist dem Hypothekar unter allen Umständen offen zu halten ist.

§ 130. 1. OLG. **16** 343, LeipzZ. **08** 322, ElsLothJZ. **08** 174, R. **08** II 176 (Colmar). Einem Ersuchen um Löschung des nach § 113 KO. eingetragenen Konkursvermerkes hat das Grundbuchamt im Falle des § 130 nicht bloß dann, wenn das Ersuchen vom Konkursgericht oder Konkursverwalter, sondern auch dann stattzugeben, wenn es vom Vollstreckungsgericht ausgeht.

2. Herold, Winke für die Praxis, SächsRpflA. **08** 175. Die Ansicht des KG., ZBlFG. 8 402, daß nach Grundstücksversteigerung das Datum des Zuschlagsbeschlusses miteinzutragen sei, kann wenigstens für die sächsische Grundbucheinrichtung nicht als richtig anerkannt werden.

3. SeuffBl. **08** 154, R. **08** II 526 (Dresden). Das Vollstreckungsgericht darf und muß, wenn es einen Fehler des von ihm ergangenen Ersuchens entdeckt, das Grundbuchamt um Berichtigung der Eintragung ersuchen.

4. SächsRpflA. **08** 509 (Dresden) hat in einer verwickelten Verteilungssache, nachdem das ZwVgericht nicht um Löschung einer Löschungsvormerkung (nach § 1179 BGB.) ersucht hatte, diese aber später freiwillig vom berechtigten Beklagten zur Löschung bewilligt worden war, ausgesprochen, daß der Konkursverwalter des Subhastaten zwar ursprünglich kein Klagerecht gegen den Beklagten auf Löschung dieser Vormerkung gehabt habe, weil dem Beklagten die Passivlegitimation fehlte, daß

dagegen, weil sich Beklagter berühme, die Vormerkung wiederherstellen lassen und damit die Eigentümerhypothek der Konkursmasse stören zu können, die Klage des Konkursverwalters auf Feststellung, daß dem Beklagten hierzu kein Recht zustehe, zulässig und begründet sei.

5. Gesamterwerb § 90 Ziff. 1, Konkursverwalter als Ersteher § 81 Ziff. 6, Stehenbleiben von Hypotheken § 91, nachträgliche Überschreibung § 125 Ziff. 1, Pfändungen § 115 Ziff. 20, 21, § 128 Ziff. 1.

§ 131. Herold, SächsRpflA. **08** 348, empfiehlt Vorsicht hinsichtlich nicht vernichteter Hypothekenbriefe über erloschene Hypotheken, insbesondere richterliche Warnung der Beteiligten vor Mißbrauch.

§ 132. 1. Schultze-Görlitz, BuschsZ. **37** 237. Mit Unrecht wird bestritten, daß zur Erteilung der Vollstreckungsklausel nach Abs. 2 zunächst der Gerichtsschreiber zuständig sei. Es handelt sich um keine Rechtsnachfolge. Bei Streit über den Betrag muß jedoch auf Antrag eines Teilungsbeteiligten richterliche Anordnung gemäß §§ 726 ff. ZPO. erfolgen. An sich ist zunächst der in den Teilungsplan Eingesetzte der Berechtigte für die Klausel. Streiten der eingesetzte A. und der widersprechende B. darüber, so kann in der Klausel die bedingte Übertragung an B. erwähnt und etwa gesagt werden: „Vorstehende Ausfertigung wird dem A. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung mit der Maßgabe erteilt, daß der beizutreibende Betrag zu einer unter A. und B. streitigen Teilungsmasse zu hinterlegen ist". Siegt im Widerspruchsprozeß A., dann wird er in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO. die Umschreibung der Klausel auf seinen Namen allein ohne jede Einschränkung herbeiführen können. Der siegende B. dagegen muß bei Weigerung des A. gegen diesen nach §§ 730 (731?) aaO. auf bedingungslose Umschreibung der Klausel klagen.

2. Deumer, ZBlFG. **9** 180. Für die gegen den Zuschlagsbeschluß (§ 132 Abs. 2) zu erhebende Vollstreckungsklage ist je nach den Vorschriften über sachliche Zuständigkeit in §§ 23 u. 70 GVG. das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, von dem bzw. in dessen Bezirke der Zuschlagsbeschluß erlassen worden ist.

3. Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 550 Anm. 28. Der einzelne Miterbe kann die Wiederversteigerung eines Grundstücks nach §§ 132, 133 beantragen, wenn der Ersteher das Bargebot unberichtigt gelassen hat (OLG. **9** 421).

4. TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1 aE.

5. Schultze-Görlitz, BuschsZ. **37** 237 ff. Ist in Ausführung des Teilungsplan eine Forderung dem A., und für den Fall, daß B. mit dem von ihm gegen den Teilungsplan erhobenen Widerspruch durchdringt, dem B. übertragen, so kann mangels einer nachgewiesenen Einigung zwischen A. und B. nur A. die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach Abs. 2 des § 132 verlangen. Die Erteilung der Ausfertigung setzt richterliche Anordnung voraus und ist mit der Maßgabe zu erteilen, daß der beizutreibende Betrag zu einer zwischen A. und B. streitigen Teilungsmasse zu hinterlegen ist.

§ 133. Wiederversteigerung § 132 Ziff. 3.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. ➻ **RG.** Beschl. 15. 2. 08. Das LG. hatte einstweilige Verfügung auf Anordnung der ZwVerw. verweigert, das OLG. auf Beschwerde sie trotz mündlicher Verhandlung durch Beschluß, statt durch Urteil, bewilligt. Die Beschwerde des Eigentümers wurde als unzulässig nach §§ 567, 568 Abs. 4, 574 ZPO. verworfen. Statt der Beschwerde hätte Widerspruch — bei richtigem Verfahren Revision gegen das Urteil — eingelegt werden müssen. Red. ⟵

2. RJA. **9** 130, ZBlFG. **8** 733, KGJ. **35** A 265, R. **08** II 417 (KG.). Das Vollstreckungsgericht ist im Falle der Ablehnung eines nach § 19 gestellten Ersuchens um die Eintragung der Anordnung der ZwVerw. zur Beschwerde berechtigt. Bei

solchen Anträgen ist für das Grundbuchamt nur der Inhalt des Ersuchungsschreibens des Vollstreckungsgerichts maßgebend, eine Prüfung der Grundlage dieses Ersuchschreibens, wofür allein der Vollstreckungsrichter die Verantwortung trägt, kommt ihm nicht zu. Im vorliegenden Falle besagt das Eintragungsersuchen, daß die ZwVerw. auf Grund einstweiliger Verfügungen gemäß §§ 935 ff. ZPO. und 1133 ff., namentlich 1134, BGB. angeordnet worden sei. Der Grundbuchrichter hatte daher zu prüfen, ob der Vollstreckungsrichter befugt war, auf Grund solcher einstweiliger Verfügungen eine ZwVerw. überhaupt einzuleiten und Ersuchen nach § 19 Abs. 2 (§ 146) zu stellen. Diese Frage mußte er nach richtiger Ansicht, (welche näher begründet wird), bejahen. Auf die in dieser Weise gültig angeordnete ZwVerw. müssen die Vorschriften des ZVG. angewendet werden, soweit sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß der Zweck der einstweiligen Verfügung nicht auf Beitreibung von Geld, sondern auf Sicherung der Hypothekgläubiger nach § 1133 BGB. gerichtet ist. Aber § 19 widerspricht dem letztbezeichneten Zwecke nicht (s. Ziff. 1 u. 3). S. auch BGB. § 1134 Ziff. 1.

3. Lindemann, R. **08** 635, macht gegen vorstehende kammergerichtliche Zulassung der ZwVerw. durch einstweilige Verfügung, wie schon in R. **03** 204, Bedenken geltend, die er jetzt aus der Prüfung der Zustellung (§§ 936, 929 ZPO.), aus der Frage des Beitritts einer regelmäßigen ZwVerw. und der Frage der Vorschußeinforderung ableitet (s. auch Ziff. 1 u. 6).

4. BadRpr. **08** 129 (Karlsruhe). Der Rechtsanwalt kann wegen unterlassener Beantragung der ZwVerw. seinem Auftraggeber sogar dann schadensersatzpflichtig werden, wenn er keinen besonderen Auftrag hatte, ZwVerw. herbeizuführen.

5. Altmann, ZBlFG. **9** 140. Nicht nur für Rentenbankrenten, sondern auch für feststehende Renten und Darlehnszinsen (§ 3 AnsG. vom 26. April 1886) kann die Kgl. Preuß. Ansiedelungskommission in Anwendung des § 42 PrFinVO. vom 26. Dezember 1908 das Verwaltungszwangsverfahren durchführen (vgl. **RG. 55** 61, BuschsZ. **35** 264). ➡ S. auch JDR. **5** § 146 Ziff. 7. Red. ⬅

6. **RG.** BayRpflZ. **08** 479, ZBlFG. **9** 469, R. **08** II 632. Auch auf eine kraft einstweiliger Verfügung nach § 935 ZPO. eingeleitete ZwVerw. sind, abgesehen davon, daß sie nicht zur Befriedigung des Gläubigers angeordnet ist, die Bestimmungen des ZVG. anzuwenden. Ger Gläubiger, dem das Vollstreckungsgericht einen großen Vorschuß zum Ausbau der Gebäude auferlegt hatte, kann diesen gemäß § 10 Nr. 1 aus der späteren ZwVmasse ersetzt verlangen, gleichviel, welche Zwecke er ursprünglich durch Erwirkung der einstweiligen Verfügung verfolgte und ob zur Sicherung seiner Hypothek ein so hoher Aufwand nötig war. Der Zwangsverwalter hatte nach § 152 wie das Recht, so auch die Pflicht, alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich waren, um die Grundstücke in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu erhalten und sie ordnungsmäßig zu benutzen. Er führt die Verwaltung nicht nur für den Antragsteller, sondern auch für den Schuldner und die übrigen Beteiligten. Nach Sachverständigengutachten waren die Vorschüsse notwendig, weil ohne Fertigstellung des einen Baues eine Entwertung der Grundstücke zu befürchten stand. Gleichgültig ist, ob der Gläubiger die Bauten mit Einverständnis des Zwangsverwalters zum Teil selbst leitete und ob aus den Vorschüssen zum Teil Arbeiten bezahlt wurden, die vom Schuldner schon früher in Akkord gegeben, aber noch nicht geleistet worden waren.

7. SächsOLG. **29** 158. Die ZwVerw. aus einer nach § 794 Ziff. 5 ZPO. aufgenommenen Urkunde ist auf Grund der fristgemäß (§ 798 das.) erfolgten Zustellung an den Schuldner wirksam, auch wenn sie vor Ablauf der gesetzlichen Frist beschlossen worden und der bestellte Zwangsverwalter vorzeitig in Tätigkeit getreten ist.

8. Verzicht auf das Grundstück § 15 Ziff. 1, Aufgeben der Landwirtschaft § 21 Ziff. 1, Mietzinspfändungen § 148 Ziff. 3, 4, 5, 6, 7, andere Verwaltungsart § 94.

§ 148. 1. **RG. 68** 10, JW. **08** 135, R. **08** II 345. In einer verwickelten Sache, in der ZwVerw. und ZwV. nebeneinander herliefen, wurde unter anderem folgendes ausgesprochen: In der Bestellung des Nießbrauchs an einem vermieteten oder verpachteten Grundstück ist eine Verfügung über den Miet- oder Pachtzins im Sinne des § 1124 BGB. nicht zu erblicken. Die bestrittenen Mieten (zwei Quartale) gebühren dem als Nebenintervenienten aufgetretenen dritten Hypothekgläubiger und Ersteher L. insofern, als wenn sie, wie notwendig, dem ersten Hypothekgläubiger A. in der ZwVerw. ausgezahlt worden wären, ein entsprechneder Betrag für L. in der ZwV. übrig geblieben wäre. Auf eine bedingte Verfügung des ZwVrichters an den Zwangsverwalter, diese Zinsen an den nacheingetragenen Nießbraucher F., den Kläger, auszubezahlen, kann sich dieser nicht stützen, da die Bedingung nicht eingetreten ist. Die Einziehung der Mieten durch den Zwangsverwalter ist auch nicht etwa eine rechtsaufhebende Verfügung im Sinne des § 1124 Abs. 1 BGB. Der Zwangsverwalter ist nicht der Vertreter eines einzelnen, sondern der Gesamtheit der Berechtigten. Eine Rechnungslegungsklage gegen ihn war nicht gerechtfertigt. — Gleichwohl war auch an der (vom beklagten Zwangsverwalter nicht mit Revision angefochtenen) Abweisung der Widerklage (auf Auszahlung an L.) nichts zu ändern, da der Nebenintervenient L. zwar Anschlußrevision auf Auszahlung der Mietzinsen an ihn erhoben hat, zu solchem Verlangen aber so wenig wie der Zwangsverwalter berechtigt war. Der Zwangsverwalter hat nur zu verwalten, aber nicht er, sondern der ZwVrichter hat zu entscheiden, an wen die flüssig gemachte ZwVerwmasse auszuzahlen ist. ➠ Da somit Klage und Widerklage auf Auszahlung des Betrags abgewiesen wurden, blieb dieser einstweilen hinterlegt und wird er vielleicht von L. im ZwVerwteilungsverfahren oder in neuer *selbständiger* Klage zu erstreiten sein (vgl. auch Ziff. 3—7). Red. ⟵

2. **RG.** (Straff.) SächsRpflA. **08** 45. Der Eigentümer eines unter ZwVerw. stehenden Gebäudes kann dadurch, daß er Mietverträge in eigenem Namen abschließt, unter Umständen Betrug, aber nicht Unterschlagung begehen.

3. SächsRpflA. **08** 168 (Dresden). Der zur Zeit der Mietzinspfändung für den Beklagten (17. November 1905) bestehende Nießbrauch eines Dritten am Grundstücke hindert nicht die Wirksamkeit der Pfändung für die Zeit nach Wegfall des Nießbrauchs. Da die Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw. erst am 8. April 1907 erfolgte, so kann der Zwangsverwalter (der Kläger) gegenüber dem Beklagten die Mietzinsen des zweiten Kalendervierteljahrs 1907 nicht beanspruchen.

4. R. **08** II 333 (Frankfurt). Nicht nur die ZwVerwbeschlagnahme, sondern auch die Mietzinspfändung ist Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. (s. § 1124 Ziff. 3a). ➠ Ähnlich Dresden, s. unten Ziff. 7, und Frankfurt a. M., R. **08** II 621. Red. ⟵

5. SächsRpflA. **08** 584 (Dresden). Die spätere ZwVerw. des dem Nießbrauch unterworfenen Grundstücks hat an dem Rechte des Nutznießers, über die Mietzinsen zu verfügen, nichts geändert. Nur kann ihn oder denjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauchs vertraglich (§ 1059 BGB.) oder im Vollstreckungswege (§ 857 ZPO.) übertragen worden ist, der Zwangsverwalter zur Erfüllung der Verwendungspflicht aus § 1047 BGB. anhalten (**RG. 56** 388). Dem Kläger ist aber gar nicht die Ausübung des Nießbrauchs, ihm sind nur die fällig werdenden Mietzinsforderungen übertragen worden, und kraft eigenen Rechtes kann er mittels Klage aus § 771 ZPO. die vom Zwangsverwalter unberechtigterweise vereinnahmten Mietzinsen herausverlangen. Erst für die spätere Zeit, als das zur Zeit der Beschlagnahme (20. Dezember 1907) laufende und das folgende Kalendervierteljahr, kommt die Wirkung der Beschlagnahme gegenüber dem Nießbraucher und seinem Rechtsnachfolger in den Mietanspruch in Frage (§ 1124 BGB., SächsOLG. **29** 108).

6. ElsLothJZ. **08** 584 (Colmar). Eine eingeleitete ZwVerw. steht, da sie bloß ein Veräußerungsverbot bezüglich des zwangsweise verwalteten Grundstücks und

seiner Erzeugnisse, einschließlich der Miet- und Pachtzinsforderungen, enthält (§§ 23, 146, 148, 21), an sich nicht der Pfändung der Miet- und Pachtzinsen entgegen. Diese ist aber nur wirksam gegen andere Personen, als gegen Gläubiger, die die ZwVerw. erwirkt oder sich an diese angeschlossen haben. — Das Rechtsverhältnis zwischen Pfand- und Hypothekgläubigern bezüglich der Miet- und Pachtzinsen wird durch § 1124 BGB. geregelt. Danach ist eine Miet- und Pachtzinspfändung durch einen gewöhnlichen Gläubiger gegen den Hypothekgläubiger schlechthin wirksam. Der Hypothekgläubiger kann aber diese Wirksamkeit durch ZwVerwbeschlagnahme in der Art beschränken, daß sie nur für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr ihm gegenüber wirksam bleibt. Wird diese Beschlagnahme wieder aufgehoben, so tritt die Pfändung der Miet- und Pachtzinsen wieder in volle Kraft. Eine Aufrechnung gegen die Forderung des Pfandgläubigers darf nur mit solchen Gegenforderungen erfolgen, die schon vor der Pfändung erworben sind (§ 392 BGB.).

7. SächsOLG. **29** 108 (Dresden). Die Pfändung der Mietzinsen ist der Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. gleichzustellen, im gegebenen Falle war sie aber gegenüber dem Nießbraucher des Grundstücks in betreff des laufenden und nächsten Vierteljahrs unwirksam, mag man Nießbrauchbestellung als Verfügung über das Grundstück betrachten oder nicht (s. auch BGB. § 1124 Ziff. 4).

8. Jagdpacht § 21 Ziff. 2, Treuhänder § 22 Ziff. 1, Vorausverfügungen § 57 Ziff. 4, 7, Goldklausel § 49 Ziff. 1, Mietzinsen des Erstehers § 90 Ziff. 2, Waldbäume § 151 Ziff. 1, Pfändung von Mietzinsen § 155 Ziff. 2.

§ 150. 1. DJZ. **08** 81 (RVA.). Der Zwangsverwalter eines der Unfallversicherung unterliegenden Betriebs ist nicht „Betriebsbeamter" und als solcher nicht versichert.

2. Vorzeitiger Beginn der Verwaltung § 146 Ziff. 7.

§ 151. 1. PosMSchr. **08** 99 (Stettin). Am 15. Februar 1904 wurde der ZwVerwbeschluß dem Schuldner A. zugestellt und das Gut dem E. zur ZwVerw. übergeben. E. hat den Holzfällern sogleich das Weiterfällen verboten. Von da an konnte die klagende Holzkäuferin D. durch Neufällungen Hölzer nicht mehr erwerben. Aber die zuvor geschlagenen, wenn auch vom Gute noch nicht entfernten Bäume waren nicht Gutszubehör und sind durch den späteren Zuschlag nicht in das Eigentum des beklagten Erstehers E. übergegangen. Die ZwVerw., nicht für E. eingeleitet, gab ihm kein Recht darauf. Von einer Einwilligung der D. in Mitversteigerung der Hölzer steht nichts im Protokoll und die Meinung der Beteiligten darüber ist gleichgültig. Auch von Arglist der D. kann keine Rede sein. Seine Hypothekrechte auf die bestrittenen Hölzer hat E. bis zum Ende der ZwV. weder durch Mobiliarpfändung noch durch Beitritt zur ZwVerw. geltend gemacht und die später erfolgte Zwverstbeschlagnahme erfaßte nach § 21 die Hölzer nicht. **RG. 55** 414 trifft hier nicht zu, ist übrigens vielfach bekämpft. Auch dadurch, daß E. seine ausgefallene letzte Hypothek stehen ließ, wozu er berechtigt war, änderte sich nichts an der Rechtslage, denn nach § 91 Abs. 3 Satz 2 wurde der persönliche Schuldner frei von seiner Schuld und die Hypothek wurde Eigentümergrundschuld. Für sie können deswegen die bestrittenen Hölzer nicht mehr haften. ➠ Der letzte Grund ist zweifelhaft, aber die vorgehenden reichen wohl aus. Red. ⟵

2. Vorzeitiger Beginn § 146 Ziff. 7.

§ 152. 1. OLG. **16** 344, R. **08** II 477 (KG.). Der für seine eigene Person verklagte Zwangsverwalter hat ohne die nach §§ 12, 13 AVf. vom 8. Dezember 1899 (JMBl. 791) notwendige gerichtliche Genehmigung und daher fahrlässig die Maschinen bestellt und den Kläger, der keine Bezahlung aus der Masse erlangte, dadurch geschädigt. Er ist dafür sowohl nach § 154 ZVG. als nach § 823 (nicht § 839) BGB. haftbar, und zwar nicht nur den Beteiligten nach § 9 gegenüber,

sondern ganz allgemein. Er kann den Maschinenverkäufer nicht an den freihändigen Käufer der Grube, als den Besitzer der Maschinen, verweisen, sondern muß jene befriedigen und kann sich dann selbst an diesen halten. — Die Kosten des ihm ungünstigen Vorprozesses gegen den Zwangsverwalter, als Vertreter der Masse, kann jedoch der Maschinenverkäufer nicht ersetzt verlangen, weil er jene Vorklage zwecklos und unzulässigerweise erst nach Aufhebung der ZwVerw. erhoben hatte.

2. SächsOLG. **29** 401. Ein Hypothekgläubiger konnte die Zurückschaffung von Zubehörstücken des ihm verhafteten Grundstücks weder auf Grund abgetretener Rechte des Zwangsverwalters noch kraft eigenen Rechtes von dem dritten Erwerber verlangen, der sie nach der zu seinen, des Gläubigers Gunsten, erfolgten Beschlagnahme des Grundstücks von diesem entfernt hatte, weil a) der Dritte nicht mehr Besitzer der Zubehörstücke und b) die Zulässigkeit einer solchen Klage auf „Zurückschaffung" nach § 23 gegen den nicht als bösgläubig zu erachtenden Dritten überhaupt nicht gegeben war.

3. Vorschuß, Verwendungen § 146 Ziff. 6, § 154 Ziff. 1, § 10 Ziff. 2.

§ 153. 1. Falkmann, DJZ. **08** 602, bespricht Henles ZVG. und ist diesem entgegen der Meinung, daß das Gericht die Barauslagen des Zwangsverwalters nicht festzulegen habe. Die Vergütung dagegen sei nichts anderes als die des § 1836 BGB., d. h. das Honorar. Dieses werde endgültig vom Vollstreckungsgericht festgesetzt, wogegen Beschwerde, aber nicht der Prozeßweg zulässig sei. Ihm stünden die Aufwendungen (§ 1835 BGB.) gegenüber. Über diese habe, wenn sie von einen Beteiligten bestritten würden, der Prozeßrichter zu entscheiden.

2. Schankwirtschaftsverwalter § 10 Ziff. 13.

§ 154. 1. ➠ **RG.** 6. 5. 08. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Pr. Landschaft als ein mit Korporationsrechten versehener Kreditverband, der mit Zwangsvollstreckungsrecht privilegiert ist, bei Durchführung ihrer Gläubigerrechte im Wege der ZwVerw. des betreffenden, mit Pfandbriefen beliehenen, Gutes für die einem Dritten Schaden zufügenden Handlungen ihrer Willensvertreter nach §§ 31, 89 BGB., wie eine physische Person für ihr eigenes Versehen, verantwortlich ist? Keinesfalls kann doch eine Verletzung des § 160 LandschaftsO. oder sonst ein Verschulden darin gefunden werden, daß sie zur gründlichen Verbesserung des gänzlich verwahrlosten Gutes bei der ZwVerw. nicht Vorschüsse im Betrage von etwa 21 000 M. leistete, die in keinem Verhältnisse zu der Pfandbriefhypothek von 26 000 M. gestanden wären, daß sie vielmehr nur 80 Morgen Land bestellte und die übrigen 600 Morgen als Viehweide für den erheblichen Jahrespachtzins von 3000 M. verpachtete. Dies erschien nach den Umständen als zweckmäßig. Red. ⬅

2. Haftung dem Maschinenverkäufer gegenüber § 152 Ziff. 1.

§ 155. 1. BayRpflZ. **08** 171 (LG. München I). Sämtliche Beteiligte vereinbarten, daß die Überschüsse zunächst zur Begleichung der rückständigen und laufenden öffentlichen Lasten verwendet und die Restbeträge an die betreibende Bank für Zinsen, Verzugszinsen, Kosten, Spesen und Provisionen abgeführt werden sollten. Das AG. verweigerte den Vollzug nach § 155 Abs. 2. Der Beschwerde der Bank wurde aber aus folgenden Gründen stattgegeben. Formell sei die Beschwerde nach den Bestimmungen der ZPO. zulässig, da sie sich nicht gegen eine Entscheidung über den Zuschlag richte. Sachlich sei zu berücksichtigen, daß die zu bevorzugenden Ansprüche, wenigstens soweit es sich um Rückstände handle, in die 5. Klasse des § 10 gehörten, daß es belanglos sei, ob der Anspruch auf Leistung rückständiger Zinsen gehe, und daß die Beteiligten zweifellos eine Abweichung von der Rangordnung des § 10 vereinbaren könnten.

2. SächsRpflA. **08** 342 (Dresden). Der Kläger verlangt als Hypothekgläubiger Auszahlung des für den Verwalter im Konkurse des Subhastaten hinterlegten Überschusses des ZwVerwverfahrens zu 952,72 M. Er hat aber darauf keinen Anspruch;

denn er ist zwar Beteiligter, da er aber das ZwVerwverfahren weder beantragt hat, noch ihm bis zur Versteigerung des Grundstücks beigetreten ist, fällt sein Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke nicht in die 5., sondern in die 4. Klasse des § 10. Aber „wiederkehrende Leistungen" nach § 10 Ziff. 4 kommen für ihn nicht in Frage, da Zinsen für die seiner Sicherungshypothek zugrunde liegenden Forderungen im Grundbuche nicht eingetragen waren. Auf § 1123 BGB. kann er sich nicht stützen, weil er nicht betreibender oder beigetretener Gläubiger war und den anderen gangbaren Weg, vor Konkurseröffnung (§ 14 KO.) die Mietzinsen pfänden zu lassen, hat er nicht eingeschlagen. Es steht ihm daher kein Absonderungsrecht zu (§§ 47, 48, 49 Ziff. 2 KO.).

3. Schankwirtschaftsverwalter § 10 Ziff. 13, Honorar § 153.

§ 156. Andere Verwaltungsart, öffentliche Lasten § 94.

§ 161. 1. SächsOLG. **29** 155, OLG. **16** 347 (Dresden). Der Gläubiger beschwert sich in zulässiger, aber unbegründeter Weise (§§ 769 Abs. 3, 793 ZPO.) über die Einstellung der ZwVerw., weil sie die Tätigkeit des Zwangsverwalters lahmlege. Die Einstellung nach § 769 aaO. bringt, da die ZwVerw. aufrechterhalten bleibt, die Tätigkeit des Verwalters nicht überhaupt, sondern nur hinsichtlich der Befriedigung des betreibenden Gläubigers zum Stillstand, an Verwaltungsmaßregeln, Früchtebezug hindert sie ihn nicht.

2. Verspätete Klage § 152 Ziff. 1.

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. 1. SeuffA. **63** 31 (Hamburg). Um eine gerichtliche Zwangsvollstreckung, die einen vollstreckbaren Schuldtitel voraussetzt, handelt es sich bei Verkauf eines Wracks durch den Staat nach § 25 StrandO. nicht.

2. **RG. 67** 353. Das Schiffsgläubigerrecht der §§ 734 HGB., 92 BinnenSchG. kann, von den Ausnahmefällen der §§ 112—115 BinnenSchG. abgesehen, nicht durch Klage auf Zahlung der Schiffsschuld, sondern nur durch Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Schiff und Fracht für die Forderung geltend gemacht werden.

3. Mittelstein, DJZ. **08** 755. Das Gesetz kennt für eingetragene Schiffe nur eine Zwangsvollstreckung in das ganze Schiff (§ 864 Abs. 1 ZPO., § 696 Abs. 1 HGB.), und in einen Schiffspart (§§ 858, 864 Abs. 2 ZPO.), nicht in einen Schiffsbruchteil, der nach richtiger Ansicht auch nicht verpfändet werden kann.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. Über Beziehungen zwischen ZwV. und ZwVerw. einerseits und Konkurs andererseits s. §§ 10 Ziff. 3, 16 Ziff. 6, 20 Ziff. 4, 5, 23 Ziff. 1, 2, 55 Ziff. 1, 57 Ziff. 2, 3, 81 Ziff. 6, 90 Ziff. 9, 97 Ziff. 1, 115 Ziff. 3, 4, 12, 16, 18, 125 Ziff. 1, 130 Ziff. 4, 155 Ziff. 2, Zusammentreffen mit TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1.

§ 174. Herold, SächsRpflA. **08** 325. I. Hypothek bestand für 200 000 M. Darlehen des B., II. (Sicherungs-)Hypothek für 500 000 M. der Inhaber der von der Aktiengesellschaft A. ausgegebenen Teilschuldverschreibungen. Der Konkursverwalter betrieb die ZwV. Das geringste Gebot war, wenn dies auch zu einem unerfreulichen, den gemeinsamen Interessen der Gläubiger zu II nicht entsprechenden Ergebnisse führte, auf Antrag zweier dieser Gläubiger dahin festzustellen, daß nur die Hypothek I des B. als bestehen bleibendes Recht zu behandeln sei. Es ändert hieran nichts, daß (nur) für das Konkursverfahren nach § 18 Abs. 2 RGes. vom 4. Dezember 1899 ein Vertreter aufgestellt war. Lediglich die Aufstellung eines Vertreters

mit weitergehenden Befugnissen oder eines im Grundbuch einzutragenden Treuhänders nach § 1189 BGB. oder die Eintragung einer Beschränkung der Verfügungsmacht der einzelnen Teilgläubiger im Grundbuche hätte deren Gesamtheit schützen können.

§ 175. 1. R. 08 II 236 (Frankfurt). Durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses werden alle nach ihr zugunsten einzelner Konkursgläubiger, sei es in ein zum Nachlaß oder in ein dem Erben persönlich gehöriges Grundstück erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung für den Konkurs gemäß §§ 14, 15 KO. hinfällig. Selbst auf Grund von solchen Maßregeln, die vor der Konkurseröffnung, aber nach dem Eintritte des Erbfalls gegen den Nachlaß erfolgt sind, kann zufolge § 221 KO. keine abgesonderte Befriedigung verlangt werden.

2. Verhältnis zur TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1, 4.

§ 180. 1. *Drescher, Die ZwV. zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft an einem Grundstücke (Stuttgart 1908).[1] Die Teilungsversteigerung (TV.) ist ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit (26 ff.). Sie kann sich auf alle Gegenstände der Immobiliarzwangsvollstreckung, ausgenommen Grundstücksbruchteile, erstrecken (1, 10). Bei Miteigentum zur gesamten Hand kann TV. der gemeinschaftlichen Grundstücke stattfinden, jedoch — ausgenommen allein die Erbengemeinschaft — erst nach Beendigung des der Gemeinschaft zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses, aber ohne vorgängige Umwandlung in Bruchteilseigentum (1 ff.). Der Widerspruch der Miteigentümer kann nicht mittels Klage nach § 771 ZPO. geltend gemacht werden (vgl. Eccius, GruchotsBeitr. 47 632), wohl aber der Widerspruch Dritter auf Grund hindernden Rechtes. Die ohne vorgängige Einwendung nach § 766 ZPO. statthafte sofortige Beschwerde gegen Einleitung der TV. kann nur auf solche Punkte gestützt werden, die der Kognition des Versteigerungsrichters unterliegen. (Im übrigen können Miteigentümer und Dritte unter Umständen auf Zurücknahme des Versteigerungsantrags klagen, was näher ausgeführt wird.) Möglich ist die Einstellung des Verfahrens durch einstweilige Verfügung (32 ff.). — Gegenstand der Beschlagnahme ist das Grundstück als ganzes nebst gemeinschaftlichem Zubehöre. Veräußerung eines Anteils ist auf das Verfahren ohne Einfluß (§§ 180, 26). Wer auf Grund abgeleiteten Rechtes die TV. beantragt hat, kann von ihm nicht bewilligte Verfügungen über das ganze Grundstück als ihm gegenüber unwirksam behandeln. § 26 kann jedoch auf Veräußerungen des ganzen Grundstücks nicht angewendet werden (42 ff.). Beitritt ist möglich (52). Nach Anordnung der VollstreckungsZwV. des Ganzen kann ein Antrag auf TV. wirksam nicht mehr gestellt werden. (Im übrigen ist Verbindung beider Versteigerungsarten denkbar, wobei in der Regel das stärkere Verfahren überwiegt, 53 ff.) Durch ZwV. nach §§ 172—174 wird praktisch die TV. verdrängt (59 ff.). Im Verhältnisse von TV. zu NachlaßZwV. (§§ 175 ff.) ist der Beitritt des Antragstellers zum anhängigen Verfahren zuzulassen. Das stärkere Verfahren überwiegt im Zweifel hierbei. Für § 182 ist in diesen Fällen kein Raum. Die Terminsbestimmung muß auf beide Zwecke hinweisen (62 ff.). — Verteilung des Erlöses unter die Miteigentümer ist in keinem Falle Aufgabe des Versteigerungsgerichts (unbeschadet rechnungsmäßig nach §§ 112, 10—12 vorzunehmenden Verweisungen auf das Bargebot hinsichtlich der Sonderbelastungen, gegebenenfalls unter Anwendung des § 122 ZVG., § 1132 Abs. 2 BGB.). Im Teilungsplan ist der nach Befriedigung der durch Zahlung zu deckenden Rechte verbleibende Überschuß ungeteilt sämtlichen Miteigentümern zuzuschreiben, er ist für sie zu hinterlegen oder an sie — im Falle ihrer Einigung darüber — auszuzahlen. Eine Übertragung nach § 118 hat einheitlich auf die Miteigentümer zu geschehen, auch wenn sie

[1] TV. bedeutet hier überall: Teilungsversteigerung.

über die Teilung einig sind (95 ff.). Sicherungshypotheken nach § 128 sind stets auf dem ganzen Grundstück einzutragen nach dem Range der ursprünglichen Ansprüche. Entstammen die Ansprüche Rechten, die ausschließlich unter sich verschiedene Anteile belastet haben und deshalb nicht zueinander in einem Rangverhältnisse gestanden sind, so muß bei Eintragung der Sicherungshypothek der Anspruch, wofür die Forderung gegen den Ersteher übertragen ist, durch Bezeichnung des Rechtes, dem sie entstammt, individualisiert werden (103 ff.). Zwangsvollstreckung gegen den Ersteher findet gemäß §§ 132, 133 statt. Die Miteigentümer können sie nur zusammen beantragen (arg. § 747 Satz 2 BGB.), sie sind gegenseitig verpflichtet, hierbei mitzuwirken (arg. § 754 Satz 2 BGB.) (105 ff.). ➾ Zu letzterem Satze vgl. § 132 Ziff. 3 und im allgemeinen die folgenden Ziffern. Red. ⇜

2. **RG. 67** 396, JW. **08** 199. Der Mann kann während der dem gesetzlichen Güterstand unterworfenen Ehe die TeilungsZwV. des von ihm und seiner Frau gemeinschaftlich erworbenen Grundstücks beantragen. Darin liegt weder Verfügung nach § 1375 BGB., noch steht dem etwa ein stillschweigender Unterlassungsvertrag im Sinne des § 749 Abs. 2 das. entgegen. In dem hiernach einzuleitenden TVverfahren bedarf aber die Ehefrau in entsprechender Anwendung von §§ 1407 Ziff. 2, 1412 BGB. der Zustimmung des Mannes bei Wahrnehmung ihrer Rechte nicht.

3. Mayer, SeuffBl. **08** 281. Der Gegenstandswert einer TV., bei der ein Zuschlag nicht erfolgt, ist nach neuem BayGebG. Art. 9 nur nach dem Werte des Anteils des Antragstellers zu bemessen.

4. Kretzschmar, Die Auseinandersetzung zwischen Miterben, SächsRpflA. **07** 155. Bei Grundstücken werden die Voraussetzungen für eine Naturalteilung nur ganz ausnahmsweise gegeben sein; liegen sie an sich vor, so können der Teilung landesgesetzliche Vorschriften (Art. 119 Ziff. 2 EGBGB.) entgegenstehen. Die Versilberung erfolgt bei Grundstücken durch TV. (vgl. auch die §§ 175 ff.).

5. **RG.** ZBlFG. **8** 721. Das Anwesen stand im Gesamteigentume der Miterben, ein Anspruch auf Umwandlung in Bruchteilseigentum stand keinem Erben zu. Der einzelne Miterbe konnte (§§ 2042, 753 BGB.) lediglich zwecks Auseinandersetzung die Aufhebung der Gemeinschaft durch ZwV. beanspruchen, nicht aber Zuteilung von Bruchteilseigentum.

6. **RG.** JW. **08** 314. Die TV. ist, worüber kein Literaturstreit, nur zulässig in den Fällen der Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, also des Miteigentums, der Erbengemeinschaft, der Gesellschaft oder des Gemeinschaftsguts. Das Gericht kann nicht hierüber hinaus dem ZwVrichter eine Aufgabe zuweisen, für die er nach dem Gesetze nicht zuständig ist. Es kann daher z. B. gegen den Miterben, der das Nachlaßgrundstück schon zum Alleineigentum aufgelassen erhalten hat, nicht darauf geklagt werden, daß er die ZwV. beantrage und aus dem Erlöse seine obligatorischen Verpflichtungen gegen seine Miterben berichtige.

7. Leonhard, Gläubigeranfechtung, BuschsZ. **38** 165, führt in Verfolgung seiner Lehre über die dingliche Wirkung der Anfechtung aus, daß, wenn A. seinen 1/2-Anteil am Grundstücke dem Miteigentümer B. übertragen und dieser das ganze Grundstück an C. aufgelassen hat, der gegen A. und C. siegende Anfechtungskläger das ganze Grundstück zur TV. bringen könne, während er nach herrschender Meinung nur in den ursprüngliche halben Anteil des A. vollstrecken dürfte.

8. **PrOVG. 51** 100. Der Gläubiger eines Erben, dem dessen Anteil an der Erbschaft im Wege der Zwangsvollstreckung zur Einziehung überwiesen worden, ist hierdurch weder Teilnehmer an der Erbschaft noch Miteigentümer des Grundstücks geworden und hat als Ersteher des Grundstücks bei dessen ZwV. auf die diesen Personen nach der örtlichen Umsatzsteuerordnung zustehende Befreiung von der Steuer keinen Anspruch (s. Ziff. 11).

9. BadRpr. **08** 255 (LG. Mosbach). Es kann dahingestellt bleiben, ob die gegen die TV. beschwerdeführenden Miterben nicht nach § 771 ZPO. vorgehen mußten, keinesfalls können sie gegen den die TV. anordnenden Beschluß vor versuchten Erinnerungen nach § 766 sofortige Beschwerde erheben (s. Ziff. 11, 12!).

10. OLG. **17** 356 (Celle). Auch bei der TV. gewährt der Zuschlag als eine, neues Recht schaffende, Handlung Eigentum ohne Rücksicht darauf, ob die als Miteigentümer Auftretenden dies bisher wirklich waren. Dies gilt auch dann, wenn einer von ihnen den Zuschlag erhält. Freilich muß die ZwV. nach ausreichender Bekanntmachung (§ 38) vor sich gegangen sein, damit die Gegenbeteiligten ihre Rechte wahren konnten.

11. ElsLothJZ. **08** 517 (Colmar). Solange unter Erben noch Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht, können sie nur gemeinschaftlich über das Gesamtvermögen oder einzelne seiner Gegenstände verfügen, z. B. die Einleitung der ZwV. beantragen. Der Gläubiger eines Miterben, der das Anteilsrecht desselben nur hat pfänden, nicht auch sich überweisen lassen, ist lediglich berechtigt, die Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses zu verlangen, nicht aber — selbst nicht in Gemeinschaft mit den anderen Miterben — die Einleitung des ZwVverfahrens über die zum Nachlasse gehörigen Grundstücke zu beantragen (s. oben Ziff. 1, 5, 8!).

12. BayNotZ. **08** 6 (München). Die außerordentliche Kündigung des das gemeinschaftliche Sägemühlgrundstück betreffenden Gesellschaftsverhältnisses war dem AG. nachgewiesen und damit ein Anspruch auf Auseinandersetzung genügend bescheinigt (§§ 731, 753 BGB.). Eines besonderen Titels für die TV. bedurfte es nach § 181 nicht. Gegen Anordnung der ZwV. stand dem Gegner nicht die Beschwerde, sondern nur (nach § 37 Ziff. 5 ZVG. und § 771 ZPO.) Klage zu. Eine vorgängige Klage des Antragstellers auf Einwilligung des Gegners in die TV. war nicht nötig. Dies wäre nur dann der Fall, wenn ein der Anordnung entgegenstehendes Recht sich aus dem Grundbuch ergeben würde.

13. MecklZ. **26** 50 (Rostock). Auch in der TV. kann eine Verletzung der Vorschriften über Versteigerungsbedingungen (§ 59) nicht für sich allein, sondern nur zugleich mit dem Zuschlagsbeschluß angefochten werden.

14. Kommunbrauhaus § 182 Ziff. 1. S. auch § 181!

§ 181. 1. ➠ **RG.** 21. 11. 08. Die nach Gewohnheitsrecht von Travental (Holstein) getroffene Entscheidung, daß der Anerbe, obschon er Lehrer geworden und der Hof verschuldet sei, die TV. hindern könne, ist irrevisibel. Die Zurückweisung der Einrede des Verzichts des Anerben auf sein Recht beruht auf bedenkenfreier Tatsachenwürdigung des Berufungsrichters. Red. ⇜

2. *Drescher aaO. Voraussetzungen für Anordnung des Verfahrens sind (nicht ein an sich nicht ausgeschlossener vollstreckbarer Titel und der Nachweis unmöglicher Naturalteilung, aber) die folgenden: a) daß das Grundbuch des zu versteigernden Grundstücks angelegt ist, b) ein auf TV. gerichteter Antrag, der das Grundstück und dessen Eigentümer bezeichnet und sich auf das Grundstück als ganzes (nicht etwa bloß auf eine Parzelle) bezieht, überdies von einer nach § 180 Abs. 2 antragsberechtigten und gehörig legitimierten Person gestellt ist, c) das Bestehen einer aus dem Grundbuch ersichtlichen Gemeinschaft und gegebenenfalls die Eintragung der Bruchteile. Die Gesamthänder eines Bruchteils können nur zusammen die TV. beantragen. In den Fällen des Miteigentums zur gesamten Hand (Erbengemeinschaft ausgenommen) ist der Nachweis der Auflösung oder Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (nicht aber vorgängiger Grundbucheintragung darüber) erforderlich. Pfändung des Bruchteils eines Miteigentümers ist nicht möglich, nur etwa Pfändung und Überweisung des Teilungsanspruchs (vgl. § 857 Abs. 3 ZPO.). (Aber diese schützt nach § 751 Satz 2 BGB. nicht gegen Einwendungen aus § 1010 das.) Übrigens wären Fälle eigener Antragsberechtigung

eines Dritten gar nicht im § 181 Abs. 2 (Rechtsausübung) unterzubringen. Aus diesem Grunde ist auch der Pfändungsgläubiger eines Miterben erst nach Überweisung des Erbteils oder des Auseinandersetzungsanspruchs des Miterben zum Antrag auf TV. berechtigt, unterliegt dann aber obigen Einwendungen. Nach Pfändung eines Gesellschaftsanteils (§ 859 ZPO.) und Gesellschaftskündigung (§ 725 BGB.) ist für den Antrag auf TV. noch Überweisung des Auseinandersetzungsanspruchs des Gesellschafters nötig. — Der Hypothekgläubiger als solcher ist nicht antragsberechtigt. Im Falle der Verpfändung eines Erbteils hat der Pfandgläubiger als solcher kein Antragsrecht. Bei bestehendem Nießbrauche bleibt der Miteigentümer (oder Miterbe) antragsberechtigt; der Nießbraucher hat sein Recht eventuell im Widerspruchswege geltend zu machen (6—26).

3. S. auch § 180.

§ 182. 1. Goetzelmann, BayRpflZ. **08** 102, bespricht die TV. eines sog. Kommunbrauhauses, das nicht ein Grundbuchblatt für sich hatte, sondern das mit je $^1/_4$ Anteil den Grundbuchblättern von vier verschiedenen, ganz gesondert belasteten, Wirtschaftsanwesen zugeschrieben war. Auf dem Wirtschaftsgrundstücke des betreibenden Miteigentümers A. standen 4800 M. Hypotheken. Goetzelmann ist der Meinung, daß hier der Fall des § 64 nicht vorliege, daß nach § 182 das geringste Gebot 4 × 4800 M. außer den Kosten und Ansprüchen nach § 10 Ziff. 3 betragen müsse und daß die Sonderbelastungen der drei anderen Anwesen überhaupt nicht zu berücksichtigen seien. Da aber das ganze Brauhaus nur auf 5000 M. geschätzt sei, so müßten die Hypothekgläubiger des A. etwa durch besondere Versteigerungsbedingungen nach § 59 die Verteilung ihrer Hypotheken auf den $^1/_4$-Anteil und das Hauptanwesen nach dem Vorbilde von § 64 und die Barzahlung des dadurch sich ergebenden Betrags gestatten. ⟶ Es wird anzunehmen sein, als seien die $^1/_4$-Anteile von den vier Hauptanwesen ab- und auf einem Grundbuchblatte, belastet mit ihren Sonderhypotheken als Gesamthypotheken zu denen der Hauptanwesen, zusammengeschrieben (§ 1114 BGB., § 6 GBO.). So wird dem von G. vorgeschlagenen Verfahren nichts im Wege stehen, wenn auch die Hypothekgläubiger der nicht betreibenden Miteigentümer zustimmen. v. d. Pfordten bezweifelt, ob etwa Beitritt der drei übrigen Teilhaber Abhilfe schaffen könnte. Red. ⟵

2. Goetzelmann, BayNotZ. **08** 25, gibt Zahlenbeispiele für das Meistgebot bei der TV. und schließt sich im allgemeinen der Anschauung von Reinhard, Fischer-Schäfer, v. d. Pfordten gegen Jaeckel und Günther (JDR. **1** u. **2** § 182) an. Er empfiehlt den Notaren, darauf hinzuwirken, daß die in Bayern als Plannummern mit * bezeichneten ideellen Grundstücksanteile nicht zusammen mit anderen Grundstücken belastet werden. — Für gemeinschaftliche Höfe, Brunnen u. dgl. hält er TV. auch nach Art. 43 BayÜbergG. in der Regel für ausgeschlossen.

3. *Drescher aaO. In den Fällen des Gesamthandeigentums und der Nichtbelastung der Bruchteile kommen die besonderen Vorschriften des § 182 nicht zur Anwendung. Stets — z. B. hinsichtlich der Kosten — ist § 44 ergänzend heranzuziehen. Die Worte „vorgehen oder gleichstehen" sind im Sinne eines Rangverhältnisses (§ 879 BGB.) zu verstehen. Also sind außer den den Anteil des Antragstellers belastenden oder mitbelastenden Rechten alle Rechte zu berücksichtigen, die einer Gesamtbelastung des Grundstücks oder einem mehrere Anteile, worunter auch der Anteil des Antragstellers, belastenden Rechte im Range vorgehen oder gleichstehen. Ist Antragsteller ein das Recht eines Miteigentümers ausübender Dritter, so ist das Meistgebot auf der Grundlage des Rechtes dieses Miteigentümers zu berechnen. Zur Berechnung des Ausgleichungsbetrags (Abs. 2) müssen die nach Abs. 1 zu berücksichtigenden Rechte — eventuell nach Verteilung auf die mehreren belasteten Anteile — (zum Kapitals- oder kapitalisierten Werte, § 121) angeschrieben werden.

Ein Vorkaufsrecht auf einem Bruchteil ist außer acht zu lassen. Nun wird durch Vergleichung der für die einzelnen Anteile ermittelten Summe der relativ höchst belastete Anteil (das Belastungsmaximum) ermittelt (bei verschiedener Größe der Anteile nach deren vorgängiger Zurückführung auf einen gemeinschaftlichen Nenner). Jenes Belastungsmaximum wird nun mit der als gemeinsamer Nenner fungierenden Zahl vervielfältigt; die Differenz der ermittelten Summe und des Betrags der bestehen bleibenden Rechte ist der (in bar zu entrichtende) Ausgleichungsbetrag. Durch Zuschlag erlöschende Rechte kommen hierbei nicht in Betracht (65 ff.). Für jeden von mehreren Antragstellern muß berechnet werden, wie hoch sich das geringste Gebot belaufen würde, wenn er allein Antrag gestellt hätte. Dies ergibt sich aus §§ 180, 44. Berechnet sich hiernach auf der Grundlage mehrerer Anteile das geringste Gebot zwar zahlenmäßig gleich nieder, inhaltlich aber verschieden (so hinsichtlich der berücksichtigten Rechte), so muß Doppelausgebot unter Zugrundelegung der beiden geringsten Gebote erfolgen. § 59 ist anwendbar, die Frist des § 44 Abs. 2 gilt auch hier (75 ff.). Bei Versteigerung mehrerer Grundstücke im nämlichen Verfahren kann entsprechend dem § 63 auch ein Gesamtausgebot stattfinden. Hierbei ist das geringste Gebot gleich der Summe der nach dem oben Ausgeführten für die einzelnen Grundstücke berechneten geringsten Gebote. — Hat die TV. sämtliche mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke zum Gegenstande, so kann § 64 entsprechend zur Anwendung gelangen. Zum Antrag auf Verteilung der Gesamthypothek ist auch ein nichtbetreibender Miteigentümer befugt (83 ff., daselbst auch Zahlenbeispiele).

4. Beitritt. Erkundigungspflicht § 66 Ziff. 3.

§ 184. *Drescher aaO. a) Die Pflicht zur Sicherheitsleistung bemißt sich für Bieter, die nicht Miteigentümer sind, nach § 67, die Höhe der zu leistenden Sicherheit nach § 68 Abs. 1 u. 2. b) Nichtbetreibende Miteigentümer sind, wenn ihnen eine nicht in das geringste Gebot fallende, durch das Gebot ganz oder teilweise gedeckte Hypothek oder dgl. zusteht, von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung befreit; anderenfalls gelten auch hier §§ 67, 68 Abs. 1 u. 2. c) Bietet der Antragsteller oder ein Beigetretener, so hat er auf Verlangen Sicherheit nach §§ 67, 68 zu leisten, seine Verpflichtung hierzu entfällt aber, wenn ihm eine nicht in das geringste Gebot fallende, durch sein Gebot ganz oder teilweise gedeckte Hypothek oder dgl. zusteht.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 1. 1. R. **08** II 503 (Frankfurt). Die Frage, welche Gegenstände als Zubehör des Grundstücks der Pfändung nicht unterliegen, bestimmt sich, solange das Grundbuch für den Bezirk des Grundstücks nicht angelegt ist, nach dem bisherigen Rechte, wofür auch § 1 EGZVG. spricht.

2. ➠ **RG.** 16. 12. 08. Die Entscheidung des BayObLG., daß gewisse Sachen zur Zeit der Beschlagnahme nach BaySubhO. Zubehör des zwangsversteigerten Anwesens waren und daß sich das nach §§ 97, 98 BGB. bestimme, ist irrevisibel. Selbstverständlich hatte aber das RG. nachzuprüfen, ob die angezogenen §§ 97, 98 richtig angewendet sind. Red. ⟵

3. Zubehör s. auch § 20 Ziff. 5 a!

§ 2. S. landesrechtliche Sondervorschriften: Preußen: Schulkostenbeiträge § 10 Ziff. 5, Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 6, 10, Haftung des Fiskus § 41 Ziff. 2, Wert von Bauland § 58 Ziff. 1, Umsatzsteuer § 58 Ziff. 2, 4,

§ 180 Ziff. 8, Zuschlagsstempel § 58 Ziff. 3, Instleute § 59 Ziff. 1, Beschwerdewert § 95 Ziff. 2, Übertragung stempelfrei § 118 Ziff. 1, Vollstreckungsrecht der Ansiedelungskommission § 146 Ziff. 5, nassauische Leibzucht § 28 Ziff. 1, holsteinischer Anerbe § 181 Ziff. 1, Zubehör EG. § 1 Ziff. 1, gesetzliche Eigentumsbeschränkung EG. § 9 Ziff. 3, Beitrittskosten § 27 Ziff. 2, ZwVerwvorschriften § 152 Ziff. 1, Landschaften § 50 Ziff. 2, 4, § 107 Ziff. 2, § 154 Ziff. 1. Bayern: Gebühr bei TeilungsZwV. § 180 Ziff. 3, Kommunbrauhaus § 182 Ziff. 1, sonstige gemeinsame Grundstücke § 182 Ziff. 2, Zubehör EG. § 1 Ziff. 2, Wohnungsrecht EG. § 9 Ziff. 1. Sachsen: Elektrizitätsabgaben § 10 Ziff. 4, Straßen- und Schleusenkosten § 10 Ziff. 9, Grundsteuer § 56 Ziff. 2, Kostenkaution § 50 Ziff. 6, Reallasten § 115 Ziff. 22. Württemberg: Wasserkraft § 20 Ziff. 3. Baden: Kosten gemeinsamer Veranstaltungen § 10 Ziff. 7, Straßenanliegerkosten § 10 Ziff. 8, Anheftung an die Gemeindetafel § 43 Ziff. 1, Erbbaurecht § 92 Ziff. 2, Kostenwesen §§ 81 Ziff. 7, 9; 109 Ziff. 1. Hessen: Zuschlagsstempel § 93 Ziff. 2. Auszugs- und Einsitzrecht EG. § 9 Ziff. 2. Elsaß-Lothringen: Mietkündigung § 57 Ziff. 8, Ablehnung des Notars EG. § 13. Mecklenburg: Kaminkehrlöhne § 10 Ziff. 15, Abhalten vom Bieten § 66 Ziff. 5, Vorkaufsrecht § 83 Ziff. 3. Hamburg: Klausel „vigore contractus aerarii“ § 45 Ziff. 2.

§ 9. 1. SeuffBl. **08** 589 (München). Ein im bayerischen Hypothekenbuch und dann im Grundbuch eingetragenes Wohnungsrecht bleibt nach diesem § 9 und nach Art. 27 BayAGZVG. von der ZwV. unberührt, wenn es als Leibgeding bestellt ist. Dies ist der Fall, wenn ihm die rechtliche Natur eines Leibgedings zukommt.

2. HessRpflZ. **08** 128 (Darmstadt). Ein Grundstück erzielte ohne Auszugs- und Einsitzrecht 12 000 M., mit solchem 10 800 M. Meistgebot. Zuerst wurde für 12 000 M., im Beschwerdeweg aber für 10 800 M. zugeschlagen, wobei unter anderen ausgeführt wurde: Die durch Fortbestehen der fraglichen Lasten beeinträchtigte Realgläubigerin hat keinen besonderen Antrag gestellt. Der betreibende Gläubiger selbst aber, der den Antrag auf Doppelversteigerung gestellt hat, ist durch das Fortbestehen jener Rechte nicht beeinträchtigt (wie rechnungsmäßig näher ausgeführt wird), daher war der Zuschlag für 10 800 M. zu erteilen.

3. OLG. **17** 333 (Hamm). Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen und Urteile darüber (z. B. wegen preußischen Fensterrechts) sind gegen den Ersteher wirksam.

4. Instleute § 59 Ziff. 1.

§ 13. ElsLothJZ. **08** 508 (Colmar). Die Ablehnung des mit der Leitung des ZwVerfahrens betrauten Notars kann nicht im Wege der Beschwerde gegen den ihn ernennenden Beschluß, sondern nur durch Ablehnungsgesuch beim Vollstreckungsgerichte geltend gemacht werden.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Neue allgemeine Gesichtspunkte sind nicht beigebracht worden. Auch das Werk du Chesnes: „Der Prozeßgang des formalen Grundbuchrechts“ enthält im wesentlichen nur eine Verarbeitung bekannten Stoffes vom Standpunkte des prozessualen Grundbuchrechts aus. Dagegen sind in einer Reihe von Einzelfragen wichtige Entscheidungen ergangen. So hat das RG. (zu § 19 Ziff. I 4) die ihm vom BayObLG. vorgelegte Frage, ob der gütergemeinschaftliche Ehemann zur Bestellung von Kaufpreishypotheken der Zustimmung der Ehefrau bedarf, in Übereinstimmung mit dem KG., aber im Gegensatze zu dem BayObLG., sowie den OLG. Karlsruhe und Colmar verneint. Diese Entscheidung ist selbst vom Standpunkte desjenigen aus, der sie nicht für richtig hält, mit Freuden zu begrüßen. Denn es handelt sich hier um eine der im Gebiete des formellen Grundbuchrechts nicht

seltenen Streitfragen, bei der weniger der Inhalt als die Tatsache der Entscheidung von Bedeutung ist. Ebenso hat es eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs zur Folge, wenn das KG. (zu § 22 Ziff. I 1) entgegen der herrschenden Meinung entschieden hat, daß der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines anderen Eigentümers nicht auch des Nachweises der Unrichtigkeit bedarf, wenn nicht bestimmte Tatsachen den Zweifel rechtfertigten, ob es sich in Wirklichkeit nicht um eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung handle. Es ist das eine freie Auslegung des § 22 GBO., wie sie auch bei der Anwendung des § 1177 BGB. neuerdings vom KG. verwendet worden ist (s. die Vorbem. zum achten Abschnitte des Sachenrechts des BGB.). Des weiteren hat das KG. in drei Fragen, von denen mindestens die beiden ersten sehr wesentlich sind, seine bisherige Ansicht geändert. Einmal hat es ausgesprochen, daß mangelhafte Vermerke über die Persönlichkeit des Beteiligten in gerichtlichen oder notariellen Urkunden den Grundbuchrichter nicht zur Beanstandung der Urkunde berechtigten, außer wenn das Protokoll dem Zweifel Raum läßt, ob die Urkundsperson sich in Wahrheit die Gewißheit über die Persönlichkeit des Erschienenen verschafft hat (zu § 29 Ziff. II 2). Die zweite Ansichtsänderung bezieht sich auf die Frage, ob bei der Abtretung einer Briefhypothek durch den Erben des Zessionars des eingetragenen Gläubigers die Umschreibung der Hypothek auf den neuen Gläubiger erst nach vorgängiger Eintragung des Erben erfolgen könne; diese Frage verneint jetzt das KG. im Gegensatze zu früheren Entscheidungen (zu § 40 Ziff. II 1). Im Anschlusse hieran ist auch die ausdehnende Auslegung zu beachten, die das KG. jetzt dem § 26 GBO. gibt (s. zu § 26 Ziff. 1). Drittens ist das KG. neuerdings der Ansicht, daß es der vorgängigen Eintragung des Erben nicht bedarf, wenn mit der Übertragung der Hypothek deren Inhaltsänderung eingetragen werden soll (zu § 41 Ziff. II). Hervorzuheben ist weiter noch die der herrschenden Meinung widersprechende Ansicht des KG., daß bei der Eintragung einer Hypothek, zu deren Gunsten ein Rangvorbehalt eingetragen ist, es der Vorlegung des Briefes über die zurücktretende Post nicht bedarf (zu § 42 Ziff. 1). — Von der Rechtslehre sei auf den Selbstbericht Ungers über die Beschwerde in Grundbuchsachen (zu § 71 Ziff. B I 1—3) hingewiesen.

Literatur: Der zweite Band des Fuchs-Arnheimschen Kommentars ist im Jahre 1908 fertig geworden. Desgleichen der Meikelsche Kommentar zur Grundbuchordnung. Neue zusammenfassende Erläuterungen der GBO. sind im Berichtsjahre nicht erschienen, abgesehen von dem Oberneckschen Grundbuchrechte (s. vor § 873 BGB.). Zu nennen ist hier nur noch: du Chesne, Der Prozeßgang des formalen Grundbuchrechts. Leipzig 1908. S. im übrigen die Literaturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 2. Literatur: Consbruch, Die in das Grundbuch übernommenen unrichtigen Angaben des Katasters, R. **08** 760 ff.

1. KGJ. **35** A 242 (KG.). Die Vorschrift, daß die Grundstücke im Grundbuche nach dem Inhalte der Steuerbücher zu bezeichnen sind, gilt auch für die Fälle, in denen sie im Verzeichnisse der mit dem Eigentume verbundenen Rechte als dienende Grundstücke oder in Abt. II als herrschende Grundstücke aufgeführt werden. Soweit die Grundstücke an diesen Stellen anders bezeichnet sind, ist die vorgeschriebene Bezeichnung gelegentlich von Amts wegen zu bewirken.

2. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 31 ff. Hat ein Grundstück versehentlich im Grundbuch eines fremden Bezirkes seine Stelle gefunden, so bewirkt dies nicht die Ungültigkeit des Grundbuchs. Ebensowenig wird

diese dadurch bewirkt, daß die Bezeichnung des Grundstücks im konkreten Falle nicht nach dem landesgesetzlich bestimmten Verzeichnis erfolgt ist (s. auch Ziff. I 3 zu § 892 BGB.).

3. OLG. **17** 164 (KG.). Das KG. behandelt hier die Erfordernisse der Fortschreibung zweier Grundstücke vor Eintragung im Grundbuche.

§ 3. Literatur: Kriener, Zum Grundstücksbegriffe, BayRpflZ. **08** 405.

1. SchlHolstAnz. **08** 271 (KG.). Für die rechtliche Bedeutung einer Eintragung ist es grundsätzlich ohne Belang, ob sie innerhalb der für die Grundstücksbelastungen bestimmten Abt. II und III des Grundbuchs die richtige Stelle erhalten hat.

2. SchlHolstAnz. **08** 244 (LG. Altona). Die Verteilung einer Sicherungshypothek auf die einzelnen Grundstücke gemäß § 867 Abs. 2 ZPO. hat nur bei selbständigen Grundstücken zu erfolgen. Durch die (früher erfolgte) Anlegung des Grundbuchs nach Form. II und Eintragung der einzelnen Katasterparzellen unter besonderen Nummern erlangen aber die Grundstücke nicht den Charakter selbständiger Grundstücke.

3. SchlHolstAnz. **08** 335 (LG. Flensburg). Der Antrag, für ein aufgelassenes Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen, darf nicht abgelehnt werden.

4. KGJ. **35** A 246, R. **08** I 679 (KG.). Die Flächen, die durch künstliche, von der Strombauverwaltung im öffentlichen Interesse vorgenommene Uferanschüttungen dem Bette eines öffentlichen Flusses abgenommen sind, fallen weder in das Eigentum der Uferanlieger (§ 56 II. 15; § 225 I. 9 ALR.), noch sind sie deren Okkupationsrecht unterworfen, sondern sie stehen im „gemeinen“ (nicht etwa im privatrechtlichen) Eigentume des Staates und können deshalb im Grundbuche nicht eingetragen werden.

5. Schuhmacher, Das Recht an Privatflüssen und das verlassene Flußbett in Preußen, JW. **08** 648 ff. Während man in der Rechtslehre nicht darüber einig ist, wer im Gebiete des Preußischen Landrechts Eigentümer eines Privatflusses ist, hat die Rechtsprechung seit jeher die Ansicht vertreten, daß die Privatflüsse kraft Gesetzes nach der Ausdehnung der Uferbesitzer und bis zur Mitte des Wassers im Privateigentume der Ufereigentümer stehen (vgl. **RG. 16** 178, StriethA. **31** 325, OTr. **52** 38). Daß Privatwasserläufe in das Grundbuch aufgenommen werden können, ist in Theorie und Praxis anerkannt (vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I 67, KGJ. **11** 396, **14** 94). Mit Rücksicht auf den Zweck, dem das Grundbuch dienen soll, nämlich das Eigentum und die Belastung der Grundstücke festzustellen, muß der Eintragung insofern eine Schranke gezogen werden, als Grundstücke, welche niemandem gehören, von der Eintragung auszuschließen sind. Die Prüfung des mit der Eintragungsfähigkeit von Wasserläufen oder Wasserlaufteilen befaßten Grundbuchrichters wird sich deshalb darauf zu beschränken haben, ob die Grundstücke selbständige, im Kataster verzeichnete Grundstücke sind und im Privateigentume stehen. Der einzige Nachweis, den der Ufereigentümer dem Grundbuchamte zu führen hat, ist der Nachweis, daß er Eigentümer der Ufergrundstücke in der ganzen Länge des in Anspruch genommenen Flußbettes ist. — Das gleiche gilt für das Gebiet des gemeinen Rechtes. — Im rheinisch-französischen Rechtsgebiete gehören die Privatflüsse zu den Sachen, welche, in niemandes Eigentume stehend, dem allgemeinen Gebrauche dienen. Die Ufereigentümer können das Eigentum am Flußbett auch nicht durch Verjährung erwerben, auch können keine Dienstbarkeiten am Flußbette begründet werden. Da das Flußbett dem Privateigentum entzogen ist, kann es weder im Kataster noch im Grundbuch auf den Namen des Ufereigentümers eingetragen werden. Die Ufereigentümer können deshalb auch nicht über das Flußbett verfügen; sie können es nicht wie

in den anderen Teilen des Staates überwölben, bebauen oder mit Dienstbarkeiten, Pfandrechten (z. B. mit Hypotheken) belasten. — Was das verlassene Flußbett anbetrifft, so wird es nach Preußischem Landrecht unter den Anliegern nach Verhältnis der ihnen zugehörigen Uferstrecken verteilt. Diejenigen Eigentümer, welche durch den neuen Lauf des Flusses geschädigt werden, müssen aber aus dem verlassenen Flußbett oder dessen Wert entschädigt werden (ALR. I. 9 §§ 270, 271). Das verlassene Flußbett gehört dem Staate, wenn der Staat dem Flusse durch einen Durchstich ein neues Bett verschafft hat. Der Staat muß aber das neue Flußbett oder dessen Wert den Eigentümern des überströmten Landes als Entschädigung zuweisen (ALR. II. 15 §§ 68 ff.). Der Staat wird Eigentümer erst mit der Aneignung (StriethA. **81** 73). — Über die Rechtsverhältnisse bezüglich des verlassenen Flußbettes in den Gebieten des gemeinen und des rheinisch-französischen Rechtes s. 651 f.

6. S. auch Stockmann, Zur rechtlichen Natur des Wassernutzungsrechts, DJZ. **08** 476.

7. Doppelbuchung s. zu BGB. § 892 Ziff. I 3.

§ 4. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 32. Außerachtlassung der Vorschriften des § 4 hat nicht die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Grundbuchs zur Folge.

§ 5. 1. OLG. **17** 167 (KG.). Eine Zusammenschreibung kann nach § 890 Abs. 1, 2 BGB. nur erfolgen, wenn der Eigentümer der mehreren Grundstücke diese, also das bisherige Grundstück und den übertragenen Grundstücksteil, als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen bzw. den Grundstücksteil zu dem anderen Grundstück als Bestandteil im Grundbuche zuschreiben läßt. Von Amts wegen dürfen also derartige Grundbuchoperationen, welchen eine materiell-rechtliche Bedeutung beiwohnt, nicht vorgenommen werden, vielmehr ist dazu der Antrag des Eigentümers erforderlich, für den die Formvorschrift des § 29 GBO. gilt.

2. SeuffBl. **08** 332, BayRpflZ. **08** 46 (BayObLG.). Einem Grundstücke, das mit mehreren anderen Grundstücken auf demselben Blatte im Grundbuch eingetragen ist, können auf dem gleichen Blatte andere Grundstücke als Bestandteile zugeschrieben werden.

3. S. unten Ziff. 2 zu §§ 93 ff.

§ 6. 1. KGJ. **35** A 258, R. **08** II 423 (KG.). Wird ein ganzes Grundstück mit einem Rechte (Erbbaurechte) belastet, die tatsächliche Ausübung des Rechtes aber vertraglich auf einen realen Teil des Grundstücks beschränkt, so ist eine Abschreibung und Verselbständigung dieses Teiles gemäß § 6 GBO. nicht erforderlich.

2. KGJ. **35** A 261 (KG.). Die Eintragung der Enteignungsvormerkung darf nicht davon abhängig gemacht werden, daß das Katasteramt die zu enteignende Fläche vermißt und mit einer besonderen Parzellennummer versieht. Zur Bezeichnung der zu enteignenden Fläche in der Vormerkung genügt, wenn die Fläche ein Parzellenteil ist, die Angabe der Größe und die wörtliche Beschreibung der Grenzen; dabei kann auf einen zu den Akten überreichten Lageplan Bezug genommen werden. Enthält das dem Grundbuchamte vorliegende Material die erforderliche Beschreibung nicht, so ist die Vormerkung trotzdem einzutragen, gleichzeitig aber die Enteignungsbehörde um Mitteilung des weiter erforderlichen Materials zu ersuchen und nach dessen Eingange die Vormerkung zu berichtigen.

§ 7. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 120 f. Hinsichtlich des Bestehens des Erbbaurechts selber kommt für den Erwerber auch

das Grundbuch des mit dem Erbbaurechte belasteten Grundstücks in Betracht; das besondere Grundbuch ist nicht völlig von dem anderen losgelöst.

§ 8. MecklZ. **27** 26 (Rostock). Diese Bestimmung bezieht sich nur — worauf auch das Wort „auch" hindeutet — auf Rechte, die sowohl subjektiv, als objektiv dinglich sind, also auf Rechte, die dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks gegen ein anderes Grundstück zustehen. Deshalb ist aber nicht ausgeschlossen, daß unter Berücksichtigung der Landesgesetzgebung auch Rechte, die nur subjektiv dingliche sind, als eintragungsfähig erscheinen.

§ 11. HessRspr. **9** 110 (LG. Gießen). Die Ergänzung einer bereits erteilten Abschrift eines Grundbuchblatts durch Nachtrag eines später vollzogenen Eintrags ist zulässig.

§ 12. 1. **RG.** 29. 6. 07, GruchotsBeitr. **52** 698. Nach § 29 GBO. soll der Grundbuchbeamte eine Eintragung (Löschung) nur dann anordnen, wenn der Nachweis für die Eintragungsbewilligung, für die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen und für die anderen Voraussetzungen der Eintragung in der dort näher bestimmten Form erbracht ist. Danach hat der Grundbuchbeamte das Vorhandensein dieser „anderen Voraussetzungen", zu denen bei genehmigungsbedürftigen Erklärungen die Erteilung der Genehmigung durch die dazu berufene Person oder Behörde (Vormundschaftsgericht) gehört, zu prüfen. Diese Prüfungspflicht liegt ihm, da das Gesetz in dieser Hinsicht eine Einschränkung nicht enthält, gleichmäßig allen Beteiligten gegenüber ob, ohne daß es darauf ankommt, ob der Beteiligte zugleich Antragsteller ist oder nicht.

2. **RG.** 22. 4. 08, JW. **08** 412, R. **08** II 458. Es enthält allerdings das BGB. keine Begriffsbestimmung der groben Fahrlässigkeit, der Berufungsrichter irrt jedoch nicht, wenn er die bei den Beratungen der zweiten Kommission (Prot. I 187) zwar gestrichene, aber nicht gemißbilligte Begriffsbestimmung des § 144 Abs. 2 Entw. I zugrunde legt. Denn daß unter grober Fahrlässigkeit nur eine „besonders schwere Vernachlässigung" der gebotenen Sorgfalt oder, wie die Mot. I 280 bemerken, eine „ausnehmende Sorglosigkeit" verstanden werden kann, ergibt sich auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung schon aus der Natur der Sache (vgl. auch Planck I 41). Zur Verneinung des Verschuldens kann der Umstand mitverwertet werden, daß es sich um einen Einzelrichter in einem kleinen Orte ohne alle literarischen Hilfsmittel handelte, der kurz nach Inkrafttreten des neuen Rechtes zum ersten Male sich vor die Anwendung von Gesetzesvorschriften gestellt sah, welche von dem bisherigen Rechte völlig abwichen.

3. MecklZ. **27** 20 (Rostock). Der Grundbuchbeamte hat als solcher nicht die Pflicht, die Gesetzmäßigkeit der Ernennung seines Vertreters zu prüfen.

4. ZBlFG. **9** 330 Ziff. 309 (Hamburg). Den Grundbuchrichter trifft kein Verschulden, wenn er die nicht als eilig bezeichnete Eintragung einer Arresthypothek um neun Tage seit Eingang des Antrags verzögert, da nicht alle Arrestsachen eilig sind und der Rang durch den Eingangsvermerk gewährleistet ist.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. Literatur: Bauer, Begriff der Rechtshilfe, BayRpflZ. **08** 415. — du Chesne, Der Prozeßgang des formalen Grundbuchrechts. Leipzig 1908. — Derselbe, Die Offizialtätigkeit des Grundbuchbeamten im Beweisverfahren, BayRpflZ. **08** 397.

I. Zulässige und unzulässige Eintragungen. 1. SeuffBl. 08 59 (Dresden). Eine zwischen dem Grundstückseigentümer und einem Hypo-

thekengläubiger getroffene Vereinbarung, wonach die Genehmigung einer gemäß dem § 416 BGB. erfolgten Übernahme der Schuld für alle Fälle als vom Gläubiger im voraus verweigert zu gelten hat, kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

2. SchlHolstAnz. **08** 34 (Kiel). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

3. a) OLG. **17** 30, ElsLothJZ. **08** 91 (Colmar). Ein in das vorläufige Grundbuch eingetragenes Pachtrecht behält seine dingliche Wirkung auch nach dem Inkrafttreten des BGB., und zwar nach Anlegung des Grundbuchs auch ohne Eintragung in diesem. b) R. **08** II 200 Ziff. 1196 (Frankfurt a. M.). Einem auf Ausbeutung eines Grundstücks (durch Gewinnung von Mineralien) gerichteten Pachtrechte kann nicht durch Eintragung in die öffentlichen Bücher dingliche Wirksamkeit verliehen werden.

4. ElsLothJZ. **08** 359 (Colmar). Auch ein auf 99 Jahre abgeschlossener Erbpachtvertrag ist nur ein obligatorischer Vertrag; seine Eintragung in das Grundbuch ist daher unzulässig.

5. BadNotZ. **08** 35 (GBA. Baden-Baden). Die rechtsgeschäftliche Verpfändung eines Gesamtgutanteils in Ansehung eines bestimmten Grundstücks kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

6. du Chesne, KGBl. **08** 85. Unnötige Eintragungen sind, wenn sie auch äußerlich ein Buchrecht betreffen, vom Grundbuche grundsätzlich und nicht nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ausgeschlossen. Weil aber Unrichtigkeit und inhaltliche Unzulässigkeit nicht vorliegen, ist auch der Widerspruch des § 54 und die Beschwerde des § 71 Abs. 2 GBO. ausgeschlossen. Beschwert ist durch die unnötige Eintragung einzig das Grundbuch als öffentliche Urkunde.

7. **RG.** 7. 1. 08, ElsLothJZ. **08** 389. Für die Unterscheidung, ob eine Eigentumsbeschränkung privatrechtlicher Natur ist oder eine öffentliche Last bildet, ist im wesentlichen der nach dem für das Grundstück maßgebenden Landesrecht (Art. 111 EGBGB.) zu beurteilende Umstand ausschlaggebend, ob die Beschränkung bloß zum Privatvorteil eines oder mehrerer einzelnen dient oder ob sie im öffentlichen Interesse eingeführt ist. Handelt es sich um eine öffentliche Last, so ist die Eigentumsbeschränkung nicht zur Eintragung in das Grundbuch geeignet.

8. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu §§ 13 ff. GBO. Ziff. I 8 c) auch OLG. **15** 372, JagdRZ. **08** 68.

9. BadRpr. **08** 236 (BadJustMin. 29. 4. 08): Grundbucheintragungen auf Grund von Anfechtungsurteilen.

10. *Mayer, BayRpflZ. **08** 199 ff. Wiederholte Eintragungen desselben Inhalts bezüglich desselben Grundstücks auf Grund wiederholter Eintragungsbewilligungen sind, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden ausgenommen, materiell-rechtlich zulässig und für den Betroffenen unschädlich. Nur vom Standpunkte des formell-rechtlichen Grundsatzes, überflüssige Eintragungen zu vermeiden, können sie unzulässig sein. Ist darum die Eintragung aus irgendeinem Grunde notwendig, z. B. die Verweisung auf die Eintragungsbewilligung wegen einer Änderung der Zahlungszeit, so ist die mit einer solchen Eintragung gegebene wiederholte Eintragung einer anderen Bestimmung der Eintragungsbewilligung, z. B. der Goldklausel, nicht unzulässig. Sie ist es darum ferner dann nicht, wenn die frühere, gleichinhaltliche Bestimmung gleichzeitig aufgehoben wird oder mangels einer rechtswirksamen Einigung unwirksam und darum auch die bisherige Eintragung, soweit ihre Wirkung gegenüber dem Eigentümer in Betracht kommt, wirkungslos ist.

11. PosMSchr. **08** 118 (KG.). Der Grundbuchrichter darf die Miteintragung der Anwaltskosten des Vollstreckungsgläubigers bei der Zwangshypothek ablehnen.

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. du Chesne, DNotV. **08** 678. Das äußerliche normale Geschäft hat die Annahme des Vorliegens seiner inneren Erfordernisse, seien diese Eigenschaften der Geschäftschließenden oder des Geschäfts unmittelbar, für sich. Diese Annahme gilt als auf allgemeinen Grundsätzen beruhend und im Mangel gegenteiliger Gesetzesvorschriften auch für den Grundbuchrichter. Dieser kann daher einen Nachweis für das Vorliegen dieser Erfordernisse bzw. die Widerlegung ihres angeblichen Fehlens nur dann verlangen, wenn ausreichende Gründe gegen ihr Vorliegen sprechen.

2. OLG. **17** 154 (Colmar). Die Erwerbsfähigkeit des einzelnen Ehegatten für eigene Rechnung ist durch die Vermutung der §§ 1519, 1527 BGB. nicht beschränkt. Es genügt grundbuchmäßig die Erklärung, daß der Erwerb für das eingebrachte Gut geschieht, und es bedarf der näheren Angabe nicht, welcher der mehreren im § 1524 BGB. erwähnten Fälle vorliegt, in denen der Erwerb in das eingebrachte Gut fällt. Das Grundbuchamt hat lediglich zu prüfen, ob formell das Recht, dessen Eintragung beantragt wird, in der Person des Erwerbers entstehen kann. Die materiellen Voraussetzungen der Rechtsänderung hat es nicht zu prüfen. Insbesondere darf die Eintragung zugunsten eines Ehegatten nicht aus dem Grunde verweigert werden, weil die Möglichkeit besteht, daß der Erwerb ins Gesamtgut fällt. Es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, sondern Sache des gefährdeten Ehegatten, gegebenenfalls die dem bestehenden Güterstand entsprechende Berichtigung herbeizuführen.

3. **a**) KGJ. **35** A 309, ZBlFG. **9** 41 Ziff. 61, SeuffBl. **08** 550, R. **08** II 496 Ziff. 2834 (KG.). Eine Hypothek, die für Eheleute in Fahrnisgemeinschaft eingetragen ist, kann auf Grund einer Löschungsbewilligung des Ehemanns ohne Einwilligung der Ehefrau nur gelöscht werden, wenn nachgewiesen ist, daß die Aufhebung der Hypothek keine Schenkung ist. Dieser Nachweis ist nicht an die Form des § 29 GBO. gebunden. Der Grundbuchrichter hat die ihm beigebrachten Beweismittel jeder Art zu würdigen und nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, ob der Beweis unter Berücksichtigung der allgemeinen, im Verkehr anerkannten Erfahrungssätze geführt ist. **b**) ZBlFG. **9** 335 Ziff. 340, R. **08** II 496 Ziff. 2835, ElsLothJZ. **08** 536 (Colmar). Allerdings kann die Löschung einer Hypothek, die für Eheleute in Errungenschaftsgemeinschaft eingetragen ist, vom Manne allein bewilligt werden. Da jedoch in der Löschung einer zum Gesamtgute gehörigen Hypothekenforderung eine Schenkung liegen kann, die der Einwilligung der Ehefrau bedarf, ist der Grundbuchrichter selbst dann, wenn kein besonderer Anlaß zur Vermutung einer Schenkung besteht, zum Verlangen nach Offenlegung des Rechtsgeschäfts berechtigt.

4. **a**) ElsLothJZ. **08** 93 (Colmar). Keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf ein Vater zur gleichzeitigen Bestellung einer Hypothek für den Kaufpreis eines Grundstücks, das er für seinen unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Sohn erwirbt. **b**) BadRpr. **08** 67 (LG. Karlsruhe). Die Löschung einer für einen Mündel eingetragenen Hypothek bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sei es der Genehmigung zur Empfangnahme der Zahlung, oder doch mindestens einer besonderen Genehmigung zur Löschungsbewilligung für die Hypothek.

5. KGJ. **35** A 206 (KG.). Der Grundbuchrichter ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Nachweis zu fordern, daß die von dem Testamentsvollstrecker abgegebene Abtretungserklärung und Umschreibungsbewilligung keine unentgeltliche Verfügung enthält (vgl. KGJ. **33** A 164).

6. du Chesne, PosMSchr. **08** 114. Soweit es sich um die in überzeugender (beweiskräftiger) Form mitzuteilenden rechtsgeschäftlichen Tatsachen handelt, kann Beweis nur als Ergänzung, Nachholung einer Versäumnis in Frage kommen; bezüglich der allgemeinen (Geschäfts- und besonderen Prozeß-) Voraussetzungen entsteht das Beweiserfordernis als ein neues und selbständiges erst durch das auf das Vorliegen widersprechender oder das Fehlen rechtfertigender Tatsachen gestützte Bestreiten des Grundbuchamts. Wendet man dies insbesondere auf die Geschäftsfähigkeit an, so ergibt sich: Das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit ist dem Grundbuchamt überhaupt nicht, daher auch nicht in beweiskräftiger Form, mitzuteilen; erst wenn das Grundbuchamt auf Grund dagegen sprechender (negativer) Tatsachen ihr Vorliegen in Abrede stellt, ist sie zu beweisen. Das beweiskräftige Mitteilen rechtsgeschäftlicher Voraussetzungen der Eintragung sowie das nachholende Beweisen solcher erfolgt zu Protokoll des Grundbuchamts oder durch gerichtliche oder notarielle Urkunde (§ 29 Satz 2 GBO.); andere Voraussetzungen, z. B. auch die Geschäftsfähigkeit, bedürfen des Beweises nur, wenn sie vom Grundbuchamte bestritten sind, dann aber in der Form des § 29 Satz 2 GBO., d. i. mittels öffentlicher Urkunde.

III. Rechtshilfe in Grundbuchsachen. 1. ThürBl. **35** 69 (Jena). Es ist besonders in Grundbuchsachen als durchaus zulässig und deshalb in den Rahmen dieser Angelegenheiten hineinfallend anzusehen, wenn der Grundbuchrichter nach Anbringung eines Löschungsantrags den beteiligten Interessenten einen Termin bekannt gibt, in welchem ihnen ohne Ausübung eines Zwanges zum Erscheinen Gelegenheit gegeben wird, das behufs Herbeiführung der Eintragung im Grundbuche von ihrer Seite Erforderliche vorzunehmen, und daß demnach, falls dem Grundbuchrichter selbst hierzu die örtliche Zuständigkeit mangelt, das von ihm an ein anderes Gericht gerichtete Ersuchen, ihn in Erledigung einer solchen Maßnahme zu unterstützen, als ein Ersuchen um Rechtshilfe betrachtet werden muß.

2. ElsLothJZ. **08** 360 (Colmar). Das Ersuchen um Rechtshilfe (um Veranlassung eines Erbbeteiligten zur Stellung des Antrags auf Erbscheinserteilung) im Grundbuchanlegungsverfahren darf nur abgelehnt werden, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit fehlt oder die vorzunehmende Handlung nach seinem Rechte verboten ist.

3. OLG. **17** 42, R. **08** II 69 Ziff. 397 (Cassel). Das Ersuchen, durch Vernehmung Beteiligter über ihre Zustimmung zur Auflassung die zu einem Grundbucheintrag erforderlichen Unterlagen zu beschaffen, geht über den Rahmen des dem Grundbuchrichter gesetzlich zugewiesenen Geschäftskreises hinaus. Es liegt dem Grundbuchrichter ob, die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen auf Antrag der Beteiligten zu Protokoll zu nehmen, nicht aber die Beteiligten von Amts wegen zum Erscheinen vor Gericht und zu Abgabe von Erklärungen zu veranlassen.

4. Josef, R. **08** 115. Wo, wie in Grundbuchsachen, die Rechtshilfe außerhalb des Geltungsgebiets des § 2 FGG. nachgesucht wird und das Ersuchen erfolglos bleibt, fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, daß das OLG. zu entscheiden habe, ob auf Grund Staatsvertrags oder Herkommens eine Rechtshilfepflicht bestehe. Das ersuchende Gericht muß vielmehr entweder bei der

Aufsichtsbehörde des ersuchten Gerichts vorstellig werden oder die diplomatische Vermittelung der Landesjustizverwaltung in Anspruch nehmen.

IV. a) du Chesne, Prozeßgang 54. Außer den Eintragungsansprüchen kommen echte prozessuale Ansprüche im Grundbuchverfahren auch sonst noch vor, z. B. in §§ 7, 8, 11, 57, 63, 65, 66, 67 GBO. Da es sich bei ihnen um Eintragungen im Sinne der §§ 13 ff. GBO. nicht handelt, so findet auch das Verfahren des § 18 GBO. keine Anwendung; nur fristlose, prozeßleitende (Zwischen-)Verfügungen können erlassen werden. Es gelten daher für das Verfahren die Vorschriften über die Beschwerde gegen Beeinträchtigung durch Eintragungen, soweit sie nicht wegen der positivrechtlichen Einschränkungen dieses Verfahrens unanwendbar sind, mit der Maßgabe, daß an der Stelle der Beschwerde gegen die Eintragung der Antrag der oben bezeichneten Paragraphen steht. Von den Vorschriften über das Beschwerdeverfahren sind auf diese Ansprüche nicht anwendbar § 71 Abs. 2 und § 76 GBO., weil sie allein die Beschwerde gegen Eintragungen (§ 71 Abs. 2) bzw. im Eintragungsprozesse betreffen (§ 76). Denn es findet in diesen Fällen ein reines Antragsverfahren statt, dem die besondere Ausgestaltung des Eintragungsprozesses fehlt. § 29 Satz 2 GBO. aber findet, als über den Umfang des Eintragungsprozesses hinausgehend, auch hier Anwendung, abgesehen natürlich von besonderen Ausnahmevorschriften (§ 11 GBO.). b) du Chesne aaO. 15. Ein Antragsrecht auf Feststellung gibt es im Grundbuchverfahren nicht.

§ 13. 1. Huth, R. **08** I 695. Der Antrag ist eine prozessuale Handlung, der die Tätigkeit des Grundbuchrichters in Bewegung setzt. Daß er daneben materiell-rechtliche Wirkungen äußert, das ist ihm gemeinsam mit dem durch die Klage der ZPO. geltend gemachten Rechtschutzanspruch, ändert daher nichts an seiner prozessualen Natur (vgl. Fuchs § 13 Erl. 6 ff., Staudinger § 873 C II 1 d, Güthe § 13 Erl. 11).

2. R. **08** II 278 Ziff. 1648, PosMSchr. **07** 123 (KG.). a) Durch das Fehlen der Angabe von Ort und Zeit wird die Gültigkeit der Löschungsbewilligung und des Löschungsantrags nicht beeinträchtigt. b) Ein vom Bevollmächtigten nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen gestellter Löschungsantrag ist nicht zu beanstanden, da es zur Wirkung gegen den Vertretenen genügt, wenn die Umstände ergeben, daß die Erklärung in dessen Namen erfolgen sollte. c) Der Zeitpunkt, in dem ein Bevollmächtigter, der solche Erklärung im Namen seines Machtgebers abgeben will, spätestens Vollmacht haben muß, ist derjenige, in dem er die beglaubigte Urkunde an den Empfangsberechtigten oder das Grundbuchamt aushändigt oder absendet.

3. du Chesne, BayNotZ. **08** 36. Beziehen sich die einzutragenden Bestimmungen, seien es auch nur Nebenbestimmungen, auf das gleiche materielle Recht, so unterfallen sie derselben Eintragungseinheit, und der Eintragungsantrag ist nur dann vollständig, wenn er sie alle umfaßt. Beziehen sie sich aber auf verschiedene materielle Rechte, so fällt der Antrag in ebensoviele Einheiten auseinander, als Rechte betroffen werden, und es ist demnach jeder Antrag vollständig, der nur die zu einem dieser Rechte bewilligte Bestimmung umfaßt.

4. Die Entsch. des KG. (JDR. **4** zu § 13 Ziff. 2) auch OLG. **17** 167.

5. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 13 Ziff. 2) auch OLG. **17** 149.

6. *Bendix, ABürgR. **32** 184. Der Fiskus ist antragsberechtigt, wenn der Eigentümer ihm die Eintragung des ordnungsmäßig erklärten Verzichts bewilligt hat.

§ 15. 1. *Peiser, PosMSchr. **08** 1 f. Die zurückweisende Entscheidung des Grundbuchamts ist ebenso wie die Zwischenverfügung dem Notar bekannt

zu machen, wenn er Antragsteller ist. Im Falle des § 15 GBO. ist der Notar eigentlicher Antragsteller (ebenso Güthe, GBO. Anm. 21 zu § 15). Fehlt im Antrage des Notars die Angabe, für wen der Antrag gestellt wurde, so ist davon auszugehen, daß der Antrag namens aller Antragsberechtigten gestellt sei (KGJ. **24** 91, OLG. **6** 196). Die Bekanntmachung der Entscheidungen des Grundbuchamts, ebenso der Zwischenverfügungen muß auch dann an den Notar erfolgen, wenn er die in der Urkunde bereits gestellten Anträge lediglich wiederholt (KGJ. **32** A 284, RJA. **7** 136, OLG. **14** 136 f.); denn die rechtliche Möglichkeit der Bevollmächtigung zu einem Antrage, welchen der Vollmachtgeber bereits selbst gestellt hat, ist mit Rücksicht auf die selbständige Bedeutung des Antragsrechts des Notars nicht zu beanstanden. Die Praxis steht allgemein auf dem Standpunkt, auch dem Notar, der den gestellten Antrag dem Gerichte lediglich übermittelt, Kenntnis zu geben von der Zurückweisung eines Antrags oder von der Zwischenverfügung des Grundbuchrichters. Es wird angenommen, daß der Notar, der den Antrag auch nur übermittelt, als bevollmächtigt gilt, eine Ablehnung oder eine Zwischenverfügung in Empfang zu nehmen. Für eine solche Vollmacht gilt § 13 FGG. Nur auf Verlangen des Gerichts ist eine Vollmachtsurkunde beizubringen. Ist der Notar Antragsteller im Sinne des § 15 GBO., so bedarf er zur Einlegung der Beschwerde keiner besonderen Vollmacht, denn die Beschwerde ist lediglich eine Wiederholung des Eintragungsantrags in höherer Instanz (OLG. **14** 136 ff., **10** 444 [KG.]).

2. OLG. **17** 170 (KG.). Nach § 15 GBO. hat der Notar eine vermutete Vollmacht nur zur Stellung derjenigen Anträge, die ihre materielle Grundlage und Rechtfertigungen in Erklärungen finden, die von ihm beurkundet oder beglaubigt sind. Diese Vermutung greift dann nicht Platz, wenn der Antrag von diesen Erklärungen sachlich abweicht. Ob der von dem Notar gestellte Antrag mit den Erklärungen der Beteiligten übereinstimmt und als deren Folge bezeichnet werden kann, ist im allgemeinen Tatfrage und der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde entzogen, sofern nicht etwa die Auslegung der Erklärungen auf einer Verletzung des Gesetzes beruht.

3. HessRspr. **9** 82 (LG. Mainz). Das Zeugnis nach § 37 GBO. hat die Bedeutung, die Eintragsbewilligung zu ersetzen, und es ist daher auf Grund des Zeugnisses als erwiesen zu erachten, daß die Beteiligten die Eintragung auf A. bewilligt haben. Ist dies der Fall und hat der Notar die Erklärungen beurkundet, so gilt er auch als ermächtigt, im Namen des Berechtigten die Eintragung zu beantragen.

4. S. auch Unger, BuschsZ. **37** 458 ff.

5. ElsLothJZ. **08** 255, R. **08** II 278 Ziff. 1649 (Colmar). Wenn in einer notariellen Urkunde die Beteiligten nur den Antrag auf Eintragung des (verkauften) Eigentums für den Käufer, nicht aber auch der bewilligten Sicherungshypothek für den Kaufpreis gestellt haben, so ist der Notar befugt, seinen Antrag auf Eintragung des Eigentums zu beschränken.

§ 16. 1. KGJ. **35** A 198 (KG.). Der Wille des Antragstellers, daß zwei Anträge einheitlich erledigt werden sollen, kann allein aus der äußerlichen Vereinigung der den Anträgen zugrunde liegenden Bewilligungen in derselben Urkunde oder aus der gleichzeitigen Stellung der Anträge nicht gefolgert werden. Es bedarf auch eines inneren Zusammenhanges, sei es rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur, und der Zusammenhang muß so beschaffen sein, daß er die Einheitlichkeit der Erledigung als gewollt vermuten läßt. Dabei ist es jedoch sehr wohl denk-

bar, daß nach dem Willen des Antragstellers zwar die eine von zwei Eintragungen nicht ohne die andere, wohl aber die andere ohne die eine erfolgen soll.

2. du Chesne, BayNotZ. **08** 37. Einer Bestimmung, daß eine von mehreren beantragten Eintragungen nicht ohne die andere erfolgen soll, bedarf es nicht, wenn die mehreren beantragten Eintragungen dasselbe materielle Recht betreffen, wohl aber, wenn sie verschiedene Rechte betreffen; dort braucht die Einheitlichkeit des Antrags nicht erst aus der materiellen Zusammengehörigkeit der Bestimmungen geschlossen zu werden, da die formale Einheit der Eintragungsbewilligung genügt, hier kann die Bestimmung gemeinschaftlicher Eintragung aus dem materiell-rechtlichen Zusammenhange gefolgert werden, da der formale Zwang der einheitlichen Eintragungsbewilligung hier fehlt.

3. R. **08** II 278 Ziff. 1650 (BayObLG.). Wird in einem Kaufvertrage neben der (in Bayern vor dem Notar statthaften) Auflassung und der Bestellung einer Kaufpreishypothek weiter vereinbart, daß die übrigen nicht übernommenen Hypotheken vom Verkäufer sofort zur Löschung gebracht, die Kaufpreishypothek an zunächst offener Rangstelle eingetragen und der Hypothekvorgang in der Vollzugsmitteilung ersichtlich gemacht werden solle, so kann die weitere Erklärung, es dürfe der eine Eintrag nicht ohne die anderen erfolgen, nicht auf die Löschung der nicht übernommenen Hypotheken ausgedehnt werden. Die Umschreibung ist also schon vor dieser Löschung statthaft.

4. R. **08** II 278 Ziff. 1649, ElsLothJZ. **08** 255 (Colmar). Wenn in der notariellen Urkunde ein Antrag der Beteiligten nur für die Eintragung des Eigentums, nicht aber auch für die Eintragung der bewilligten Sicherungshypothek vorliegt, ist der Notar dem Grundbuchamte gegenüber befugt, seinen Antrag auf die Eintragung des Eigentums zu beschränken.

§ 17. BadNotZ. **08** 37 (LG. Heidelberg). Eine einstweilige Verfügung, die nach einer erklärten Bewilligung auf Abtretung einer Hypothek beim Grundbuchamt eingeht und Vormerkungen in Ansehung der Hypothek bezweckt, hindert die Eintragung der Hypothekenabtretung nicht. Die gegen den früheren Hypothekar verfügten Vormerkungen können nicht mehr eingetragen werden.

§ 18. I. Allgemeines. 1. du Chesne, Prozeßgang 14. Die Entscheidungen im Grundbuchverfahren können sein prozeßbeendender oder prozeßleitender Natur. Die ersten unterscheiden sich von den letzten dadurch, daß der Grundbuchrichter an sie gebunden ist in der Weise, daß er ohne Anstoß von außen von ihnen nicht abgehen kann. Sie treten gerade deshalb an die Außenwelt hervor, damit der Beteiligte, wenn er mit ihnen nicht einverstanden ist, ihre Abänderung betreiben kann. Die prozeßbeendende Entscheidung kann sein eine endgültige oder eine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO.

2. KGJ. **35** A 258 (KG.). Der Grundbuchrichter darf nicht die Anberaumung eines Termins zur Entgegennahme von Erklärungen deshalb ablehnen, weil er eine Eintragung auf diese hin für unzulässig hält.

II. Wahl zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung. 1. HessRspr. **9** 118 (LG. Mainz). Bezüglich der Anwendung des § 18 GBO. sind drei Fälle zu beachten: die Hebung des Hindernisses ist gar nicht zu erwarten; die Hebung wird erst nach längerer Zeit zu erwarten sein; die Hebung steht in kurzer Zeit zu erwarten. Nur in dem letzten Falle ist die Zwischenverfügung zulässig und nach der Absicht des Gesetzes geboten, in den anderen Fällen jedoch nicht (Güthe, GBO. § 18 Note 16—20).

2. ZBlFG. **9** 39 Ziff. 46, DJZ. **08** 652 (BayObLG.). Wenn der Eintragungsantrag ein offensichtliches Versehen enthält, darf das Grundbuch-

amt nicht den Antrag wegen des Mangels zurückweisen, sondern muß den Beteiligten Gelegenheit zur Berichtigung des Antrags geben. Die Ablehnung der Fristbestimmung nach § 18 GBO. kann nicht mit der Wirkung angefochten werden, daß die inzwischen erfolgten Eintragungen nachträglich unwirksam werden.

III. Zwischenverfügungen und einzelne Feststellungen. du Chesne, Prozeßgang 17. Es ist unzulässig, das Verfahren dadurch zu dezentralisieren, daß man es über den Bereich der Zwischenverfügung des § 18 hinaus in einzelne negative Feststellungen und daran geknüpfte Beseitigungsauflagen auflöst, ohne die den Zusammenhang des Verfahrens verbürgende Frist zu setzen. Gar nur einzelne negative Feststellungen zu treffen ohne Beseitigungsauflagen, verbietet schon die sekundäre Natur der Feststellung. Dagegen kann eine weitere Zwischenverfügung erlassen werden mit Rücksicht darauf, daß Ergänzungen und Berichtigungen des Eintragungsantrags und Nachbringung von Eintragungsgrundlagen, soweit diese nicht schon in der Zwischenverfügung anheimgegeben war, auch nach Erlaß einer Zwischenverfügung möglich sind.

IV. Wirkung der Zurückweisung. Die Entsch. d. KG. (JDR. **6** zu § 78 Ziff. II 1) auch OLG. **17** 150.

§ 19. I. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. HessRpr. **9** 119 (LG. Mainz). Die Frage, ob die in einer Eintragungsbewilligung erfolgte Bezugnahme auf das Grundbuch, „daß genau dieselbe Hypothek mit denselben Zusätzen eingetragen werde, wie sie bereits im Grundbuche der Gemarkung A. für die nämliche Gläubigerin eingetragen sei," zulässig ist, ist, wo es sich um eine Gesamthypothek handelt, zu bejahen. Denn der Grundbuchrichter ist in der Lage, die betreffende Stelle im Grundbuche sofort aufzuschlagen, er muß dies sogar wegen des Vermerkes der Mitbelastung.

2. KGJ. **36** A 226, R. **08** II 676 Ziff. 3685 (KG.). Eine Hypothek kann nur für denjenigen eingetragen werden, der in der Eintragungsbewilligung als Gläubiger angegeben ist. Falls der in der Bewilligung als Gläubiger Bezeichnete stirbt, bevor die Hypothek auf Grund der Bewilligung eingetragen ist, bedarf es zur Eintragung der Hypothek für seine Erben einer auf diese lautenden neuen Eintragungsbewilligung. Es ist nicht zulässig, die Hypothek für den Nachlaßpfleger als solchen einzutragen.

II. Der Betroffene. 1. KGJ. **35** A 303 (KG.). Nach § 19 GBO. erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dies ist derjenige, dem das betroffene Recht materiell zusteht (KGJ. **23** A 117). Wem ein im Grundbuch eingetragenes Recht materiell zusteht, ist in erster Linie nach § 891 BGB. zu beantworten, nach dem zu vermuten ist, daß es demjenigen zusteht, für den es eingetragen ist (vgl. Güthe, GBO. I 352, Predari, GBO. 360, KGJ. **20** A 181). Diese Vermutung ist aber widerlegbar. Gewinnt der Grundbuchrichter die Überzeugung, daß das Grundbuch die Person des Berechtigten unrichtig bezeichnet, so hat er die Bewilligung des materiell, wenn auch nicht buchmäßig Berechtigten zu verlangen (KGJ. **20** A 282, **23** A 117, **28** A 92, Güthe und Predari aaO.) Andererseits genügt aber die bloße Möglichkeit oder auch die Vermutung, daß das Grundbuch unrichtig sei, nicht, um die Vermutung des § 891 BGB. zu widerlegen.

2. R. **08** II 416 Ziff. 2442, RJA. **9** 122 (KG.). Auf Grund von Bewilligungen, welche die bisherigen Gesellschafter der als Eigentümerin des Grundstücks eingetragenen, aber bereits aufgelösten offenen Handelsgesellschaft erklärt haben, können Eintragungen in das Grundbuch bewirkt werden, obwohl einer der Gesellschafter

bei der Auflösung der Gesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat und das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt; das Eigentum der Gesellschaft an dem Grundstücke besteht fort, solange nicht das Eigentum nach vorgängiger Auflassung auf den Gesellschafter umgeschrieben ist.

3. RJA. **9** 125, R. **08** II 416 Ziff. 2443 (KG.). Auf Grund der Bewilligung des eingetragenen, aber bereits durch den Grundstückseigentümer befriedigten Gläubigers kann die Umschreibung der Grundschuld auf einen neuen Gläubiger nicht erfolgen.

4. **RG.** 8. 7. 08, **69** 177, BayNotZ. **08** 45, ZBlFG. **9** 167 Ziff. 201, SeuffBl. **08** 706 u. 792, BayRpflZ. **08** 305. Der gütergemeinschaftliche Ehemann bedarf zur Bestellung von Kaufpreishypotheken nicht der Zustimmung der Frau. Dagegen läßt das RG. die Frage unentschieden, ob das gleiche auch für die Belastung mit anderen Schulden gilt. Ebenso Kerkhoff, DNotV. **08** 77, u. Joeckel ebenda 315. S. auch Seuffert, SeuffBl. **08** 789.

5. ElsLothJZ. **08** 254 (Colmar). Zur Erneuerung einer Hypothek ist die besondere Bewilligung des Schuldners nötig, wenn hierbei seine Verpflichtungen zum Teil erschwert werden.

6. Herold, SächsRpflA. **08** 151. Betroffen im Sinne von § 19 GBO. kann nicht nur der eingetragene Berechtigte sein, sondern auch der, dem ein dingliches Recht zusteht, das im Wege der Grundbuchberichtigung unmittelbar oder gemäß § 895 BGB. nach Eintragung eines anderen erst zu verlautbaren ist. So hat auch der Nacherbe, da er verlangen kann, daß sein aufschiebend bedingtes Recht bei dem auflösend bedingten Rechte des Vorerben eingetragen wird, bis zu dieser Eintragung als betroffen zu gelten (vgl. ZBlFG. **8** 213 ff. und SächsA. **06** 481 ff.). Ebenso ist betroffen der Grundstückseigentümer bei Aufhebung einer Hypothek und bei Änderung ihres Ranges. Endlich aber ist bei bedingt eingetragenen Hypotheken im Sinne von § 1113 Abs. 2 BGB. und, was vor allen Dingen wichtig ist, bei den Sicherungshypotheken der §§ 1184 ff., 1190 BGB. in den gleichen Fällen stets der Besteller als betroffen anzusehen, selbst wenn er nicht mehr Grundstückseigentümer ist. Die herrschende Meinung, insbesondere das RG., hält zwar noch daran fest, daß auch bei diesen Hypotheken § 1163 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB. (vgl. aber auch **RG. 51** 117) voll anwendbar sei; doch hat der Grundbuchrichter zu beachten, daß durch die Aufnahme der Bedingung im Hypothekeneintrag, bzw. die Bezeichnung der Hypothek als Sicherungshypothek von vornherein das bedingte Recht des Bestellers nur durch eine Verfügungsbeschränkung im Sinne von § 892 BGB. geschützt wird und auch von der herrschenden Meinung nach Eigentumswechsel die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit des Entstehens der Grundschuld beim Besteller zugegeben wird (vgl. **RG. 56** 322 ff.).

7. HessRspr. **9** 143 (LG. Mainz). Nach § 19 GBO. genügt die Bewilligung des Passivbeteiligten zur Rechtfertigung des Antrags auf Eintragung nicht nur hinsichtlich des Umfanges und Inhalts des einzutragenden Rechtes, sondern auch bezüglich der Bezeichnung des Berechtigten. Nur wenn der Richter begründete Zweifel an der Rechtsgültigkeit des behaupteten Rechtsverhältnisses hat, wird er behufs Vermeidung unrichtiger Eintragungen das Gesuch beanstanden dürfen. Das Grundbuch kann allerdings durch eine unrichtige Bewilligung unrichtig werden.

8. Die Entsch. des OLG. Hamburg (JDR. **5** Ziff. 3a zu § 19) auch OLG. **17** 171.

§ 20. 1. ElsLothJZ. **08** 428 (Colmar). Die Kinder können als die gesetzlichen Erben einen von ihren Eltern abgeschlossenen Vertrag (elterliche Teilung), der aber für die unter Pflegschaft stehende, geschäftsunfähige Mutter nicht die

vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erhielt und deshalb rechtsunwirksam war, in rechtsverbindlicher Weise dadurch erneuern, daß sie denselben nach dem Tode der Eltern in allen seinen Teilen, insbesondere auch hinsichtlich der Auflassung und Eintragungsbewilligung, bestätigen.

2. Im übrigen s. zu § 925 BGB.

§ 22. I. Nachweis der Unrichtigkeit. 1. a) KGJ. **36** A 172, RJA. **9** 203, R. **08** II 643 Ziff. 3518, FrankfRundsch. **42** 14, DJZ. **08** 764, ZBlFG. **9** 285 (KG.). Der § 22 kann die Annahme nicht rechtfertigen, daß die angeblichen Eigentümer nur eingetragen werden könnten, wenn ihr Eigentum nachgewiesen sei. Auch aus sonstigen Gründen läßt sich ein solcher Rechtssatz nicht ableiten (aM. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht II 154 Anm. II 1 zu § 22 GBO., Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 218 Anm. 5 zu § 19 GBO., Güthe, GBO. I 479 Anm. 27 zu § 22, OLG. **2** 411, OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 322, OLG. Stuttgart, KGJ. **33** A 323). Der materielle Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs aus § 894 BGB. setzt allerdings voraus, daß der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht und daß die Eintragung, zu der die Zustimmung verlangt ist, dem wirklichen Rechtszustand entspricht. Für den Grundbuchrichter sind aber nicht diese materiellen Rechtssätze, sondern das im § 19 GBO. ausgesprochene formelle Konsensprinzip maßgebend, nach dem eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Dieser Grundsatz gilt, wie mit der herrschenden Meinung anzunehmen ist, auch für eine Berichtigung des Grundbuchs. Eine Ausnahme von dem formellen Konsensprinzip ist allerdings insofern gemacht, als nach § 20 im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt wird. Es ist aber nicht gerechtfertigt, hieraus den Satz abzuleiten, daß die Eintragung des wirklichen Eigentümers oder Erbbauberechtigten den Nachweis voraussetzt, er sei wirklich Eigentümer oder Erbbauberechtigter. Denn der § 20 behandelt nur Fälle, in denen die Eintragung rechtsändernd wirkt, nicht den Fall der Berichtigung des Grundbuchs ... Es ist zuzugeben, daß die Geltung des formellen Konsensprinzips für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentümers von den Beteiligten dazu mißbraucht werden kann, die Eintragung in Fällen der Rechtsänderung ohne Auflassung zu erlangen. Diese Möglichkeit berechtigt den Grundbuchrichter aber nicht, die gesetzmäßig begründeten Anträge auf Berichtigung allgemein abzulehnen, sofern ihm nicht nachgewiesen wird, daß sie nicht zur Umgehung des Gesetzes dienen ... Das gewonnene Ergebnis führt nicht zu der Folgerung, daß die Berichtigung des Grundbuchs immer erfolgen muß, wenn sie von dem Betroffenen bewilligt ist. Das KG. hat in mannigfachen Anwendungen und insbesondere in Fällen der vorliegenden Art ausgesprochen, daß der Grundbuchrichter Eintragungen ablehnen darf, durch die nach seiner Kenntnis der Verhältnisse das Grundbuch unrichtig werden würde (vgl. KGJ. **21** A 297, **23** A 117, **25** A 139, OLG. **6** 114). Dieser Satz findet seine Rechtfertigung darin, daß der Grundbuchrichter als staatliche Behörde berufen ist, die dinglichen Rechtsverhältnisse im Grundbuche zu beurkunden, und daß das Grundbuch diese Rechtsverhältnisse nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit dem materiellen Rechte wiedergeben soll. Der Grundbuchrichter darf danach Berichtigungsanträge zwar nicht willkürlich und allgemein beanstanden, weil er nicht weiß, daß die beantragte Eintragung wirklich eine Berichtigung ist. Wenn aber bestimmte, durch die Beteiligten selbst unterbreitete oder sonst amtlich bekannte Tatsachen einen Zweifel in dieser Hinsicht

rechtfertigen, so ist es nicht ungesetzlich, daß der Grundbuchrichter den Antrag ablehnt, nachdem er geeignetenfalls den Beteiligten im Wege des § 18 GBO. Gelegenheit gegeben hat, den Zweifel zu beseitigen. **b**) Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 22 Ziff. 2) auch DJZ. **08** 428.

2. ElsLothJZ. **08** 533 (Colmar). Voraussetzung der Berichtigung einer Grundbucheintragung (§ 22 GBO.) auf einen anderen Namen ist der Nachweis des Eigentums usw. des Einzutragenden. Da sowohl nach C. c. als nach BGB. ein Erbschaftskauf oder die Übertragung einer Erbschaft oder eines Erbteils aus einem anderen Rechtsgrunde nicht die Übertragung des Eigentums an den Erbschaftsgegenständen bewirkt, sondern nur das Recht auf deren Herausgabe verschafft, so genügt zur Berichtigung einer Grundbucheintragung auf den Namen eines solchen Käufers nicht die im Ausland unter Privatunterschrift abgegebene, öffentlich beglaubigte Erklärung eines Erben, daß er seinen Anteil auf den die Berichtigung Nachsuchenden übertrage.

3. **a**) OLG. **17** 152 (KG.). Hat sich jemand bei der Auflassung einen unrichtigen Vornamen beigelegt, so daß es sich sowohl bei der Auflassung, wie bei der Eintragung im Grundbuche nur um eine unrichtige Bezeichnung seiner eigenen Person handelt, so kommt nicht eine Grundbuchberichtigung im Sinne der §§ 14, 22 GBO., sondern eine bloße Richtigstellung der Bezeichnung des eingetragenen Eigentümers in Frage. Eine solche Richtigstellung würde jedoch nur dann eingetragen werden dürfen, wenn mit den im Grundbuchverkehre zulässigen Mitteln (vgl. § 29 GBO.) der Beweis erbracht würde, daß in der Tat nichts als eine unrichtige Bezeichnung der Person vorliege. **b**) Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 22 Ziff. I 3) auch OLG. **13** 171. **c**) ElsLothJZ. **08** 257 (Colmar). Berichtigung des Namens eines im Grundbuch eingetragenen Eigentümers ist ohne Vorlegung der Erwerbsurkunde zulässig.

4. Strübe, R. **08** I 806. Geht das Eigentum an einem Grundstücke nicht infolge Übertragung, sondern kraft einer gesetzlichen Vorschrift auf einen anderen über, so hat eine Einigungserklärung der Beteiligten bezüglich des Eintritts der Rechtsänderung rechtlich keinen Sinn; wird eine solche abgegeben, so ist sie gemäß § 306 BGB. nichtig. Indes kann einer Auflassung, die aus dem angegebenen Grunde als solche nichtig ist, die Bedeutung beizulegen sein, daß sie die Erklärung der Zustimmung des Betroffenen zur Grundbuchberichtigung enthält. An sich ist eine solche Auffassung nicht unzulässig (vgl. § 140 BGB.). Es hängt aber von dem Inhalte der Erklärung ab, ob sie dem Grundbuchrichter als Unterlage für eine Grundbuchberichtigung dienen kann oder nicht. Ergibt dieser Inhalt, daß eine Berichtigung des Grundbuchs in Frage steht und die Erklärenden dieselbe eben durch ihre Erklärung herbeiführen wollen, so hat der Grundbuchrichter keinen Anlaß, den Antrag abzuweisen. Andernfalls, insbesondere dann, wenn die Beteiligten sich lediglich darauf beschränkt haben, in dem Akte die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung zu erklären, muß der Grundbuchrichter, wenn ihm die Unrichtigkeit des Grundbuchs feststeht, für berechtigt und verpflichtet erachtet werden, die Eintragung abzulehnen. Denn es muß als Aufgabe des Grundbuchrichters angesehen werden, darauf zu achten, daß die sachenrechtlichen Verhältnisse der Grundstücke nicht verdunkelt werden und die Grundlagen für eine Eintragung klaren und unzweideutigen Inhalt haben.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. SeuffBl. **08** 291 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 22 Abs. 2 GBO. soll verhüten, daß im Wege der Berichtigung des Grundbuchs jemand als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen wird, der nicht anerkennt, Eigentümer zu sein. Es ist nicht erforderlich, daß der Einzutragende ausdrücklich darein willigt, als Eigentümer eingetragen zu

werden, sondern es genügt eine Willenskundgebung, die das Einverständnis mit der Eintragung unzweifelhaft entnehmen läßt, und dies trifft bei dem Enteignungsberechtigten zu, der durch Geltendmachung des Enteignungsrechts bewirkt, daß er Eigentümer des Grundstücks wird.

2. ZBlFG. **9** 83, BayRpflZ. **08** 315 (BayObLG.). Zur Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 2 GBO. ist nicht die Zustimmung des eingetragenen Eigentümers, sondern desjenigen erforderlich, der als Eigentümer eingetragen werden soll. Die Zustimmung des eingetragenen Eigentümers kann aber auch beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 GBO. erforderlich sein.

3. R. **08** II 432 Ziff. 2495 (BayObLG.). Die Berichtigung des Alleineigentums in Miteigentum fällt nicht unter § 22 Abs. 2 GBO.

§ 23. R. **08** II 477 Ziff. 2728, ZBlFG. **9** 168 Ziff. 208 (KG.). Die unter der Herrschaft des PrALR. in einem Ausgedingvertrag übernommene und auf Grund dessen im Grundbuch eingetragene Verpflichtung des Eigentümers, dem Auszugsberechtigten ein standesgemäßes Begräbnis zu gewähren, kann nach dem Tode des Berechtigten ohne Bewilligung seiner Rechtsnachfolger gelöscht werden, wenn längere Zeit als ein Jahr nach dem Tode verflossen und der Löschung seitens der Rechtsnachfolger des Berechtigten nicht widersprochen ist.

§ 25. ZBlFG. **9** 165 Ziff. 186, ElsLothNotZ. **08** 218 (Colmar). Wenn die Löschung einer auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung mit der Begründung beantragt wird, daß die einstweilige Verfügung nicht innerhalb der Frist des § 929 Ziff. 3 ZPO. zugestellt sei, so genügt nicht der Nachweis der nicht rechtzeitig erfolgten Zustellung; das Grundbuchamt kann vielmehr die Vorlage einer die Eintragung aufhebenden gerichtlichen Entscheidung verlangen, da die Zustellung bereits vorher stattgefunden haben kann.

§ 26. 1. RJA. **9** 214 (KG.). Die Vorschrift des § 26 hat die Bedeutung, daß für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung einer bereits erfolgten Übertragung des Gläubigerrechts an einer Briefhypothek die Vorlegung der Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers genügt, daß mithin die einseitige Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers zum Nachweise der geschehenen Übertragung, also auch zum Nachweise der Annahme der Abtretung durch den Zessionar und der Briefübergabe oder einer dieser gleichstehenden Vereinbarung ausreicht. Daraus folgt, daß auch bei mehreren aufeinanderfolgenden Abtretungen der Briefhypothek die Beibringung der Abtretungserklärungen der sämtlichen Gläubiger eine hinlängliche Grundlage für eine durch Eintragung des letzten Zessionars vorzunehmende Berichtigung des Grundbuchs bildet. Ist also eine Briefhypothek durch Erbgang auf den Erben des eingetragenen Gläubigers übergegangen, demnächst von dem Erben auf einen anderen und von diesem wiederum an einen Dritten abgetreten worden, so kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf den Namen des letzten Zessionars ohne vorgängige Eintragung eines der Zwischenberechtigten erfolgen, wenn der Übergang der Hypothek auf den Erben des eingetragenen Gläubigers durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird und die Abtretungserklärungen des Erben und dessen Zessionars in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden. Durch diese Auslegung des § 26 GBO. wird die Vorschrift des § 40 Abs. 2 GBO. keineswegs gegenstandslos; sie behält vielmehr ihre Bedeutung für alle rechtsändernden Eintragungen sowie für diejenigen berichtigenden Eintragungen, die nicht auf Grund einer Übertragung des Rechtes erfolgen.

2. SächsOLG. **29** 359 (Dresden). Der eingetragene Gläubiger kann eine Buchhypothek, für die es an einer zu sichernden Forderung fehlt, die also Eigentümerhypothek ist, mit Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks auf einen Dritten übertragen.

3. R. **08** II 702 Ziff. 3806 (BayObLG.). Zur Abtretung einer Sicherungshypothek, für welche die Forderung nur noch zu einem Teilbetrage besteht, bedarf es der Zustimmung des Grundstückseigentümers auch dann nicht, wenn die Nichtexistenz des mit abgetretenen Teilbetrags in der Abtretungsurkunde anerkannt ist.

§ 27. I. Inhalt der Löschungsbewilligung. ZBlFG. **9** 334 Ziff. 339, ElsLothNotZ. **08** 348 (LG. Zabern). Wenn der eingetragene Eigentümer in einer Hypothekenbestellungsurkunde erklärt hat, er erteile schon jetzt seine Zustimmung zur Löschung der auf dem genau bezeichneten Grundstück etwa eingetragenen Hypotheken, so genügt diese Zustimmung zur Löschung von auf das Grundstück eingetragenen Hypotheken, wenn diese vom Gläubiger bewilligt wird.

II. Der Betroffene. 1. KGJ. **35** A 302, ZBlFG. **9** 167 Ziff. 199 (KG.). Zur Löschung einer Hypothek ist die Bewilligung dessen erforderlich, dem sie materiell zusteht. Dies ist a) vermutlich der eingetragene Gläubiger, b) bei nachgewiesener Abtretung der Zessionar, c) bei nachgewiesener Zahlung der Schuld durch den Eigentümer an den Zedenten und dadurch bewirkter Befreiung des Eigentümers von der Schuld der Eigentümer.

2. SeuffBl. **08** 256 (Dresden). Auf Grund einer Vormerkung nach § 1179 BGB. kann von dem Vormerkungsberechtigten die Löschung der auf den Eigentümer umgeschriebenen Hypothek im Wege der Grundbuchberichtigung nicht verlangt, vielmehr muß dazu die Bewilligung des Eigentümers beigebracht werden.

3. R. **08** II 676 Ziff. 3684 (KG.). Die Erklärung des eingetragenen Hypothekengläubigers, daß die Forderung bezahlt sei, und daß er die Löschung der Hypothek bewillige, ist mangels der Angabe, wer gezahlt hat, nicht geeignet, die Vermutung dafür zu widerlegen, daß die Hypothek dem eingetragenen Gläubiger zusteht (KGJ. **26** A 149, **33** A 331, **35** A 302).

4. KGJ. **35** A 305, ZBlFG. **9** 167 Ziff. 200 (KG.). Soll eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, mit Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Vorerben gelöscht werden, so bedarf es der Zustimmung des Nacherben, weil die Löschung diesem die Möglichkeit entzieht, bei dem Eintritte der Voraussetzungen des § 1163 oder des § 1168 BGB. die Hypothek als Eigentümerhypothek oder -grundschuld zu erwerben. Dies gilt auch, wenn Rechte, die der zu löschenden Hypothek im Range nachstehen, im Grundbuche nicht eingetragen sind. Wird die Zustimmung durch einen dem Nacherben bestellten Pfleger erklärt, so bedarf sie, falls ein Gegenpfleger oder ein Mitpfleger nicht bestellt ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

5. SächsOLG. **29** 39 (Dresden). Der zur Bezahlung einer Geldschuld rechtskräftig verurteilte Schuldner wird durch Zahlung an den mit der Eintreibung beauftragten Gerichtsvollzieher von der Schuld befreit und ist bei Vorlegung der vollstreckbaren Urteilsausfertigung und der Quittung des Gerichtsvollziehers berechtigt, vom Grundbuchrichter die Löschung der inzwischen wegen derselben Schuld auf seinem Grundstück eingetragenen Zwangshypothek ohne weitere Nachweise zu verlangen (ZPO. § 775).

III. Wirkung der Löschung. DNotV. **08** 327 (LG. Bielefeld). Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes (im vorliegenden Falle

einer Hypothek) erledigt alle bei diesem Rechte eingetragenen belastenden Rechte und sonstigen Vermerke (im vorliegenden Falle ein Pfandrecht). Eine besondere Löschung des belastenden Rechtes ist nicht nötig.

IV. S. ferner zu §§ 13 ff. Ziff. II 3a, b, 4b.

§ 28. 1. R. **08** II 477 Ziff. 2729, ZBlFG. **9** 164 Ziff. 180, BayNotZ. **08** 58 (BayObLG.). Irrige Bezeichnung einer Plannummer in der Eintragungsbewilligung ist unschädlich, wenn das gemeinte Grundstück aus den sonstigen Angaben (Flächeninhalt, Eigentümer, Buchblatt) unzweifelhaft erhellt. Solchenfalls kann eine Nachtragsurkunde nicht gefordert werden.

2. KGJ. **35** A 243 (KG.). § 28 GBO., der allerdings nur von dem belasteten Grundstücke handelt, kann für das herrschende Grundstück entsprechend verwertet werden.

§ 29. I. Anwendungsgebiet des § 29. 1. R. **08** II 457 Ziff. 2599, ElsLothJZ. **08** 425, ZBlFG. **9** 164 Ziff. 179 (Colmar). Die Erneuerung eines vom Grundbuch zurückgewiesenen Eigentums-Eintragungsantrags ist nach Verbesserung des an dem früheren Antrage gerügten Mangels in der Form der Bezugnahme auf den früheren Antrag und die mit ihm gemäß § 29 GBO. vorgelegten Urkunden nicht bloß insoweit zulässig, als durch sie der Nachweis der Offenkundigkeit von Tatsachen geführt werden soll. Die Bezugnahme auf frühere Grundbuchakten ist vielmehr unbeschränkt möglich und hat die gleiche Wirkung, als ob die Urkunden, auf welche Bezug genommen wird, mit dem Antrage selbst neu vorgelegt wären.

2. Über Fälle, in denen es nicht der Form des § 29 bedarf, s. oben zu §§ 13 ff. Ziff. II 3b und unten Ziff. II 4a.

II. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. Feststellung der Geschäftsfähigkeit. a) KGJ. **35** A 199, ZBl. FG. **9** 114 Ziff. 115, DNotV. **08** 422 (KG.). Die Tatsache, daß eine notarielle Urkunde Feststellungen in bezug auf Zweifel über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten nicht enthält, verpflichtet das Grundbuchamt nicht, eigene begründete Zweifel hierüber fallen zu lassen. Es müssen hier ähnliche Grundsätze zur Anwendung gelangen, wie sie für den Fall nicht ausreichender Feststellung der Identität eines Beteiligten in einer notariellen Urkunde (KGJ. **20** A 178, **23** A 7, **31** A 245) dargelegt sind (vgl. noch KGJ. **20** A 279 über die Beglaubigung der Unterschrift eines in einer Irrenanstalt Befindlichen). Zweifel sind daher nicht ohne besondere Veranlassung zu erheben. **b)** KGJ. **35** A 223 (KG.). Eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ist fähig, bevollmächtigt zu werden und im Namen ihres Vollmachtgebers bei dem Grundbuchamt Anträge zu stellen.

2. Feststellung der Identität. KGJ. **36** A 151, RJA. **9** 224, ZBlFG. **9** 300, R. **08** II 723 Ziff. 3933 (KG.). Das KG. hat sich in früheren Entscheidungen (KGJ. **20** A 177, **21** A 188, **23** A 5, **31** A 245, OLG. **3** 175) dahin ausgesprochen, daß mangelhafte Vermerke über die Persönlichkeit der Beteiligten in gerichtlichen oder notariellen Urkunden den Grundbuchrichter zur Beanstandung der Urkunden als geeignete Grundlagen einer Eintragung wegen ungenügender Feststellung der Persönlichkeit des Erklärenden berechtigen. Das KG. hat bei nochmaliger Prüfung der Streitfrage seinen früheren Standpunkt aufgeben müssen. Denn die volle Beweiskraft der Urkunde wird nicht dadurch beeinträchtigt oder gar aufgehoben, daß der Urkundsbeamte unter Verstoß gegen seine Amtspflicht nicht in einer dem § 176 Abs. 3 FGG. entsprechenden Weise in dem Protokolle

weiter angegeben hat, ob er den Beteiligten kennt, oder, sofern dies nicht der Fall ist, in welcher Weise er sich Gewißheit über dessen Persönlichkeit verschafft hat; denn die Vorschrift des § 176 Abs. 3 FGG. ist eben nur eine Sollvorschrift. Dies setzt allerdings voraus, daß der Urkundsbeamte in dem Protokolle tatsächlich in unverkennbarer Weise die Persönlichkeit des Beteiligten festgestellt hat, daß also dem Protokolle der zweifelsfreie Ausdruck der Gewißheit des Urkundsbeamten über die Persönlichkeit des als erschienen und erklärend Aufgeführten zu entnehmen ist. Wenn dagegen das Protokoll nach seiner Fassung dem Zweifel darüber Raum läßt, ob der Urkundsbeamte in Wahrheit sich die Gewißheit über die Person des als erschienen und erklärend Aufgeführten verschafft und die Überzeugung gewonnen hat, dieser sei wirklich derjenige, für den er sich ausgebe, dann entbehrt das Protokoll in diesem Punkte der Beweiskraft, die einer öffentlichen Urkunde zugestanden ist. Bei einer derartigen Sachlage ist das Protokoll auch nicht geeignet, die Unterlage für eine Grundbucheintragung nach Maßgabe des § 29 GBO. zu bilden. Hiervon unabhängig besteht das Recht und die Pflicht des Grundbuchrichters zur Beanstandung einer den zwingenden Formvorschriften entsprechenden öffentlichen Urkunde in Fällen, in denen er auf Grund bestimmter Tatsachen zu der Annahme gelangt, daß der Urkundsbeamte, der einen Beteiligten als erschienen und erklärend im Protokoll aufgeführt hat, hierbei sich getäuscht habe oder irregeführt sei und infolgedessen die Persönlichkeit des Erschienenen objektiv unrichtig festgestellt habe; sofern derartige Verdachtsgründe vorliegen, darf es dem Grundbuchrichter nicht verwehrt sein, die Urkunde als Grundlage einer Eintragung zu beanstanden, um nachteilige Folgen der objektiv unrichtigen Beurkundung abzuwenden.

3. Unterschrift. RheinARV. **26** 33 (KG.). Eine mittels Tintenstifts vollzogene Unterschrift genügt der Vorschrift des Art. 9 PrAGGBO.

4. Vollmacht. **a)** KGJ. **35** A 231, R. **08** II 526 Ziff. 2975, SeuffBl. **08** 465 (KG.). Auf Grund der Erklärung eines Vertreters soll eine Eintragung im Grundbuche nur erfolgen, wenn dessen Vertretungsmacht dem Grundbuchamte nachgewiesen ist. Soll eine Vollmacht gemäß § 167 BGB. durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt sein, so bedarf nur die Erklärung selbst des Beweises durch die im § 29 Satz 1 GBO. bezeichneten foermellen Mittel. Der Beweis dafür, daß die Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden abgegeben und ihm zugegangen ist, kann durch Beweismittel jeder Art geführt werden, bei deren Würdigung auch allgemeine Erfahrungssätze zu berücksichtigen sind. **b)** KGJ. **35** A 227, ZBlFG. **9** 165 Ziff. 184 (KG.). Eine öffentlich beglaubigte Urkunde, in der die Erteilung einer Vollmacht erklärt, der zu Bevollmächtigende aber zur Zeit der Beglaubigung noch nicht bezeichnet ist, beweist die Vollmachtserteilung für den Grundbuchverkehr auch dann nicht, wenn die Bezeichnung des zu Bevollmächtigenden nach der Beglaubigung in der Urkunde nachgeholt ist. Es ist aber zulässig, einer von einem Dritten zu bestimmenden Person oder dem Inhaber der Vollmachtsurkunde Vollmacht zu erteilen. **c)** KGJ. **35** A 238 (KG.). Ist in einem privatschriftlichen Vertrage, durch den der eine Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, eine Auflassungsvollmacht erteilt und sind die Unterschriften unter dem Vertrag öffentlich beglaubigt, so ist regelmäßig anzunehmen, daß die Vertragschließenden auch bei Kenntnis der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. die Vollmacht erteilen wollten. **d)** Die Entsch. des OLG. Colmar (JDR. **5** zu § 29 Ziff. B 3 g) auch OLG. **17** 172. **e)** Herold, SächsRpflA. **08** 206. Die Vollmacht zu Eintragungsbewilligungen ist lediglich für die Zeit der öffentlichen Beurkundung oder Beglaubigung der Bewilligung festzustellen, die hierbei

vorgelegte Vollmachtsurkunde ist aber dann selbst oder in beglaubigter Abschrift dem Grundbuchamte zur Nachprüfung mit einzureichen (vgl. auch ZBlFG. 5 804, **6** 238). — Dagegen ist nicht mit der Entsch. ZBlFG. **8** 506 für erforderlich zu halten, daß dem Grundbuchamt auch die Fortdauer der Vollmacht bis zu dem Zeitpunkte nachgewiesen wird, in dem die Eintragungsbewilligung an den Empfangsberechtigten oder das Grundbuchamt ausgehändigt oder abgesandt wurde. Zum mindesten kann diese Fortdauer in Regelfällen vermutet werden (ZBlFG. **6** 902).

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Stadtgemeinden. RheinA. **105** I 58 (Cöln). Ankäufe von Grundstücken bedürfen gesetzlich nicht der Genehmigung der Stadtverordnetenversammlung (§ 55 Nr. 8, §§ 34, 60, 61 RheinStädteO. vom 15. Mai 1856).

2. Landgemeinden. RheinA. **105** I 145 (Düsseldorf). Nach der LandgemO. für die Rheinprovinz vom 23. Juli 1845 (GS. 523) bedarf der Bürgermeister auch zum unentgeltlichen Erwerb eines Grundstücks der Zustimmung des Gemeinderats. Dieser bedarf er nicht nur im inneren Verhältnisse der Gemeindeverwaltung, sondern auch nach außen. Sie ist also dem Grundbuchrichter nachzuweisen. Ist diese Zustimmung zum Erwerbe nachgewiesen, so bedarf die Vollmacht des Bürgermeisters zur Entgegennahme der Auflassung nicht einer besonderen Zustimmung des Gemeinderats.

3. Sparkassen (s. JDR. **3** zu § 29 Ziff. A 5 u. B 1, **4** zu § 29 Ziff. D 2, 3, 4, **5** zu § 29 Ziff. C 3, **6** zu § 29 Ziff. III 3). **a)** **RG.** 3. 4. 08, **68** 280, R. **08** II 493. Die auf Grund des preußischen Reglements vom 12. Dezember 1838 (GS. 1839, 5) gerrichteten Sparkassen der Stadtgemeinden haben, wie dieses Reglement ergibt, keine eigene Rechtspersönlichkeit, sind vielmehr Anstalten der Gemeinden, und ihr Vermögen bildet nur „einen besonderen, von anderen Kassen der Stadtverwaltung unvermischt zu erhaltenden Fonds" des Gemeindevermögens. An dieser vom Gesetze den städtischen Sparkassen zugewiesenen Stellung kann auch der Umstand nichts ändern, daß die Sparkasse als „eine selbständige Anstalt unter Gewähr der Stadt P." bezeichnet ist. **b)** R. **08** II 44 (KG.). Der Magistrat ist zur Vertretung der Stadtgemeinde in Angelegenheiten der städtischen Sparkasse auch dann berechtigt, wenn die Sparkasse nach ihrem Statute nur durch den Sparkassenvorstand vertreten wird, es sei denn, daß der Sparkasse juristische Persönlichkeit verliehen wäre. Die auf Grund des Sparkassenreglements vom 12. Dezember 1838 begründeten kommunalen Sparkassen sind nicht kraft Gesetzes juristische Personen, sondern (mangels ausdrücklicher Verleihung der juristischen Persönlichkeit auf Grund des § 25 II. 6 ALR.) lediglich eine Einrichtung des Kommunalverbandes, welcher deshalb Inhaber des Sparkassenvermögens ist (vgl. KGJ. **28** A 71, 74 [KG.]). Die Vertretung der Stadtgemeinde steht nach § 56[8] StädteO. vom 30. Mai 1853 dem Magistrate zu. Diese Vertretungsmacht des Magistrats kann mit Wirkung gegen Dritte weder durch Beschlüsse der städtischen Körperschaften noch durch Anordnungen der Aufsichtsbehörde eingeschränkt, auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß eine auf Grund des § 59 aaO. gebildete Deputation zur Vertretung der Stadtgemeinde in Sparkassenangelegenheiten zuständig ist. Der Magistrat kann deshalb Löschungen von Sparkassenkapitalien im Grundbuche bewilligen.

4. Öffentlich-rechtliche Stiftungen. KGJ. **35** A 219, ZBlFG. **9** 164 Ziff. 181 a (KG.). Öffentlich-rechtliche Stiftungen sind solche, die dem Organismus des Reichs, eines Bundesstaats, einer als juristische Person im öffentlichen Rechte anerkannten Kirche, einer politischen Gemeinde oder eines Kommunalverbandes derart einverleibt sind, daß sie als Glied und Einrichtung in

diesem öffentlich-rechtlichen Organismus erscheinen. Auch Stiftungen, die durch privatrechtliche Rechtsakte begründet wurden, können Stiftungen des öffentlichen Rechtes sein, wenn sie vermöge ihrer eigenen Beschaffenheit dem Organismus einer öffentlich-rechtlichen juristischen Person so eingefügt werden, daß sie aus diesem Grunde unter die Kategorie der Stiftungen des öffentlichen Rechtes fallen (Prot. I 586, v. Staudinger, BGB. [3] I 127, 250, Predari, GBO. 135).

5. HessRpr. **9** 142 (LG. Mainz). Erklärungen des Vorstandes der Hessischen Landesversicherungsanstalt in eigenen Angelegenheiten sind öffentliche Urkunden im Sinne des § 29 GBO. und bedürfen keiner Beglaubigung.

§ 30. Literatur: du Chesne, Die Vollmacht im Prozeßgange des Grundbuchverfahrens, BadRpr. **08** 247.

1. OLG. **16** 312, HessRspr. **9** 11, 54, R. **08** II 310 Ziff. 1865 (Darmstadt), (s. JDR. **6** zu § 30 ZPO.). Für die Verteilung einer Zwangshypothek auf mehrere Grundstücke (§ 867 Abs. 2 ZPO.) ist beglaubigter Antrag erforderlich. Ebenso AG. Oberingelheim, HessRspr. **8** 157 (aM. Foltz, R. **08** 72). Dagegen nicht für den Antrag auf Eintragung einer solchen Hypothek auf einem Grundstücke (HessRspr. **9** 124 [LG. Mainz]).

2. *Unger, BuschsZ. **37** 443 ff. Vertretung bei der Beschwerdeführung. — Für die Vollmacht im Grundbuchverfahren sind im allgemeinen die Vorschriften über die Vollmacht im Privatrechtsverkehre, nicht aber die Vorschriften über die Prozeßvollmacht maßgebend (450). — Eine allgemein erteilte, nicht besonders beschränkte Vollmacht gilt auch für die Beschwerdeinstanz (452). — Verfahrenshandlungen eines auftragslosen Geschäftsführers sind von den Grundbuchbehörden nicht zu berücksichtigen (466).

§ 31. OLG. **17** 304, ZBlFG. **9** 332 Ziff. 323. Die Stempelfreiheit ist auf solche in notariellen Veräußerungsverträgen enthaltene Vollmachten zu beschränken, die zur Auflassung nur vor dem Grundbuchamt ermächtigen (vgl. Hummel-Specht 1212[16] zu Tarifst. 73, Fuchs-Arnheim, GBO. 343[4], Güthe, GBO. 631[5], Predari, GBO. 499 ff. zu § 31, Brachvogel-Frydrychowicz zu § 31[3]; aM. Lauff, RheinNotZ. **01** 175, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I 207, Turnau-Förster II 259[2], anscheinend auch Heinitz IV 4 zu Tarifst. 73).

§ 32. KGJ. **35** A 195 (KG.). Steht der einen von zwei in derselben Urkunde bewilligten und von dem beurkundenden Notar auf einmal beantragten Eintragungen ein Hindernis entgegen, so liegt in der nachträglichen Erklärung des Notars, die Beteiligten seien zur Beseitigung des Hindernisses außerstande, sie verlangten jedoch auf alle Fälle die Vornahme der nicht beanstandeten Eintragung, keine der Formvorschrift des § 32 GBO. unterliegende Einschränkung des ersten Antrags. Es ist daher die zulässige Eintragung vorzunehmen, die beanstandete abzulehnen, wenn nicht der Antragsteller ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hatte, daß die zulässige Eintragung nicht ohne die andere erfolgen solle.

§ 33. KGJ. **35** A 224 (KG.). Auch die bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 12. Mai 1901 zum Geschäftsbetrieb im Inlande zugelassenen ausländischen Versicherungsunternehmungen sind verpflichtet, für das Inland einen Hauptbevollmächtigten zu bestellen, dessen Macht zur Vertretung der Unternehmung Dritten gegenüber nicht beschränkt werden kann.

§ 34. 1. ZBlFG. **9** 39 Ziff. 47, PosMSchr. **08** 81 (KG.) Das Zeugnis des Registergerichts nach § 34 GBO. beweist nicht unter Ausschluß anderer Beweismittel (§ 29 GBO.). Es beweist nicht bloß die Tatsache der Eintragung,

sondern auch das Bestehen des eingetragenen Güterrechts. Die Eintragungsbenachrichtigung des Gerichtsschreibers ist kein solches Zeugnis (Art. 18 PrFGG.).

2. ElsLothJZ. **08** 537 (Colmar). Der eheliche Güterstand kann auch in anderer Weise als durch das Güterrechtsregister (§ 34 GBO.), z. B. durch Vorlage des Ehevertrags, nachgewiesen werden. Die Bekundung des verbriefenden Notars im Kaufakte, daß die beteiligten Eheleute in Errungenschaftsgemeinschaft leben, genügt zum Nachweise des Güterstandes, wenn aus dem Akte erhellt, daß von ihm der Ehevertrag eingesehen worden ist (vgl. JDR. **6** zu § 34 Ziff. 4).

§ 36. I. Erbschein und Verfügung von Todes wegen. 1. BayRpflZ. **08** 466, R. **08** II 600 Ziff. 3321 (BayObLG.). Nach § 36 GBO. genügt an Stelle des Erbscheins oder Erbschaftszeugnisses des früheren Rechtes die Vorlegung der in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen und des Protokolls über die Eröffnung der Verfügung; die Vorlegung dieser Urkunden ersetzt den Erbschein oder das Erbschaftszeugnis. Aber wenn ein solches Zeugnis des Nachlaßgerichts vorgelegt und auf Grund dessen die Eintragung nach § 36 GBO. bewirkt worden ist, so hat es für das GBA. dabei sein Bewenden (vgl. Predari 526 Anm. 4a zu § 36). Es kann deshalb ihm gegenüber nicht durch Vorlegung des Testaments nach § 22 GBO. nachgewiesen werden, daß der Inhalt des Zeugnisses und infolgedessen die Eintragung im Grundbuch unrichtig ist, sondern es muß, um die Berichtigung zu erwirken, entweder ein neues Zeugnis des Nachlaßgerichts vorgelegt oder die Bewilligung der Beteiligten beigebracht werden.

2. OLG. **17** 271, R. **08** II 339 Ziff. 2023 (KG.). Die Ansicht, daß der Grundbuchrichter nicht zu prüfen habe, ob durch ein vorgelegtes privatschriftliches Testament die im früheren gerichtlichen Testament angeordnete Erbfolge abgeändert sei, ist rechtsirrtümlich. Er braucht aber die formelle Gültigkeit und Echtheit eines privatschriftlichen Testaments nicht zu prüfen. Die Prüfung hat sich nur auf den Inhalt des jüngeren Testaments zu erstrecken.

3. **a)** KGJ. **36** A 162, DJZ. **08** 1037, R. **08** II 676 Ziff. 3686, SchlHolstAnz. **08** 289, ZBlFG. **9** 331 (KG.). Der § 36 Abs. 1 GBO. gilt auch für den Nachweis der nach ausländischem Rechte zu beurteilenden Erbfolge. Ein Erbschein im Sinne dieser Bestimmung ist nur das auf Grund des § 2353 oder § 2369 BGB. von einem deutschen Gericht erteilte Zeugnis. Wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlegung der Verfügung allein ohne Vorlegung des Protokolls über deren Eröffnung zum Nachweise der Erbfolge selbst dann nicht, wenn das maßgebende ausländische Recht eine Eröffnung der Verfügung von Todes wegen nicht kennt. **b)** ZBlFG. **9** 165 Ziff. 183, ElsLothNotZ. **08** 219 (Colmar). Wenn irrtümlich eine bereits verstorbene Person in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, und deren Erben das Grundstück veräußern, so haben sie den Nachweis der Erbfolge, falls der Erblasser Franzose war, dem Grundbuchamte durch einen beschränkten Erbschein zu führen (§ 2369 BGB.).

4. **a)** PosMSchr. **08** 137 (LG. Konitz). Ein altrechtlicher Testamentserbe braucht sich nicht dem Grundbuchamte gegenüber durch einen Erbschein auszuweisen. Es genügt die Vorlegung des Testaments, und zwar selbst beim Vorbehalte von Nachzetteln. **b)** KGJ. **35** A 202, SeuffBl. **08** 640, ZBlFG. **9** 114 Ziff. 114b (KG.). Ein unter der Herrschaft des Preußischen Allgemeinen Landrechts dem Vorbehalt im Testamente gemäß außergerichtlich errichteter Nachzettel hat, wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorben ist, trotz gleichzeitiger Eröffnung und Ausfertigung mit dem Testamente für den Grundbuchverkehr nicht die Bedeutung

einer öffentlichen Urkunde. In einem solchen Nachzettel konnte eine Testamentsvollstreckung, nicht aber eine Nacherbfolge wirksam angeordnet werden. **c)** ZBlFG. **9** 165 Ziff. 182, ElsLothJZ. **08** 357 (Colmar). Ein Erbschein darf bezüglich einer vor dem 1. Januar 1900 verfallenen Erbschaft nicht verlangt werden, da diese nur dem früheren Rechte unterstellt ist. Die Erbfolge kann durch jede geeignete Urkunde, z. B. durch eine notarielle, die Person der Erben feststellende Teilungsurkunde, nachgewiesen werden. Die Eintragung der Erbteile oder der berechneten Bruchteile im Grundbuche muß auf Grund solches Nachweises erfolgen. **d)** ElsLothJZ. **08** 30 (Colmar, elf.-lothr. Recht). Der Nachweis der Erbfolge kann im Falle der Umschreibung eines bereits eingetragenen Grundstücks nur durch einen Erbschein geführt werden. Eine Bezugnahme auf die nach § 105 Abs. 2 AGBGB. unter Beweiserleichterung erfolgte erstmalige Eintragung im Eigentumsbuche genügt nicht. Eine Erbfolge wird aus dieser erstmaligen Eintragung nicht offenkundig.

5. HessRspr. **9** 149 (LG. Mainz). Als Ersatz der Vorlage der Ausfertigung eines Erbscheins wird die Verweisung auf die Erbscheinsakten anzusehen sein. Ob die Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Erbscheins genügt, muß im einzelnen Falle entschieden werden. Sie genügt nicht, wenn mit Rücksicht auf den zwischen der Ausstellung des Erbscheins oder Beglaubigung der Abschrift und der Abgabe der Erklärungen liegende Zeitraum Zweifel darüber möglich sind, ob der Erbschein in letztgenanntem Zeitpunkte noch wirksam bestand. Sie wird genügen, wenn der Verbleib der Ausfertigung oder der Urschrift nachgewiesen wird.

II. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. KGJ. **35** A 205, SeuffBl. **08** 640 (KG.). Nach der bestimmten Vorschrift des § 36 Abs. 2 Satz 1 GBO. ist die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand nur auf Grund des im § 2368 BGB. vorgesehenen Zeugnisses als nachgewiesen anzunehmen, ganz ebenso wie nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GBO. der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden kann. Beide Vorschriften sind ihrer Fassung nach („ist nur", „kann nur") zwingend. Eine Ausnahme macht das Gesetz im § 36 Abs. 1 Satz 2 für die Erbfolge und im § 36 Abs. 2 Halbs. 2 für die Befugnis des Testamentsvollstreckers bloß für den Fall, daß die Erbfolge oder die Befugnis des Testamentsvollstreckers auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. Trifft dies nicht zu, so darf der Grundbuchrichter, von dem Falle der Offenkundigkeit abgesehen (vgl. § 29 Satz 2 GBO.), eine andere Beweisführung nicht zulassen (vgl. Predari § 36 Anm. 2, 7, 15, Güthe § 36 Anm. 6, 48, 71, Fuchs-Arnheim, GrundbR. § 36 GBO. Anm. 3, 9, 31).

2. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 36 Ziff. 3a) auch OLG. **17** 172.

§ 37. ElsLothJZ. **08** 422 (Colmar). Die im § 37 GBO. vorgesehene Bestimmung hinsichtlich der Ausstellung des zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragsbewilligung nötigen Zeugnisses ist auch auf die elsaß-lothringischen Nachlaßgerichte anwendbar.

§ 39. 1. Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. KGJ. **35** A 265 (KG.). Das Grundbuchamt hat dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts um Eintragung der Anordnung einer Zwangsverwaltung auf Grund einstweiliger Verfügung nach Maßgabe des § 19 ZVG. zu entsprechen.

2. Ersuchen des Konkursgerichts. LeipzZ. **08** 323 (Colmar). Durch die Eintragung des Konkursvermerks wird die aus der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner sich ergebende Verfügungsbeschränkung verlautbart, durch die das Recht der Konkursgläubiger auf Befriedigung aus dem zur Konkurs-

masse gehörigen Grundstücke gesichert werden soll. Hieraus folgt, daß der § 130 ZVG. auch auf die Löschung des Konkursvermerks Anwendung zu finden hat.

3. Ersuchen von Auseinandersetzungsbehörden. a) KGJ. **35** A 249 (KG.). Ersucht die Generalkommission, durch deren Vermittelung ein Rentengut begründet ist, auf Grund eines Nachtragsrezesses das Grundbuchamt um die Eintragung eines Wiederkaufsrechts auf das Rentengut, so darf ihre Zuständigkeit nicht deshalb beanstandet werden, weil sie dem Amtsgerichte die Beendigung des Verfahrens mitgeteilt hat, es sei denn, daß das bei ihr anhängige Verfahren in der Form des § 201 PrVO. vom 20. Juni 1817 oder durch eine sonstige von ihr getroffene und den Beteiligten bekannt gemachte Entscheidung wirklich beendigt ist. b) OLG. **17** 159 (KG.). Bei Rentengutsbildung durch Konsolidation ist die Generalkommission nicht befugt, die Eintragung des Rentengutskäufers als Eigentümers der Stammstelle zu beantragen (§ 12 G. vom 7. Juli 1891). c) KGJ. **36** A 182 (KG.). Die Generalkommission ist zuständig, das Grundbuchamt um die Löschung einer Hypothek zu ersuchen, wenn ein Teil des belasteten Grundstücks in einem Zusammenlegungsverfahren gegen Kapitalsabfindung abgetreten werden soll und die gesetzmäßige Verwendung des Abfindungskapitals bescheinigt ist. d) KGJ. **36** A 186 (KG.) Die Generalkommission durch deren Vermittelung ein Rentengut errichtet ist, ist befugt, das Grundbuchamt um die Eintragung einer in einem Nachtrage zu dem das Rentengut begründenden Vertrage vereinbarten Grunddienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Rentenguts auf ein anderes Grundstück zu ersuchen. Das Grundbuchamt darf die Ausführung des Ersuchens nicht von der Beibringung einer Eintragungsbewilligung des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks abhängig machen. e) Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 39 Ziff. 5 e) auch OLG. **17** 161.

4. Ersuchen der Enteignungsbehörde. RheinARB. **26** 140 (LG. Krefeld). Die Enteignungsbehörde ist befugt, auf Grund des Enteignungsbeschlusses das Grundbuchamt um Löschung der auf den enteigneten Grundstücken eingetragenen dinglichen Rechte zu ersuchen (§§ 33, 45 EnteignG. vom 11. Juni 1874).

§ 40. I. Die Vorschrift des Abs. 1. 1. ZBlFG. **9** 114 Ziff. 119, WürttZ. **08** 200 Nr. 7 (Stuttgart). Werden Grundstücke, die von der Eintragung in der Hand des Veräußerers befreit sind (Teile eines Ortsweges), veräußert und aufgelassen, so bedarf es zum Zwecke der Eintragung auf den neuen Erwerber der vorherigen Anlegung eines Blattes und Eintragung des Veräußerers. Zwar wird das materiell-rechtliche Erfordernis des § 873 BGB. (Eintragung der Rechtsänderung) durch die Eintragung des Erwerbers erfüllt, und auch aus § 19 GBO. folgt nicht, daß der Bewilligende eingetragen sein muß. Aber § 40 GBO. schlägt auch für Fälle, wie diesen, ein.

2. KGJ. **35** A 289, R. **08** II 526 Ziff. 2976, SeuffBl. **08** 246 (KG.). Bei Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft als Ganzes auf eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien und unter Ausschluß der Liquidation hat die übernehmende Gesellschaft, wenn sie Briefhypotheken, die im Grundbuch auf den Namen der übertragenden eingetragen sind, anderweit abtreten will, vor der Abtretung sich selbst als Gläubigerin der Hypotheken eintragen zu lassen.

3. ElsLothJZ. **08** 32, ElsLothNotZ. **28** 79, R. **08** II 526 Ziff. 2974 (Colmar). Ein auf die Gütergemeinschaft zweier Eheleute eingetragenes Grundstück kann nicht auf den Namen eines Erwerbers, der seinen Erwerb von dem das Alleineigentum an dem Grundstücke beanspruchenden Ehemann ableitet, vor der entsprechenden Berichtigung des Grundbuchs auf den Namen des Ehemanns

als Alleineigentümers eingetragen werden. Die Berichtigung erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Berechtigten.

4. a) SeuffBl. **08** 547, BayRpflZ. **08** 208 (BayObLG.). Nach der herrschenden, insbesondere vom RG. in dem Beschlusse vom 18. Oktober 1905 (**RG. 61** 374) eingehend begründeten Auslegung des § 40 Abs. 1 GBO. genügt es zur Eintragung von Verfügungen des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers des belasteten Grundstücks über die Hypothek nicht, daß die Hypothek von vornherein bestimmt ist, Eigentümerhypothek zu werden, der Eigentümer also gewissermaßen als der künftige Berechtigte eingetragen ist, sondern er muß der gegenwärtige Berechtigte sein, und dies muß nach § 29 GBO. dem Grundbuchamte durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Daran hält auch die Rechtsprechung des KG. fest. b) KGJ. **36** A 258, RJA. **9** 207, R. **08** II 478 Ziff. 2730, ZBlFG. **9** 166 Ziff. 193, SeuffBl. **08** 866 (KG.). Der Eigentümer, auf den eine Hypothek übergegangen ist, gilt nur so lange als eingetragener Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger, wie er als Eigentümer eingetragen ist.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. KGJ. **36** A 242, RJA. **9** 207, R. **08** II 478 Ziff. 2731, 2732 und 721 Ziff. 3930, ZBlFG. **9** 288, DNotV. **08** 556, KGBl. **08** 64 (KG.). Das KG. hat früher die Rechtsgrundsätze aufgestellt: a) daß bei der Abtretung der Briefhypothek durch den Erben des Zessionars des eingetragenen Gläubigers die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des neuen Gläubigers erst nach vorgängiger Eintragung des abtretenden Erben erfolgen könne (KGJ. **25** A 159, **26** A 151; zu vgl. auch **27** A 125); b) daß bei der Weiterabtretung der Briefhypothek durch den Zessionar des Erben des eingetragenen Gläubigers die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des neuen Gläubigers die vorgängige Eintragung des abtretenden Gläubigers voraussetze (KGJ. **20** A 300, OLG. **3** 307). . . . Das KG. ist nach erneuter Prüfung zu der Ansicht gelangt, daß sich der unter a mitgeteilte erste Rechtsgrundsatz nicht aufrechterhalten läßt. Nach § 40 Abs. 2 GBO. steht es bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, über die ein Brief erteilt ist, der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 BGB. nachweist. Der so legitimierte Gläubiger gilt demnach als eingetragener Gläubiger im Sinne des § 40. Der Begriff des eingetragenen Gläubigers ist aber im § 41 nicht anders auszulegen als im § 40. Es ist deshalb unter dem im § 41 Abs. 1 bezeichneten Erben des eingetragenen Berechtigten der Erbe des im Sinne des § 40 eingetragenen Berechtigten zu verstehen, also nicht nur der Erbe des im Grundbuche vermerkten Berechtigten, sondern auch der Erbe des gemäß § 1155 BGB. ausgewiesenen Briefbesitzers. Bei der Abtretung der Briefhypothek durch den Erben des nach § 40 Abs. 2 legitimierten Zessionars des eingetragenen Gläubigers kann daher die Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Zessionars des Erben nach § 41 Abs. 1 ohne vorgängige Eintragung des Erben als Gläubiger erfolgen. . . . Dagegen ist an dem oben erwähnten zweiten Rechtsgrundsatze festzuhalten. Dieser Grundsatz kann aber auf die Fälle keine Anwendung finden, in denen bereits vor der Eintragung des letzten Zessionars das Gläubigerrecht an der Hypothek außerhalb des Grundbuchs auf den letzten Zessionar übergegangen ist. . . . Der § 40 Abs. 1 GBO. bezweckt nämlich nach der Denkschrift, einerseits dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung zu erleichtern, anderseits für jeden Beteiligten ein richtiges Bild des gegenwärtigen Standes der Realrechte zu geben und dadurch zu verhindern, daß ein anderer unbefugterweise über das Recht verfügt. Dieser Zweck wird aber nur erreicht, wenn die Eintragung des gegenwärtig materiell

Berechtigten in das Grundbuch erfolgt. Sofern dagegen die Eintragung einer Person, der das Recht nicht mehr zusteht, als des Berechtigten stattfindet, wird durch diese Eintragung kein richtiges Bild des gegenwärtigen Standes der Realrechte gegeben und dem eingetragenen Nichtberechtigten die Möglichkeit einer ihm nicht zustehenden Verfügung über das Recht gewährt. Soll also die Übertragung eines Rechtes eingetragen werden, so kann auf Grund des § 40 Abs. 1 GBO. die vorgängige Eintragung des Übertragenden in das Grundbuch nur verlangt werden, wenn der Übergang des Rechtes auf den neuen Gläubiger noch nicht stattgefunden hat, das Recht vielmehr zur Zeit materiell noch dem Übertragenden zusteht. . . . Der § 40 GBO. kann daher auf den Fall der Umschreibung einer Briefhypothek auf einen neuen Gläubiger nur dann Anwendung finden, wenn zum Übergange des Gläubigerrechts gemäß § 1154 Abs. 2 BGB. die Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist oder wenn zwar eine schriftliche Abtretungserklärung vorliegt, die Hypothek aber mangels Übergabe des Hypothekenbriefs oder mangels einer Vereinbarung gemäß § 1177 Abs. 2 BGB. auf den neuen Gläubiger noch nicht übergegangen ist. Der Grundbuchrichter muß deshalb, wenn die Eintragung eines neuen Gläubigers bei einer Briefhypothek beantragt wird und der Zedent als Gläubiger weder im Grundbuche eingetragen noch gemäß § 40 Abs. 2 ausgewiesen ist, seine Prüfung darauf erstrecken, ob nach den vorgelegten Urkunden erwiesen erscheint, daß die Hypothek schon außerhalb des Grundbuchs auf den Zessionar übergegangen ist, dessen Eintragung als Gläubiger beantragt wird. Sofern der Übergang der Hypothek für dargetan erachtet wird, muß die Eintragung des neuen Gläubigers ohne vorgängige Eintragung seines Rechtsvorgängers erfolgen (vgl. auch zu § 26 GBO. und zu § 1155 BGB.).

2. KGJ. **35** A 289 und 292, SeuffBl. **08** 246 (KG.). Unter Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung kann nur eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers verstanden werden, durch welche er anerkennt, daß die der Hypothek zugrunde liegende Forderung kraft Gesetzes auf den neuen Gläubiger übertragen worden ist (KGJ. **27** A 127; vgl. Planck, BGB. [3] § 1155 Anm. 2 b γ; Güthe, GBO. § 40 Anm. 25). Andere als die im § 1155 BGB. aufgeführten Urkunden sind nicht geeignet, die Eintragung des Berechtigten im Grundbuche nach § 40 Abs. 2 GBO., § 1155 BGB. entbehrlich zu machen, mögen sie auch an sich dazu angetan sein, den Übergang der Hypotheken von einem auf den anderen Gläubiger darzutun. Daran hat das Kammergericht in ständiger Praxis, namentlich hinsichtlich des Testaments und des Erbscheins, festgehalten (vgl. KGJ. **20** A 303, auch **21** A 285; namentlich **25** A 159 = OLG. **5** 389; KGJ. **27** A 127 = OLG. **7** 371).

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. **RG.** 3. 10. 08, **69** 257, JW. **08** 684. Gegen den Beschluß des KG. vom 23. 2. 07 (JDR. **6** zu § 41 Ziff. I 2 a) hat sich lebhafter Widerspruch erhoben. Doch kommt es darauf im vorliegenden Falle nicht an, weil der Beschluß die Beibringung einer Einwilligung des Nacherben nur dann für erforderlich erklärt, wenn es eines Nachweises des Nichtvorhandenseins der Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 BGB. überhaupt bedarf. Die Notwendigkeit fällt nach dem erwähnten Beschluß und nach der gesetzlichen Vorschrift des § 29 Satz 2 GBO. ohne weiteres fort, wenn das Gegenteil beim Grundbuchamt offenkundig ist. Der Offenkundigkeit gleichzustellen aber sind (vgl. **RG.** ZBlFG. 8 554) Fälle, in denen die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder der Sachlage ausgeschlossen wird. Wenn, wie im vorliegenden Falle, über die Zahlungspflicht ein kontradiktorischer Prozeß mit dem Schuldner geführt wird, kann von einer unentgeltlichen Verfügung füglich nicht die Rede

sein. Auf solche Fälle bezieht sich der Beschluß vom 23. Februar 1907 nicht, und er müßte, wenn er darauf bezogen werden könnte, jedenfalls entsprechend eingeschränkt werden.

2. a) KGJ. **36** A 166, ZBlFG. **9** 335 Ziff. 341, SeuffBl. **08** 805, DJZ. **08** 820 (KG.). Die vom Vollmachtgeber für sich und seine Erben erteilte Vollmacht ermächtigt den Bevollmächtigten zur Vertretung der vom Vollmachtgeber ernannten Nacherben schon vor dem Eintritte der Nacherbfolge insoweit, als die Nacherben selbst vor Eintritt der Nacherbfolge in ihrer Eigenschaft als Nacherben handeln können. Neben der Löschungsbewilligung des vom verstorbenen eingetragenen Hypothekengläubiger für sich und seine Erben Bevollmächtigten kann der Nachweis der Zustimmung der Nacherben zur Löschung der Hypothek regelmäßig nicht verlangt werden; § 181 BGB. trifft nicht zu. b) Die Entsch. des **RG.** (JDR. **6** zu § 41 Ziff. I 2 b) auch SeuffA. **63** 127.

3. SeuffBl. **08** 770 (KG.). Soll eine Hypothek, mit der ein zu einer Vorerbschaft gehörendes Grundstück belastet ist, mit Zustimmung des als Eigentümer eingetragenen Vorerben gelöscht werden, so bedarf es der Zustimmung des Nacherben. Dies gilt auch, wenn Rechte, die der zu löschenden Hypothek im Range nachstehen, im Grundbuche nicht eingetragen sind. Wird die Zustimmung durch einen den Nacherben bestellten Pfleger erklärt, so bedarf diese Erklärung, falls ein Gegenpfleger oder ein Mitpfleger nicht bestellt ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

4. a) Völsing, Der Vorerbe und sein Recht, HessRspr. **9** 22. b) Glaser, Der befreite Vorerbe und das Reichsgericht, DJZ. **08** 241. c) Feldmann, Zur grundbuchrechtlichen Stellung des befreiten Vorerben, DJZ. **08** 530. d) Weber, Die Rechtsprechung über den befreiten Vorerben und ihre Würdigung durch Strohal, DNotZ. **09** 9.

II. KGJ. **36** A 239, RJA. **9** 227, ZBlFG. **9** 302, R. **08** II 724 Ziff. 3934, DJZ. **08** 1036, SchlHolstAnz. **08** 314 (KG.). Die Eintragung der Änderung des Inhalts einer Hypothek fällt nicht unter § 41 Abs. 1. Die Frage aber, ob die Anwendbarkeit des § 41 Abs. 1 dadurch gerechtfertigt wird, daß der Antrag auf Eintragung der Änderung der Hypothek gleichzeitig und einheitlich mit dem Antrag auf Eintragung der Übertragung der Hypothek auf einen anderen Gläubiger beantragt ist, ist zu bejahen (ebenso Predari 579, Fuchs-Arnheim 447; aM. Güthe I 789 u. KGJ. **25** A 303, 309, s. auch KGJ. **27** A 125 (KG.).

§ 42. 1. RJA. **9** 199, R. **08** II 279 Ziff. 1653 u. **08** II 642 Ziff. 3571, ZBlFG. **9** 282, SchlHolstAnz. **08** 301 (KG.). Die Worte des § 42 „bei einer Hypothek" können sprachlich nur auf solche Eintragungen bezogen werden, die im Grundbuch örtlich bei der Hypothek erfolgen. In diesem Sinne ist das Wort „bei" auch schon im § 129 PrGBO. verstanden worden. Ebenso wird es in den §§ 41, 62 der jetzigen GBO. in der Literatur aufgefaßt (zu vgl. Güthe, Grundbuchordnung Anm. 8 zu § 42). — Der § 42 bezieht sich ferner nicht auf solche Einschreibungen, welche die dingliche Rechtslage nicht ändern, sondern nur eine Tatsache kundgeben. — Eine solche tatsächliche Bedeutung hat im Falle des Rangvorbehalts bei Eintragung des vorbehaltenen Rechtes der Vermerk, der bei der zurücktretenden Post zu bewirken ist. Denn bei dieser ist bereits der Vorbehalt selbst eingetragen, so daß die Möglichkeit seiner Ausübung für jeden erkennbar ist. — Der Vorlegung des über die zurücktretende Post erteilten Briefes bedarf es also nicht. Die gegenteilige, in der Literatur allerdings anscheinend vorherrschende Ansicht erschwert den Verkehr, indem sie den Eigentümer nötigt, zwecks Ausübung seines vorbehaltenen Rechtes den Brief über die mit Vorbehalt eingetragene Post herbeizuschaffen.

Es kann sogar zweifelhaft sein, ob ihm dies immer möglich sein würde, da er nicht immer weiß, in wessen Hand der Brief ist, und da ihm ein Rechtsanspruch auf Vorlegung des Briefes ohne besondere obligatorische Vereinbarungen kaum zusteht.

2. Die Entsch. des KG. (JDR. **6** zu § 42 Ziff. 3) auch OLG. **17** 175.

3 *Peiser, PosMSchr. **08** 4. Der Grundbuchrichter darf die Übertragung von Hypotheken zur Mithaft auf abzuschreibende Trennstücke ohne Vorlegung der Hypothekenbriefe bewirken. § 42 setzt eine Rechtsänderung voraus. Die Übertragung zur Mithaft ist keine Rechtsänderung (vgl. JDR. **6** zu § 42 Ziff. 3).

§ 45. Kübel, BayRpflZ. **08** 142. Die Materialien zur Reichsgrundbuchordnung und fast alle Schriftsteller sprechen sich dafür aus, daß nicht der Tag der Prüfung und Unterzeichnung des Eintragungsvermerkes durch den Grundbuchbeamten, sondern der Tag der Einschreibung des Vermerkes zu wählen ist. Der herrschenden Meinung nach steht also die Vorschrift der bayerischen Dienstanweisung § 242 letzter Satz mit dem Reichsrecht in Widerspruch und ist ungültig.

§ 46. Die JDR. **6** zu § 46 Ziff. 1 abgedr. Entsch. des KG. auch KGJ. **35** A 297.

§ 48. 1. BayRpflZ. **08** 317 (BayObLG.). Wenn in eine als Berechtigte eingetragene Gesellschaft neue Gesellschafter eintreten und andere Gesellschafter derart austreten, daß ihr Anteil nach § 738 BGB. den übrigen Gesellschaftern zuwächst, so muß eine Berichtigung der Anteilsrechte und eine Eintragung der neuen Gesellschafter erfolgen.

2. ElsLothJZ. **08** 588 (Colmar). Eine aufgelöste Gütergemeinschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, nicht nach Bruchteilen, und kann daher bei der Erneuerung einer Hypothek für sie nicht die Eintragung nach Bruchteilen verlangt werden.

3. OLG. **17** 179 (KG.). Auch vor dem 1. Januar 1900 eingetragene Miteigentümer müssen vor Verfügungen über ihren Anteil diesen im Grundbuche kenntlich machen.

4. BadRpr. **08** 92 (LG. Karlsruhe). Die Frage, ob die Anteile der gemeinsam an der Hypothek Berechtigten auch dann als „in Bruchteilen angegeben" zu erachten sind, wenn das Anteilsverhältnis nicht in gemeinen oder in Dezimalbrüchen, sondern nach dem Forderungsbetrage beziffert wird, ist zu bejahen. Es wäre Buchstabenauslegung, wenn man zwar die Eintragung dahin zulassen wollte, daß jedem der fünf Söhne $^{10}/_{54}$ (oder $^{5}/_{27}$), der Tochter $^{4}/_{54}$ (oder $^{2}/_{27}$) an der Hypothek von 5400 M. zustehen, während die Eintragung der dem Geldbetrage nach ausgerechneten Bruchteile versagt sein sollte.

§ 51. Fuchs-Arnheim 544. Bei der Orderhypothek muß eingetragen werden, wer der erste Nehmer ist, da der Gläubiger sich durch eine fortlaufende, auf den ersten Nehmer zurückführende Reihe von Indossamenten dem Grundbuchamt als solcher ausweist, das Grundbuchamt also den ersten Nehmer kennen muß. Dagegen ist nicht notwendig, daß das Grundbuchamt außerdem noch die ersten Nehmer besonders als Gläubiger einträgt; ebenso ist unnötig zu bemerken, daß die Hypothek für den ersten Nehmer und die durch Indossament legitimierten Gläubiger eingetragen ist.

§ 52. 1. KGJ. **35** A 215, ZBlFG. **9** 165 Ziff. 187, R. **08** II 453 Ziff. 2579 (KG.). Dem für einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben steht bis zum Wegfalle des Nacherben kein eintragungsfähiges Recht zu. Der Vorerbe ist bis zum Wegfalle des Nacherben nur durch diesen in der Verfügung über den Nachlaß beschränkt. Hat dagegen der Erblasser eine mehrfache Nacherb-

schaft angeordnet, dergestalt, daß der an erster Stelle ernannte Nacherbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft dem weiteren Nacherben herausgeben soll, so muß, wenn der Vorerbe im Grundbuch eingetragen wird, nicht nur das Recht des ersten Nacherben, sondern auch das Recht des zweiten Nacherben besonders vermerkt werden, um auch den zweiten Nacherben gegen eine seinem Rechte aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs drohende Beeinträchtigung zu schützen.

2. Heine, R. **08** I 708. Hat der Nacherbe sein Recht bereits vor der Eintragung des Vorerben auf einen Dritten übertragen, so macht seine gleichzeitige Eintragung, sofern er alleiniger Nacherbe ist, das Grundbuch nicht unrichtig. Ist er dagegen Miterbe, so würde der Erwerber seines Anteils am Nachlasse gemäß § 894 BGB. die Berichtigung des Grundbuchs nach Eintragung des Nacherben dahin verlangen können, daß er an Stelle des Nacherben als dessen Rechtsnachfolger im Grundbuch eingetragen werde. Bei alleiniger Berufung eines Nacherben — ohne Miterben — zur Nacherbfolge ist dessen Verfügung über sein Nacherbenrecht im Wege des Veräußerungsvertrags nur von obligatorischer, nicht von dinglicher Wirkung, der Erwerber des Nacherbenrechts hat kein Recht auf Richtigstellung des Grundbuchs. Dagegen ist er berechtigt, eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung der etwa zum Nachlasse gehörenden Grundstücke — bzw. auf Übertragung sonstiger dazu gehörender Rechte an Grundstücken — zu verlangen, sofern nur das Recht des Nacherben im Grundbuche zur Eintragung gelangt ist.

3. Harrer, BadNotZ. **08** 47, Empfiehlt sich, die Aufhebung des § 52 GBO. wenigstens für die befreite Vorerbschaft durch einen Akt der Gesetzgebung zu verlangen?

4. Vagel, GruchotsBeitr. **52** 207. In der Praxis sehr häufig ist eine Bestimmung folgenden Inhalts: „Ich setze die Abkömmlinge meines Sohnes (Tochter, Schwester) als Erben ein". In diesem Falle wird man das Testament dahin auslegen und auf die Weise aufrechterhalten müssen, daß man den Vater bis zur Geburt des ersten Abkömmlinges als Vorerben behandelt. Er erwirbt daher an den hinterlassenen Gegenständen nicht nur den Nießbrauch, sondern auch das Eigentum, allerdings mit denjenigen Beschränkungen, welche dem Vorerben auferlegt sind und die in mancher Beziehung sein Eigentum zu einem bloßen Nießbrauche herabsetzen. Er ist daher auch auf seinen Antrag als Eigentümer der hinterlassenen Grundstücke im Grundbuch einzutragen, wenn auch mit der im § 52 GBO. vorgeschriebenen Beschränkung, wonach bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben zu vermerken ist. Mit der Geburt des ersten Deszendenten scheidet er dann aus seiner Stellung als Vorerbe und Eigentümer, die gewissermaßen nur ein Intermistikum war, aus und tritt in die eines Nießbrauchers ein.

5. S. im übrigen zu § 41 GBO. Ziff. I.

§ 53. KGJ. **36** A 189, ZBlFG. **9** 331 Ziff. 318 (KG.). In dem gemäß § 53 GBO. einzutragenden Vermerk über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung darf der Name des Testamentsvollstreckers und der Umfang der diesem zustehenden Vertretungsmacht nicht angegeben werden.

§ 54. 1. Inhaltlich unzulässige Eintragungen im allgemeinen. a) OLG. **17** 180 (KG.). Unzulässigkeit liegt nur dann vor, wenn sie sich aus dem Inhalte der Eintragung selbst ergibt. Ein außerhalb des Grundbuchs geführter Nachweis, daß ein eingetragener Fluß nicht im Eigentume der eingetragenen Eigentümer stehe, kann deshalb die Anwendung des § 54 GBO. nicht rechtfertigen. Im Grundbuche steht nur, daß die fraglichen Parzellen Teile des Flusses sind, nicht, daß der

Fluß ein öffentlicher Fluß ist. Auch aus der im Grundbuch angewendeten Sammelbezeichnung „Öffentliche Wege und Gewässer" kann nicht herausgelesen werden, daß die darunter fallenden, im Katasterauszug als Bach oder als Fluß bezeichneten Gewässer damit im Grundbuch als öffentlich hätten gekennzeichnet werden sollen, da das Wort „öffentliche" auch nur auf die Wege bezogen werden kann. Daß ein Fluß aber im Privateigentume steht, ist auch nach gemeinem Rechte nicht absolut unmöglich. **b)** OLG. **17** 182 (BayObLG.). Eine Eintragung, die ungewiß läßt, ob das eingetragene Recht auf einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verhältnisse beruht, ist nach ihrem Inhalt unzulässig (vgl. JDR. **6** zu § 1105 Ziff. 2b).

2. Einzelne Fälle. **a)** R. **08** II 379 Ziff. 2230 (BayObLG.). Die Eintragung eines Hypothekenüberganges ist nicht schon deshalb ihrem Inhalte nach unzulässig, weil als Übergangsgrund irrtümlich § 268 BGB. statt §§ 58, 63 BayHypG. angegeben ist. **b)** R. **08** II 406 Ziff. 2389 (BayObLG.). Eine Vollstreckungshypothek als Gesamthypothek ist ihrem Inhalte nach unzulässig; sie wird jedoch zulässig, wenn sie der Schuldner in einer der freiwilligen Hypothekbestellung entsprechenden Form genehmigt. **c)** R. **08** II 526 Ziff. 2978, ElſLothNotZ. **28** 81 (Colmar). Eine Eintragung im Grundbuche, nach der ein Nießbrauch Eheleuten in Gütergemeinschaft zusteht, ist ihrem Inhalte nach unzulässig.

§ 55. 1. R. **08** II 504 Ziff. 2878, ZBlFG. **9** 334 Ziff. 336 (KG.). Wenn der im Testamente des verstorbenen Grundstückseigentümers eingesetzte Vorerbe unter gleichzeitiger Eintragung des Rechtes des Nacherben als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird, so haben die Hypothekengläubiger kein Recht auf Benachrichtigung von der gemäß § 52 GBO. in Abt. II geschehenen Eintragung des Rechtes der Nacherben. Es genügt, daß in der Mitteilung der neue Eigentümer als Vorerbe bezeichnet wird.

2. S. zu § 15 GBO. Ziff. 1.

3. *Bendix, ABürgR. **32** 183 Anm. 44. Die Ersichtlichkeit umfaßt auch den Fall der Erschließbarkeit der beteiligten Person. Daher muß dem Fiskus von der Eintragung des Verzichts des Eigentümers Mitteilung gemacht werden.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 57. KGJ. **35** A 294, ZBlFG. **9** 167 Ziff. 202 (KG.). In dem Hypothekenbrief ist der Vermerk über den Vorrang der Hypothek vor einer anderen Post aufzunehmen, wiewohl diese in dem Briefe nicht aufgeführt wird.

§ 58. Herold, SächſRpflA. **08** 206. Der Bestimmung im § 58 GBO., daß im Regelfalle die Urkunde über die Forderung, für die eine Hypothek besteht, mit dem Hypothekenbriefe verbunden werden soll, ist vor allem dann möglichst nachzugehen, wenn die Urkunde dem § 794 Ziff. 5 ZPO. entspricht und damit als vollstreckbarer Schuldtitel dienen soll. Durch das Verbinden der Urkunde mit dem Hypothekenbriefe wird dann erreicht, daß nur der Besitzer des Hypothekenbriefs vollstreckbare Urkundenausfertigung zum Zwecke der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung fordern kann.

§ 60. ZBlFG. **9** 42 Ziff. 63, PosMSchr. **08** 79 (LG. Posen). Es besteht neben der privatrechtlichen Pflicht des Justizfiskus auch eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Grundbuchamts zur Herausgabe des ihm übergebenen Hypothekbriefs, die durch Antrag und Beschwerde verfolgbar ist. Dieser Anspruch ist trotz seiner öffentlich-rechtlichen Natur pfändbar, da er übertragbar ist.

§ 70. Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 649. Für die Form der Zinsscheine fehlt es in der GBO. an jeder Bestimmung. Die Zinsscheine der Inhaber von Grund- und Rentenschulden sind gleichfalls Inhaberpapiere und

bedürfen der für diese allgemein vorgeschriebenen Form (§ 793 Abs. 2). Die Vorschriften der GBO. §§ 56 ff. kommen für die Zinsscheine nicht in Betracht. Der Inhalt wird entsprechend dem der Kupons als Zinsschein über den bestimmten Betrag der Zinsen der Inhabergrundschuld zu lauten haben, z. B. Zinsschein über Mark . . . Zinsen für die Zeit vom . . . bis . . . von der, Abt. III Nr. 9 des Grundbuchs von . . . auf dem Grundstücke . . . für den Inhaber des Briefes eingetragenen, zu . . pCt. verzinslichen und am . . . zahlbaren Grundschuld von 5000 Mark. Datum des Ausstellungstags und Unterschrift des Grundbuchamts sind erforderlich, dagegen nicht Siegel. Eines Hinweises darauf, daß der Zinsschein die Grundschuld oder das Zinsrecht nicht überdauere, bedarf es nicht, weil sich dies aus der Bezeichnung als Schein über die Zinsen einer Grundschuld von selbst ergibt (§ 803 Abs. 2). Eine Beschränkung der Ausgabe von Zinsscheinen auf eine bestimmte Anzahl von Jahren ist, anders als nach preuß. Rechte, nicht vorgeschrieben. Auf dem Grundschuldbrief ist die Ausgabe der Zinsscheine zu vermerken.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§§ 71 ff. Literatur: du Chesne, Prozeßgang des formalen Grundbuchrechts 22 ff. Leipzig. — Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, Fortsetzung der Abhandlung in BuschsZ. **34** 233 ff. und **36** 1 ff., ebenda **37** 401 ff.

§ 71. A. Zulässigkeit der Beschwerde. I. Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 664. Die herrschende Ansicht sieht dem § 22 gegenüber die Vorschrift des § 71 Abs. 1 Satz 2 als die maßgebende an und nimmt deshalb an, daß die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Berichtigungsantrags unzulässig ist, indem sie eine Zulassung der Beschwerde als eine Umgehung des § 71 Satz 1 betrachtet (**RG. 55** 404, KGJ. **26** A 80). Hieraus würde sich die Folge ergeben, daß zwar die zur Entscheidung in erster Instanz berufene Behörde nach GBO. § 22 auf den bloßen Nachweis der Unrichtigkeit zu einer Abänderung von unrichtigen Grundbucheinträgen, also zu derjenigen Maßnahme befugt sein soll, welche als so gefahrbringend erachtet worden ist, daß die Zulassung von Beschwerden gegen Einträge nicht gestattet wird, daß dagegen die höheren Instanzen, welche zu einer Korrektur der Entscheidungen der unteren Behörde berufen sind, gegen die Ablehnung der Entscheidungen der letzteren in den als besonders gefahrbringend erachteten Fällen keine Abhilfe schaffen dürfen. Welchen Sinn das Gesetz mit einer solchen Regelung verbinden sollte, ist nicht verständlich. Es wird vielmehr mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, welche vorschreibt, daß die Entscheidungen des Grundbuchamts über einen Berichtigungsantrag durch Rechtsmittel unanfechtbar sind, anzunehmen sein, daß die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags zulässig ist.

II. R. **08** II 712 Ziff. 3887 (BayObLG.). Gegen eine auf Anweisung des Beschwerdegerichts verfügte Eintragung ist nicht Beschwerde nach § 71 statthaft, vielmehr ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts weitere Beschwerde einzulegen. Wegen der gegenteiligen Entscheidung des KG. wird jedoch die Frage dem RG. überwiesen.

III. KGJ. **35** A 261 (KG.). Die Vormerkung über die Einleitung des Enteignungsverfahrens ist keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 GBO.

IV. a) ElsLothJZ. **08** 203, OLG. **17** 183 (Colmar). Die Beschwerdeführung gegen eine bestehende Eintragung trifft nur diejenigen Beschwerden, die sich

gegen das eingetragene Recht selbst richten, nicht aber diejenigen, welche nur eine andere Fassung der Eintragung bezwecken, ohne daß dadurch der materielle Inhalt der Eintragung berührt würde (OLG. **6** 437, **11** 5). **b)** Westphal, ZBlFG. **9** 125. Das Gesetz versagt die Beschwerde „gegen eine Eintragung" deshalb, weil durch sie oder im Vertrauen auf sie Rechte erworben sein könnten, die durch eine Beseitigung oder Änderung der Eintragung verletzt werden würden. Eine solche Änderung kommt nicht in Betracht, wenn es sich nur um Angabe der Namen von Erben im einzelnen an Stelle einer zusammenfassenden Bezeichnung handelt.

V. HessRspr. **9** 148 (Darmstadt). Der von dem Grundbuchamt eingetragene Vermerk, daß hinsichtlich der veräußerten Liegenschaften „Erbengemeinschaft" bestehe, erweist sich als eine „Eintragung" im Sinne des § 71 GBO. und zwar, da er ein dingliches Rechtsverhältnis bezeichnet, als eine solche, auf welche das Publizitätsprinzip des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB.) Anwendung findet. Eine Beschwerde hiergegen ist also nach § 71 GBO. Abs. 2 Satz 1 unzulässig, ohne Unterschied, ob mit der Beschwerde die Beseitigung oder die Änderung der Eintragung begehrt wird (**RG. 55** 407). Es ist dies auch der Fall bei unvollständigen, dem Antrage nur teilweise entsprechenden Eintragungen, falls die begehrte Abänderung sich auf einen Punkt bezieht, der unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs steht (vgl. Güthe, GBO. § 71 Nr. 7 Abs. 6).

B. Die Beschwerdeberechtigung. I. Der Begriff der Beschwerdeberechtigung. 1. *Unger, BuschsZ. **37** 412 ff. In Grundbuchsachen ist zur Beschwerdebefugnis ebenso wie in anderen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erforderlich und genügend, daß der Beschwerdeführer an der Angelegenheit beteiligt ist, und daß nach Lage der Sache im Falle einer anderen Beurteilung des Sach- oder Rechtsstandes eine ihm günstigere Verfügung möglich erscheint. Auch hier ist in Antragssachen gegen die Zurückweisung des Antrags nur der Antragsteller, dieser aber stets, befugt, und steht in Antragssachen dem, dessen Antrag entsprochen worden ist, die Beschwerde nicht zu.

2. *Unger, BuschsZ. **37** 401. Die mit Rechtsverhältnissen oder rechtlich bedeutsamen Stellungen verbundene Beschwerdebefugnis steht auch dem zu, der erst nach Erlassung der beschwerenden Verfügung Träger des Verhältnisses oder der Stellung geworden ist.

3. *Unger, BuschsZ. **37** 402. Zur Beschwerdebefugnis ist im allgemeinen nicht erforderlich, daß der Beschwerdeführer sich schon am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt hat.

II. Die Beschwerdeberechtigung der Vertreter und der Behörden. 1. Der Notar. KGJ. **35** A199, SeuffBl. **08** 643, R. **08** II 279 Ziff. 1665 (KG.). Der Notar ist in Grundbuchsachen zur Einlegung der Beschwerde im eigenen Namen nicht deswegen berechtigt, weil er wegen Beanstandung einer von ihm aufgenommenen oder beglaubigten Urkunde mit einem Schadensersatzanspruche rechnen muß.

2. Die rechtsgeschäftlichen Vertreter. **a)** SchlHolstAnz. **08** 279 (KG.). Ein Minderjähriger ist als Bevollmächtigter in Sachen freiwilliger Gerichtsbarkeit, insbesondere auch in Grundbuchsachen befugt, ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters Beschwerde für seine Vollmachtgeber zu erheben, bedarf aber zur Einlegung der Beschwerde im eigenen Namen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. **b)** *Unger, BuschsZ. **37** 447, 450. Gegen die Beanstandung seiner Vertretungsbefugnis ist der Vormund oder der Vorstand juristischer Personen sowie der Bevollmächtigte

zur Beschwerde nicht im eigenen Namen, sondern nur im Namen des Vertretenen befugt.

3. Die Behörden. a) KGJ. **35** A 266 (KG.). Behörden steht das Rechtsmittel der Beschwerde in Grundbuchsachen nur insoweit zu, als sie zur Vertretung der Beteiligten in ihren privatrechtlichen Interessen berufen oder für Ersuchen an die Grundbuchämter um Vornahme von Grundbuchakten zuständig sind; demgemäß ist das Vollstreckungsgericht im Falle der Ablehnung eines nach § 19 ZVG. gestellten Ersuchens um die Eintragung der Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zur Beschwerde berechtigt. **b)** *Unger, BuschsZ. **37** 404. Die einzelnen Behördenarten für gewisse Fälle vom Gesetz erteilte Befugnis, den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit um eine Handlung zu ersuchen, umfaßt auch die Befugnis zur Beschwerde gegen die Ablehnung des Ersuchens. **c)** Der Verzicht auf die Beschwerde. *Unger, BuschsZ. **37** 500 ff. Der vor Einlegung der Beschwerde erklärte Verzicht auf solche ist nicht bindend.

§ 74. *Huth, R. **08** 695. Neue Anträge sind im Beschwerdeverfahren unzulässig, unter einem verbessertem Antrage kann nur der nach Inhalt und Antragsteller alte, durch neue Tatsachen und Beweise gestützte, Antrag verstanden werden.

§ 75. 1. *Huth, R. **08** 695. Kommt das Grundbuchamt bei der nach § 75 anzustellenden Prüfung zu dem Ergebnisse, daß die Beschwerde unbegründet sei, gleichviel ob ausschließlich der alte oder ob ein im Sinne des § 74 verbesserter Antrag mit ihr geltend gemacht wird, so scheidet es mit Abgabe der Akten an das Beschwerdegericht endgültig aus dem Beschwerdeverfahren aus. Mit dieser devolutiven Wirkung der Beschwerde ist es unvereinbar, daß das Beschwerdegericht die Akten mit den erst bei ihm eingereichten verbesserten Unterlagen an das Grundbuchamt zur erneuten Prüfung in der Erwägung zurückgibt, dieses werde nunmehr weitere Bedenken nicht geltend machen und der Beschwerde abhelfen. Das Beschwerdegericht hat vielmehr selbst zu entscheiden. Und zwar hat es dann, wenn es der Beschwerde auf Grund neuer Unterlagen abhilft, dies in der Entscheidung zum Ausdrucke zu bringen und dem Beschwerdeführer die Kosten aufzulegen. ➼ Abw. sowohl du Chesne, ZBlFG. **9** 26 wie das OLG. Dresden, SächsOLG. **29** 356 (unten Ziff. 2 und 3). ⇜

2. du Chesne, ZBlFG. **9** 27. Es ist nirgendwo gesagt, daß die eventuelle Abhilfepflicht des Grundbuchamts nur durch Einreichung des Antrags (der Beschwerde) bei ihm selbst begründet werde und daß sie nicht noch nach dem Eingange der Beschwerde beim Beschwerdegerichte begründet werden könnte, bzw. daß sie, wenn sie nicht sogleich bei Einlegung der Beschwerde zur Entstehung gelange, dann überhaupt nicht mehr entstehen könnte. Vielmehr kann sie durch Zugehen von seiten des Beschwerdeführers unmittelbar oder von seiten des Beschwerdegerichts so lange begründet werden, als der erhobenen Beschwerde noch nicht vom Grundbuchamt oder Beschwerdegericht abgeholfen ist, denn solange besteht die Beschwerde im Sinne des § 75 GBO.

3. SächsOLG. **29** 358 (Dresden). Das Landgericht ist befugt, mit Rücksicht auf die erfolgte Einreichung neuer Eintragungsgrundlagen die Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen und die Akten zur Entschließung an das Amtsgericht zurückzugeben. Mit dem Eingange der Akten beim Grundbuchamte gelangen zugleich die dem Landgericht überreichten Urkunden mit den darin gestellten Anträgen an das Grundbuchamt, und dieses ist ebenso berechtigt wie verpflichtet, auf die Anträge unter Berücksichtigung der Urkunden Entschließung zu fassen,

wie wenn die Einreichung der Urkunden unmittelbar an das Grundbuchamt erfolgt wäre.

§ 77. I. Der Beschwerdeantrag. du Chesne, BayNotZ. **08** 37. Dem zurückgewiesenen ersten Antrage darf nur ein solches Verlangen hinzugefügt werden, das sich auf die bereits von dem erstinstanzlichen Antrage betroffene Rechtslage bezieht, nicht ein solches, das sich auf ein anderes Recht bezieht, selbst wenn ein materieller Zusammenhang zwischen ihnen vorhanden ist. So würde dem abgelehnten Antrag auf Eintragung einer Hypothek im Beschwerdeverfahren hinzugefügt werden können der Antrag, auch die Unterwerfungsklausel oder eine Nebenleistung mit einzutragen, nicht dagegen der, neben der Hypothek noch eine besondere Kautionshypothek für etwaige aus dem Schuldverhältnisse sich ergebende Schädenforderungen (s. dazu OLG. **14** 93) einzutragen, weil diese einen besonderen neuen Schuldgrund voraussetzen würden. Selbstverständliche Voraussetzung ist hierbei, daß alles dies bereits in der ursprünglichen Eintragungsbewilligung bewilligt war.

II. Die Art der Entscheidung. 1. Zurückverweisung. *Huth, R. **08** I 699. Eine Zurückverweisung ist zulässig dann, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde zwar für begründet erachtet, in tatsächlicher Beziehung aber weitere Ermittelungen für erforderlich hält. Dann hat es dem Unterrichter durch eine mit Gründen versehene und dem Beschwerdeführer bekannt zu gebende Entscheidung die erforderlichen Anweisungen zu geben. Der Unterrichter ist (§ 565 Abs. 2 ZPO., **RG. 53** 315, insbesondere 318) an die der Entscheidung des Beschwerdegerichts zugrunde liegende Beurteilung der Rechts- und Tatfrage gebunden.

2. Zwischenverfügung. du Chesne, Prozeßgang 31. Das Beschwerdegericht kann zufolge seiner Prüfungsbefugnis dem Antragsteller anheimgeben, noch weitere Eintragungsgrundlagen im weiteren Sinne bzw. Nachweise für ihr Vorhandensein beizubringen; es kann ihm auch hierzu eine Frist setzen, da dies nirgendwo verboten ist. Aber diese Verfügung bleibt prozeßleitender Natur und wird nicht zur Zwischenverfügung im engeren Sinne.

III. Die Begründung der Entscheidung. 1. KGJ. **35** A 232 (KG.). Durch die Beschwerde ist das Landgericht an Stelle des Amtsgerichts mit der Entscheidung über den Antrag in seinem ganzen Umfang und unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten, sogar nach § 74 GBO. mit der Beurteilung der neu vorgebrachten Tatsachen befaßt. Es ist deshalb berechtigt, auch solche Bedenken seiner Entscheidung zugrunde zu legen, welche von dem Amtsgerichte nicht angeführt sind (OLG. **10** 28, Güthe, GBO. § 76 Anm. 5, Predari, GBO. 707).

2. KGJ. **35** A 202, R. **08** II 526 Ziff. 2973, SeuffBl. **08** 640, ZBlFG. **9** 113 Ziff. 114a (KG.). Wird gegen die einen Eintragungsantrag beanstandende Zwischenverfügung mit dem Antrage Beschwerde eingelegt, das Grundbuchamt zur Vornahme der Eintragung anzuweisen, so ist das Beschwerdegericht auf die Berücksichtigung des vom Grundbuchamt erhobenen Bedenkens nicht beschränkt, kann vielmehr den Beschwerdeantrag auch aus anderen Gründen ablehnen.

§ 78. 1. ElsLothJZ. **08** 94 (Colmar). Die weitere Beschwerde darf nicht auf neue, wenn auch sofort erweisliche, Tatsachen, sondern nur auf Gesetzesverletzung gestützt werden.

2. KGJ. **36** A 149, ZBlFG. **9** 330 Ziff. 312, DJZ. **08** 1172 (KG.). Der Beschluß eines Landgerichts, durch den das Grundbuchamt auf erhobene Beschwerde angewiesen ist, von seinen Bedenken gegen eine bei ihm beantragte Eintragung Abstand zu

nehmen, kann von einem dritten Beteiligten nicht mehr mit der weiteren Beschwerde angefochten werden, nachdem das Grundbuchamt anweisungsgemäß eingetragen hat. Der Dritte kann nur gemäß §§ 71, 54 GBO. Anweisung des Grundbuchamts verlangen und gegen Zurückweisung der Beschwerde weitere Beschwerde einlegen.

3. ZBlFG. **9** 330 Ziff. 311, HessRspr. **9** 101 (Darmstadt). Die Voraussetzungen der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde bestimmen sich schlechthin nach dem Zeitpunkt ihrer Einlegung, so daß bei einer bloß tatsächlichen Änderung auch über den Kostenanspruch nach der zur Zeit der Einlegung bestehenden Rechtslage zu entscheiden ist.

§ 79. 1. KGJ. **35** A 204, SeuffBl. **08** 640 (KG.) Eine gelegentliche Meinungsäußerung kann zur Anwendung des § 79 Abs. 2 GBO. nicht führen (vgl. Güthe § 79 Anm. 13; auch **RG. 26** 443, **31** 133, **44** 263).

2. ElsLothJZ. **08** 304 (Colmar). Die GBO. gilt in den Bezirken, wo das Grundbuch noch nicht angelegt ist, nicht als Reichsrecht, sondern als Landesrecht. Bei einem Gegensatze mit der Entsch. eines anderen OLG. entfällt daher die Anwendbarkeit des § 79 GBO.

§ 80. 1. R. **08** II 345 Ziff. 2068 (BayObLG.). Nur derjenige Notar ist beschwerdeberechtigt, der tatsächlich einen Antrag bei dem Gericht erster Instanz gestellt hat. Es genügt nicht, daß er dazu gesetzlich ermächtigt gewesen war oder daß er in die Urkunde selbst aufgenommene Parteianträge dem Gerichte (Grundbuchamt) lediglich vorgelegt hat.

2. du Chesne, Prozeßgang 37 ff. Kann das Landgericht seine Entscheidung nicht einmal auf weitere Beschwerde abändern, so wird man daraus den Schluß ziehen müssen, daß es einem bloßen Abänderungsantrage gegenüber erst recht an seine Entscheidung gebunden ist. Anders das Grundbuchamt; bei ihm bedeutet ein neuer Antrag Einleitung eines anderen selbständigen Verfahrens. Ein solches kann aber nicht durch Anrufung des Beschwerdegerichts eingeleitet werden, zumal dies neue Tatsachen nur ergänzungsweise beachten kann. — Fehlt in der zweitinstanzlichen Entscheidung eine Würdigung der Eintragungsgrundlagen überhaupt, etwa weil die zweite Instanz mangels einer Prozeßvoraussetzung oder mangels vorschriftsmäßiger Besetzung nicht auf die Sache selbst eingegangen ist, so hat die dritte Instanz, wenn sie die zweitinstanzliche Entscheidung aufhebt, das Recht und die Pflicht, die Sache zur Nachholung einer Entschließung über den Sachantrag an die zweite Instanz zurückzuverweisen. Erst wenn die zweite Instanz nunmehr die sachliche Würdigung und Entschließung nachgeholt hat, kann im Wege nochmaliger weiterer Beschwerde die rechtliche Überprüfung dieser Entscheidung herbeigeführt werden. — Eintragungsentschließung und Ablehnung der dritten Instanz wirken Rechtskraft insofern, als sie das schwebende Eintragungsverfahren beendigen. — Die Gestattung eines an das drittinstanzliche Gericht selbst zu richtenden Abhilfeverlangens würde die Einführung eines im Gesetze nicht vorgesehenen weiteren eigenartigen Rechtsmittels bedeuten. Ebensowenig kann das Gericht der weiteren Beschwerde auf Grund rechtlicher Erwägungen, die nach Zustellung seiner Entscheidung ohne Zutun der Beteiligten in ihm selbst auftauchen, seine Entscheidung abändern. — Eine Zwischenverfügung ist dem drittinstanzlichen Eintragungsverfahren schon deshalb unbekannt, weil sie auf Beibringung neuer tatsächlicher Unterlagen gerichtet ist, die vom Verfahren der weiteren Beschwerde ausgeschlossen sind. Dagegen können Sicherungsmittel der in §§ 18, 76 GBO. gedachten Art, wenn das in dritter Instanz geltend gemachte Eintragungsverlangen durch Konkurrenz anderer Anträge gefährdet wird, unbedenklich auch von der dritten Instanz angeordnet werden.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 88. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 35. Nichtbeachtung des § 88 hat die Ungültigkeit des Grundbuchs zur Folge.

§ 89. *Sawitz, Inhalt des Grundbuchs nach § 892 BGB. 34. Nichtbeachtung des § 89 bringt die Ungültigkeit des Grundbuchs nicht mit sich.

§ 90. 1. R. **08** II 526 Ziff. 2977, ElsLothNotZ. **08** 213, ElsLothJZ. **08** 253 (Colmar). Wenn ein vom Buchungszwange befreites Grundstück durch Veräußerung ganz oder teilweise auf einen Erwerber übergeht, dessen Grundeigentum buchungspflichtig ist, so erfolgt die Eintragung direkt auf das Blatt des Erwerbers, ohne daß es vorher auf den Namen des Veräußerers eingetragen zu werden braucht (aM. WürttZ. **50** 200 [Stuttgart]).

2. *Poll, MecklZ. **26** 313. Für den Erwerb des Eigentums an einem bisher ungebuchten Grundstücksteil ist nicht die Eintragung zum Grundbuche des verkleinerten Grundstücks, sondern diejenige zum Grundbuche des Trennstücks selbst, bzw. des Grundstücks, mit dem es vereinigt werden soll, maßgebend (vgl. Güthe, GBO. § 90 Anm. 27).

§ 91. 1. R. **08** I 94 über die Anlegung der Grundbücher in Elsaß-Lothringen.

2. SchlHolstAnz. **08** 263 (LG. Altona). Der Eigentümer eines im Grundbuche nicht eingetragenen, aber dem Buchzwang unterliegenden Grundstücks kann nicht durch Ordnungsstrafe angehalten werden, die Anlegung des Grundbuchs für dieses Grundstück zu beantragen. Zur Anlegung des Grundbuchs für ein solches Grundstück bedarf es des Antrags des Grundeigentümers überhaupt nicht.

§§ 93 ff. Zur Auslegung der preuß. AV. vom 20. November 1899. 1. **Zu § 10 AV.** *Bendix, ABürgR. **32** 169. Bei der Eintragung des Verzichts darf der Eigentümervermerk nicht gelöscht werden, sondern erst bei der Eintragung des Fiskus oder seines Rechtsnachfolgers. Die Eintragung des Verzichts erfolgt in folgender Form: „Der Eigentümer hat den Verzicht am 15. Januar 1912 erklärt. Eingetragen am 16. Januar 1912." Die formelle Behandlung des Verzichts nach der preußischen Grundbuchverfassung steht im Widerspruche mit dem materiellen Rechte und führt zu der praktisch unmöglichen Konsequenz, daß eine Löschung der Verzichtseintragung nicht vorgesehen und daher formell nicht durchführbar ist. Der Verzicht ist Verfügungsbeschränkung und müßte in Abt. II statt in Abt. I eingetragen werden wie in vielen anderen deutschen Bundesstaaten.

2. **Zu § 18 AV.** KGJ. **36** A 191, R. **08** I 551 (KG.). Wird bei der Auflassung eines Grundstücksteils oder eines von mehreren auf einem gemeinschaftlichen Blatte eingetragenen Grundstücken von dem Erwerber neben der Eintragung seines Eigentums zugleich die Zuschreibung des aufgelassenen Stückes als Bestandteil zu seinem im Bezirk eines anderen Grundbuchamts liegenden Grundstücke beantragt, so hat zunächst das bisher zuständige Grundbuchamt den Erwerber als Eigentümer einzutragen und zu diesem Zwecke ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen. Erst wenn dies geschehen ist, hat das andere Grundbuchamt über den Antrag auf Zuschreibung zu entscheiden.

3. **Zu § 20 AV.** Rolffs, R. **08** 645, 677. In Preußen ist bei der Umschreibung eines unübersichtlich gewordenen Blattes dieses zu schließen; das umgeschriebene Blatt erhält daher eine neue Nummer (aM. die daselbst angeführte Verfügung des preuß. Justizministers vom 27. August 1907, Citron, JDR. **6** zu §§ 93 ff. Ziff. I 2 und Güthe, GBO. II 1394, auch Sauerlandt, ZBlFG. **9** 11). Die Umschreibungsvermerke in der Aufschrift

können lauten auf dem alten Blatte: „Dieses Blatt ist wegen Unübersichtlichkeit nach Bd. . . . Bl. . . . umgeschrieben am . . . .“, auf dem neuen Blatte: „Auf Bd. . . . Bl. . . ., wegen Unübersichtlichkeit hierher umgeschrieben, wird verwiesen.“ S. ferner die eingehenden Erörterungen von Sauerlandt, ZBlFG. **9** 9 ff.: Zur Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher in Preußen.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: Die Förderung, welche die freiwillige Gerichtsbarkeit durch Rechtslehre und Rechtsprechung der beiden letzten, vom diesmaligen Bericht umfaßten Jahre erfahren hat, ist gleichmäßig in einer Vertiefung der Grundlehren des Verfahrens wie in dem Ausbaue von Einzelheiten hervorgetreten. In beiden Richtungen verdankt die Rechtsentwickelung das Wertvollste der Arbeit Ungers über die Rechtsmittel, die nunmehr ihrem Abschluß entgegengeht und deren Fortsetzung auch diesmal in einer Reihe dankenswerter Selbstberichte gebracht ist, sowie den zahlreichen Aufsätzen Josefs, deren jüngster und interessantester sich mit Unger über „neuere Streitfragen aus dem Beschwerderecht“ auseinandersetzt. Von einzelnen dieser Streitpunkte hat insbesondere das Beschwerderecht des Rechtsnachfolgers (§ 20 Ziff. IV g) und der Einfluß der lediglich formellen Verfahrensbeteiligung gewisser Behörden auf das Beschwerderecht des materiell Beteiligten zu einer gegensätzlichen Stellungnahme beider Schriftsteller Anlaß gegeben. Daß Josef kaum an einer in Literatur oder Praxis hervorgetretenen Frage des allgemeinen Teiles vorübergegangen ist, ohne sie in der ihm eigenen Weise zu vertiefen oder zum Ausgangspunkte von Erörterungen allgemeinen Inhalts zu machen, bedarf bei der bekannten Vielseitigkeit und Gründlichkeit dieses Schriftstellers keiner Hervorhebung mehr; die Literaturangaben zu den §§ 12 u. 20 bieten hierfür deutliche Belege. — Auch in Vormundschaftssachen haben vorwiegend Fragen des Beschwerderechts, wie der Begriff des rechtlichen und berechtigten Interesses, das Beschwerderecht in Angelegenheiten, die die Sorge für die Person und das Vermögen betreffen (s. zu § 57), eingehende Behandlung erfahren. — In Nachlaßsachen, bei denen auf v. Hugos Schrift über die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts hinzuweisen ist, sind Verfahrensvorschriften der Erbauseinandersetzung durch v. Amelunxen und Josef erläutert (s. zu §§ 86 ff.). — In Registersachen bringt die Literatur Beiträge zum Ordnungsstraf- und Offiziallöschungsverfahren. — Aus der Literatur über die Beurkundung von Rechtsgeschäften ist in erster Linie das Werk von Franz über das deutsche Notariat zu nennen, das im ersten Teile unter anderem einen Kommentar zu den §§ 168—186 FGG. von einer Ausführlichkeit bietet, wie sie diesen Gesetzesbestimmungen bisher nicht zuteil geworden ist. Anregungen de lege ferenda sind in den Verhandlungen des Wiener Notar-Kongresses vom 7. September 1907 (StenBer., DNotV. **07** 537 ff.) enthalten, insbesondere Vorschläge zur Erreichung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde. Der Einschätzung, welche die sachliche Unrichtigkeit formeller Feststellungen in der Praxis gefunden hat, ist Weißler (§ 176) entgegengetreten. Die Art und Weise dieser Feststellungen bildet das Thema mehrerer Erörterungen, die zum Teil durch die bisherige — nunmehr aufgegebene — rigorose Ansicht des KG. über die Identitätsfeststellung hervorgerufen sind. Die Bestimmungen des § 179 über den Dolmetscher sind von Heß eingehend kommentiert worden. Auf dem Gebiete der Unterschriftsbeglaubigung hat die gelegentlich im Berliner Notarverein angeregte Frage, ob eine gesetzliche Behinderung der Urkundsperson auch aus dem Inhalte des beglaubigten Schriftstücks entnommen werden kann, nicht nur zu einer anregenden Auseinandersetzung zwischen Meyßner, Neumann, Rausnitz und Weißler, sondern im weiteren Verlaufe durch Buschs und Josefs Erörterungen auch zu einer

Klärung des Wesens der Beglaubigung und zu einer Wiederaufnahme des Streites über die Beglaubigung von Blankettunterschriften geführt (§ 183).

In der Rechtsprechung hat sich mehr und mehr eine die Überspannung der Formenstrenge ablehnende Auffassung Bahn gebrochen. Besonders unter dem Einflusse höchstrichterlicher Judikatur ist wiederholt betont worden, daß in der FG. an erster Stelle die materiellen Interessen der Beteiligten stehen und daß das Charakteristische des Verfahrens gerade in seiner Elastizität liegt, die sich diesen Interessen anzupassen hat. Erfreuliche Anwendungsfälle dieser Auffassung finden sich in der Gewährung der Rechtshilfe zur Vernehmung des unehelichen Vaters, in der Zulassung der Bekanntmachung von Verfügungen nach Wahl an den Bevollmächtigten oder an die Partei, in der Gestattung telegraphischer Beschwerde, in der jetzt anerkannten Befugnis des Beschwerdegerichts zur Zurückverweisung zwecks weiterer Ermittelungen und in der neuerlichen Ansicht des KG. über die Identitätsfeststellung. Ob die zu § 175 Ziff. 1 c gebrachte Entscheidung des RG., nach der die Gültigkeit einer Urkunde durch die wahrheitswidrige Beurkundung gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragschließenden nicht beeinträchtigt wird, den erfreulichsten Ausfluß liberaler Handhabung von Formvorschriften oder ein Zeichen allzugroßer Nachsichtigkeit bedeutet, mag zweifelhaft scheinen.

Literatur: Dubek und Lindemann, Kommentar (unter Mitwirkung von Ebert) (2). Breslau 1908. — Fuchs, Kommentar (2). Tübingen 1907. — Josef, Die deutschen Schutzgebiete als Inland und Ausland in der FG., R. **08** 563. — Derselbe, Unrichtige Anwendung des Gesetzes als fahrlässige Verletzung der Amtspflicht in der FG., ZBlFG. **8** 1 ff. — Derselbe, Der Schiedsvertrag in der FG., R. **07** 755. — Derselbe, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts: Die Zuständigkeit im Streite um Kinder geschiedener Gatten, ZBlFG. **7** 853. — Derselbe, Neuere Streitfragen zum Beschwerderecht in der FG., ZBlFG. **9** 485 ff. 1. Formelle Beteiligung am Verfahren; ihr Einfluß auf das Beschwerderecht des materiell Beteiligten (485—490). 2. Der Übergang des Beschwerderechts auf den Rechtsnachfolger (490 bis 493). 3. Der Nachweis der Bevollmächtigung bei der sofortigen Beschwerde. Auftraglose Geschäftsführer (493—499). 4. Sofortige Beschwerde und Rechtskraft der Verfügung, bei Nichtigkeit der Verfügung und bei versagter Bestätigung des Wahlkindschaftsvertrags (499—502). 5. Beschwerderecht bei Angelegenheiten, die die Person, die die Sorge für die Person und die das Vermögen betreffen. Beschwerderecht in strafprozessualen Pflegschaften und gegen Beschlüsse des Familienrats (502—515). — Keidel, Kommentar (2). München 1907. — v. Schneider, Textausgabe mit Anm. (3). München 1908. — Unger, BuschsZ. **37** 401 ff.: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht; Fortsetzung der Abhandlung in BuschsZ. **34** 233 ff., **36** 1 ff.

Übersichten. a) Über die Rechtslehre: Josef, R. **07** 613, 683 (2. Halbjahr 1906), 1357 (1. Halbjahr 1907), R. **08** 180 (2. Halbjahr 1907). — Weißler, DNotV. **07** 406, **08** 354 (Urkundwesen). — b) Über die Rechtsprechung: Birkenbihl, BuschsZ. **36** 443 (für 1903 und 1904). — du Chesne, ZBlFG. **7** 528, 721, 831, **8** 53, 153, 257, 496, 620, 781, **9** 33, 108, 157, 321, 413. — Josef, DNotV. **07** 278 (vielfach mit kritischen Bemerkungen). — Kretzschmar, Besprechungen der RG.-Entscheidungen auf dem Gebiete der FG., ZBlFG. **7** 645 (Band 62), 801 (Band 63), **8** 309 (Band 64), 524 (Band 65). — Schultze-Görlitz, DNotV. **08** 750 (Registersachen). — Weißler, DNotV. **07** 314, **08** 80, 479 (Nachlaßsachen); DNotV. **07** 679, **08** 395, **09** 70 (Urkundsachen).

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. Josef, R. **08** 563 ff. Auf dem Gebiete der FG. sind die deutschen Schutzgebiete als Inland anzusehen, wenn nach Sinn und Zweck der anzuwendenden Einzelvorschrift der Gegensatz zwischen Inland und Ausland abzustellen ist auf den Gegensatz zwischen inländischen und ausländischen Behörden sowie zwischen deutschem und fremdem Rechte. Die Schutzgebiete sind daher z. B. Inland für die Anwendung des § 2369 BGB., der §§ 46, 66, 97 Abs. 2, 184 FGG. Dagegen sind die Schutzgebiete Ausland überall, wo der Gegensatz zwischen Inland und Ausland abzustellen ist auf den Unterschied der örtlichen Entfernung und der hierdurch bedingten Schwierigkeit des Verkehrs, so z. B. in den Fällen der §§ 1944, 1954 Abs. 3, 1807 BGB. sowie der §§ 36, 73 FGG.

2. Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß. a) Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte vor dem Prozeßgerichte: Josef, BuschsZ. **37** 42 ff. bereits JDR. **6** § 141 BGB. Ziff. 1. **b)** Zuständigkeit im Streite um Kinder: Hedemann, R. **07** 96 bereits JDR. **6** § 1636 BGB. Ziff. 2; Josef, ZBlFG. **7** 853 bereits JDR. **6** § 1635 BGB. Ziff. II. **c)** Erzwingung von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts über den Verkehr geschiedener Ehegatten mit den Kindern; vgl. oben § 1636 BGB. Ziff. 4, insbesondere KGJ. **36** A 6 (wie **RG. 63** 236) oben § 1636 BGB. Ziff. 4b.

3. Josef, ZBlFG. 8 1 ff. a) Die Beamten der FG. stehen den Entscheidungen der oberen Gerichte grundsätzlich selbständig gegenüber; sie haben aber die Pflicht, für die sichere Ausgestaltung der Privatrechtsverhältnisse zu sorgen, und zwar in einer tunlichst die Interessen der Beteiligten wahrenden Weise. Es erscheint als eine Amtspflichtverletzung, wenn die Beamten der FG. bewußt abweichen von obergerichtlichen Entscheidungen, die auf ständiger und unbestrittener Rechtsprechung beruhen oder von Entsch. des RG., die auf Grund des § 79 GBO. und § 28 FGG. ergangen sind. b) Eine lediglich auf Unkenntnis der obergerichtlichen Rechtslehre beruhende Ansicht des Richters oder Notars kann grundsätzlich nicht als fahrlässige Amtspflichtverletzung erachtet werden. Das Gegenteil gilt, soweit vorliegt: α. Unkenntnis einer ständigen Rechtsprechung, β. Unkenntnis der auf Grund des § 79 GBO. und des § 28 FGG. ergangenen Entscheidung des RG.; die Nichtanwendung dieser muß der Richter und der Notar rechtfertigen, wobei insbesondere die Kürze der Zeit seit der Veröffentlichung in Betracht kommt. c) Bei der Urkundstätigkeit hat der Richter und der Notar zur gesicherten Begründung von Rechten mitzuwirken, daher in Zweifelsfragen stets der Meinung zu folgen, die die strengeren Formerfordernisse verlangt. d) Verstöße gegen klare und zweifelsfreie Vorschriften sind unter allen Umständen zu vertreten.

4. Weißler, DNotV. **07** 411, verneint gegen Unger, JDR. **5** Ziff. I 2, die Frage, ob die Beurkundung von Rechtsgeschäften den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen ist, hauptsächlich weil auch schon nach früherem Rechte die gerichtliche oder notarielle Beurkundung für gewisse, z. B. aktienrechtliche Geschäfte vorgeschrieben war, ohne daß damals hierdurch den Gerichten die Beurkundung durch Reichsgesetz übertragen war. An diesem Rechtszustand ist durch das BGB., das solche Beurkundungen lediglich in weiterem Umfange vorschreibt, nichts geändert.

§ 2. Literatur: Bauer, Verhältnis zwischen dem Nachlaßgericht und dem Hypothekenamte. Begriff der Rechtshilfe, BayRpflZ. **08** 415. — Josef, Rechtshilfesachen der FG. im Lichte der Praxis, R. **08** 115. — Derselbe, Rechtshilfe zur Erzwingung der Herausgabe eines Kindes, ZBlFG. **9** 169. — v. Warnstedt, Zu § 2 FGG., R. **08** 241.

I. Allgemeines. 1. a) Josef, R. **08** 115 ff. Wenn § 2 FGG. die Anwendung des § 160 GVG. vorschreibt, also das OLG. für zuständig zur Entscheidung bei Rechtshilfeverweigerung erklärt, so tritt diese Zuständigkeit natürlich nur ein für das Geltungsgebiet des § 2, also nur bei reichsgesetzlichen Angelegenheiten der FG. Wo dagegen die Rechtshilfe außerhalb des Geltungsgebiets des § 2 erfolglos nachgesucht ist, fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, daß gleichfalls das OLG. zu entscheiden habe, ob auf Grund Staatsvertrags oder Herkommens eine Rechtshilfepflicht bestehe. Hier kann also das ersuchende Gericht nur entweder direkt bei der Aufsichtsbehörde des ersuchten Gerichts vorstellig werden oder auch die diplomatische Vermittelung der Landesjustizverwaltung in Anspruch nehmen. **b)** Josef, R. **08** 115 ff. Obwohl die Vormundschafts- und Registersachen unter § 2 FGG. fallen und in diesem die §§ 161, 162 GVG. mitangezogen sind, ist doch andererseits gerade die Zwangsvollziehung von der reichsgesetzlichen Regelung ausdrücklich ausgeschlossen. Man kann nicht (mit Schultze-Görlitz Anm. 3 zu § 2, Nußbaum, FG. 38) daraus, daß für derartige Vorschrif-

ten der § 200 FGG. absichtlich Raum läßt, folgern, daß diese landesgesetzlichen Vorschriften als Teile des FGG. anzusehen sind, so daß also die Zwangsvollziehung nur einen Teil der (unter § 2 fallenden) Vormundschafts- und Registersachen bilde, sondern man muß umgekehrt mit Jastrow (22) sagen: weil die Zwangsvollziehung von der reichsgesetzlichen Regelung ausgeschlossen ist, ist sie auch nicht ein Teil der betreffenden reichsgesetzlichen Angelegenheit (§ 1). Auf ein Ersuchen um Zwangsvollziehung ist mithin § 2 FGG. und folgeweise auch die Bestimmung des § 160 GVG. im Verhältnisse der verschiedenen Bundesstaaten untereinander mangels besonderer Staatsverträge nicht anwendbar (vgl. auch unten Ziff. II f). **c**) Bauer, BayRpflZ. **08** 415 (unter Mitteilung einer Entsch. des OLG. Nürnberg). Ein Fall der Rechtshilfe liegt nicht vor, wenn das Nachlaßgericht den Antrag des Erben, die Nachlaßgrundstücke auf seinen Namen umzuschreiben, dem zuständigen Grundbuchamte mit dem Ersuchen um Vornahme der Eintragung übermittelt. Denn das Ersuchen betrifft keine Amtshandlung, die an sich zur sachlichen Zuständigkeit des ersuchenden Nachlaßgerichts gehört, sondern lediglich die Übermittelung eines Antrags des Beteiligten an das zur Entscheidung darüber allein zuständige Grundbuchamt. **d**) Eppenauer, BayRpflZ. **07** 63, warnt vor der Inanspruchnahme des ersuchten Richters lediglich zum Zwecke der Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen, hält aber die Ablehnung eines solchen Ersuchens trotz § 16 FGG. für unzulässig (aM. JDR. **5** Ziff. I 2 g [Cassel]; gegen diese Entsch. auch Josef, DNotV. **07** 280). **e**) Stumpf, HessRspr. **8** 78. Die Rechtshilfe in Grundbuchsachen zwischen den Bundesstaaten ist nicht durch das FGG., sondern lediglich durch die einzelnen Staatsverträge geregelt (vgl. JDR. **6** GBO. zu §§ 13 ff. Ziff. IV 1).

2. Rechtsprechung. **a**) OLG. **14** 328, R. **07** 258 Ziff. 512 (Cassel). Die Zuständigkeit des OLG. zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Rechtshilfeweigerung ist außerhalb des Geltungsgebiets des § 2 jedenfalls dann nicht begründet, wenn der Staatsvertrag, auf den sich das Rechtshilfeverlangen gründet, über die Zuständigkeitsfrage nichts sagt (aM. OLG. **14** 328 [Frankfurt] ohne Eingehen auf die Frage; s. auch oben Ziff. 1). **b**) OLG. **17** 41, R. **08** II Ziff. 397 (Cassel). Dem Ersuchen, eine Person über die Genehmigung zu einer in ihrem Namen von einem anderen abgegebenen Auflassungserklärung zu vernehmen, braucht das ersuchte Gericht nicht zu entsprechen. Es liegt keine Handlung vor, die sachlich in den dem ersuchenden Gerichte gesetzlich zugewiesenen Geschäftskreis fällt. **c**) ElsLothNotZ. **08** 226 (Colmar). Im Verfahren betreffend die Anlegung des Grundbuchs darf das Anlegungsgericht vom zuständigen Nachlaßgerichte die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung und Ausstellung des zur Berichtigung erforderlichen Erbscheins im Wege der Rechtshilfe verlangen. **d**) Rechtshilfepflicht in Grundbuchsachen verneint RheinA. **103** 130 (Düsseldorf), bejaht OLG. **14** 329 Anm. 1 (Frankfurt) und ThürBl. **55** 67 (Jena). Näheres zu §§ 13 ff. GBO. **e**) RheinA. **105** I 203 (Cöln). Über die Weigerung eines AG., einer Berufsgenossenschaft Rechtshilfe zu leisten, entscheidet gemäß § 144 GewUVG., § 160 GVG. das OLG. (anders JDR. **5** Ziff. I 2 i [KG.]). **f**) SächsRpflA. **08** 247 (Dresden). a) Eine Entscheidung über Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der vorzunehmenden Handlung steht dem ersuchten Gerichte nicht zu. b) Eine auf Ersuchen beurkundete Willenserklärung muß klar erkennen lassen, ob sie in eigenem oder fremdem Namen abgegeben ist. **g**) Erstattung von Kosten der Rechtshilfe zwischen Bundesstaaten. α. Vereinbarte Grundsätze darüber ZBlFG. **7** 844; PrAVf. vom 7. März 1907, JMBl. **07** 55. β. SeuffBl. **07** 726 wird die Entsch. eines LG. mitgeteilt, die ausführt, daß die zufolge Vereinbarung der Bundesregierungen in Angelegenheiten der FG. geltenden Grundsätze über die Kostenerstattung bei Rechtshilfe zwischen verschiedenen Bundesstaaten auch dann Anwendung finden, wenn nach den Landesgesetzen andere als gerichtliche Behörden zuständig sind, sofern nur die Angelegenheit gemäß

den Gesetzen des Staates, von dem das Ersuchen ausgeht, vor die Gerichte gehört. Voraussetzung ist aber, daß die Erledigung des Ersuchens durch eine gerichtliche Behörde erfolgt (für Bayern).

II. Vormundschaftssachen. a) **RG. 67** 416, DNotV. **08** 412, R. **08** II Ziff. 1443 (unter Aufgabe der bisherigen Praxis, vgl. **RG. 57** 398). Das Vormundschaftsgericht darf die Rechtshilfe eines auswärtigen Amtsgerichts dafür in Anspruch nehmen, daß dieses den außerehelichen Erzeuger eines bevormundeten Kindes vorlädt und ihn über die Anerkennung der Vaterschaft, über die Verpflichtung zur Entrichtung von Unterhaltsbeträgen sowie über seine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung vernimmt (zustimmend besprochen von Müller, DJZ. **08** 589). Ebenso **RG.** JW. **08** 254 und PosMSchr. **07** 168. b) Durch **RG. 67** 416 (s. zu a) aufgehoben R. **08** II Ziff. 396 u. 839 (Cassel; gegen letzteren Beschluß im wesentlichen mit denselben Gründen wie das **RG.** v. Warnstedt, R. **08** 241), überholt R. **07** 984 Ziff. 2381 (Cassel), das die Rechtshilfe überhaupt versagte, und RheinA. **105** I 94 (Düsseldorf), das zwar die Vernehmung des außerehelichen Schwängerers über Anerkennung der Vaterschaft und Erfüllung der Unterhaltspflicht, nicht aber die Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde hierüber im Wege der Rechtshilfe gewährte. Wie **RG. 67** 416 schon OLG. **14** 329 (Frankfurt). c) Freudenthal, R. **07** 113. Die Weigerung des ersuchten Gerichts, vollstreckbare Ausfertigung eines von ihm auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts beurkundeten Unterhaltsversprechens des Vaters eines unehelichen Kindes zu erteilen, kann nicht im Wege des gegen Ablehnung eines Rechtshilfeersuchens gegebenen Rechtsmittels beseitigt werden. Es handelt sich nicht um Rechtshilfe, deren Subjekte die Gerichte sind, sondern um bloße Übermittelung eines vom Vormunde selbst nach § 576 ZPO. bei dem ersuchten Gerichte zu stellenden Antrags. Ebenso ElsLothNotZ. **07** 30 (Colmar). d) Frankf. Rundsch. **41** 49 (Frankfurt). Das Ersuchen, die Kindesmutter zu befragen, ob das Kind ihr erstes sei, wo die Vormundschaft über etwaige ältere Kinder geführt werde, ob sie selbst Vormund werden wolle, wo sie zur Zeit der Niederkunft ihren Wohnsitz gehabt habe, ist vom ersuchten Gerichte, bei Nichterscheinen der Mutter nötigenfalls mit den Zwangsmitteln des § 33 FGG., Art. 15 PrFGG., auszuführen. e) Sächs. OLG. **29** 49 (Dresden). Das Ersuchen des Vormundschaftsgerichts um eidliche Vernehmung der Kindesmutter als Zeugin über die Person des außerehelichen Vaters ist abzulehnen. f) ZBlFG. **8** 555 (Naumburg). Die Vollstreckung der Anordnung eines sächsischen Vormundschaftsgerichts auf Herausgabe eines Kindes kann im Wege der Rechtshilfe derart verlangt werden, daß die Gerichtsschreiberei des ersuchten preußischen Gerichts einem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zwangsvollstreckung zu erteilen hat. — Zustimmend Frese aaO. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung ist zwar nicht den Gerichten durch Reichsgesetz übertragen, wohl aber mit der Übertragung der vormundschaftsgerichtlichen Verrichtungen das Recht und die Pflicht, für die Vollstreckung der Verfügungen Sorge zu tragen, die erforderlichen Vollstreckungshandlungen bei den landesgesetzlich dazu bestellten Organen zu veranlassen und so die Ausführung der Zwangsvollstreckung zu erwirken. Einem solchen Gesuch um Hilfeleistung bei der Vermittelung der Vollstreckung ist stattzugeben. — Dagegen Josef, ZBlFG. **9** 169. Zwar fallen Vormundschaftssachen unter § 2. Aber gerade die gesamte Zwangsvollziehung ist von der reichsgesetzlichen Regelung ausgeschlossen und deshalb auch kein Teil der betreffenden reichsgesetzlichen Angelegenheit. Die Durchführung der nach Reichsrecht getroffenen Entschließung des Vormundschaftsgerichts ist eine den Gerichten durch Landesgesetz übertragene Angelegenheit. Maßgebend für die Rechtshilfepflicht war deshalb nur der zwischen Preußen und Sachsen bestehende Staatsvertrag. Da dieser nicht bestimmt, daß über die Rechtshilfeweigerung das OLG. zu entscheiden hat, war das OLG. zur Entscheidung nicht zuständig (s. auch oben Ziff. I 1). g) ZBlFG.

7 728 (Cassel). Die Herbeiführung einer allgemeinen, von besonderen Gründen aus § 1892 BGB. nicht veranlaßten Entlastungserklärung seitens des bisherigen Mündels liegt außerhalb der amtlichen Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts; darauf gerichtete Rechtshilfeersuchen sind daher abzulehnen (ebenso SchlHolstAnz. **06** 348 [Kiel]).

III. Nachlaßsachen. a) **RG. 69** 271, JW. **08** 683, BadRpr. **08** 304, Bad. NotZ. **08** 215. Ein Amtsgericht darf ein Ersuchen um Rechtshilfe nicht deshalb ablehnen, weil (wie in Baden) nach Landesrecht die Amtsgerichte für die den Nachlaßgerichten obliegenden Verrichtungen nicht zuständig sind. Von der landesgesetzlichen Zuständigkeitsbestimmung bleibt nach § 194 Abs. 4 die Verpflichtung der gerichtlichen Behörde, Rechtshilfe zu leisten, unberührt (vgl. Josef, JDR. **5** § 194). **b**) FrankfRundsch. **41** 51 (Frankfurt). Das Ersuchen, eine Person über den Beitritt zu einer Erbscheinsverhandlung zu hören, darf nicht abgelehnt werden. **c**) PosMSchr. **07** 94 (Posen). Ebensowenig das Ersuchen, einen Miterben über den Beitritt zur Abtretung von Nachlaßhypotheken zu hören. **d**) OldenbZ. **35** 90, R. **08** II Ziff. 553 (Oldenburg). Wenn ein im Rahmen des § 2358 BGB. tätig werdendes Gericht einen ersuchten Richter in Anspruch nimmt, so sind diesem die Punkte, über die Ermittelungen veranstaltet und Beweise aufgenommen werden sollen, genau anzugeben. Bloße Bezugnahme auf § 2356 BGB. genügt nicht. **e**) **RG. 69** 271, Bad. NotZ. **08** 215. Das Ersuchen eines Nachlaßgerichts um Vernehmung eines Erben darüber, ob er die Erbschaft annehme und ob noch eine Verfügung von Todes wegen vorhanden sei, darf nicht abgelehnt werden, weil die Abgabe der Erklärung im Belieben der zu vernehmenden Person stehe oder weil das ersuchende Gericht sie unmittelbar zur Abgabe der Erklärung auffordern könne. Die Zweckmäßigkeit des Ersuchens hat das ersuchte Gericht nicht nachzuprüfen (hierdurch aufgehoben Bad. Rpr. **08** 91 [Karlsruhe], wonach Rechtshilfe zum Zwecke der Einleitung eines Verfahrens, das von einem vorgängigen Parteiantrag abhängig ist, wie z. B. der Erwirkung eines Erbscheins, und behufs Herbeiführung einer Erklärung über Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nicht stattfinden soll). **f**) Verfahren bei der Regelung von Hinterlassenschaften russischer Staatsangehöriger in Deutschland. KGJ. **35** A 135 (KG.). Der nach Art. 4 Konv. über die Regulierung von Hinterlassenschaften zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland vom 12. November/31. Oktober 1874 zu stellende schriftliche Antrag der Konsularbehörde, ihr alles bewegliche Gut, aus dem die Hinterlassenschaft des Verstorbenen besteht, auszuhändigen, ist ein Ersuchen um Rechtshilfe. Auf das vom Rechtshilfegerichte zu beobachtende Verfahren finden weder die §§ 158—169 GVG. noch § 2 FGG. Anwendung, sondern der Art. 10 Haag. IntPrivAbk. vom 14. November 1896.

IV. Handelssachen. OLG. **14** 328 (Frankfurt). Dem Ersuchen eines bayerischen Registergerichts, von einem Weggezogenen den Löschungsantrag nach § 12 HGB. entgegenzunehmen, muß in Preußen stattgegeben werden, wenn auch durch ausdrückliche Bestimmungen der Staatsverträge solche Rechtshilfe nicht gewährleistet ist.

§ 4. 1. R. **08** II Ziff. 1045 (BayObLG.). Die Übernahme einer vom örtlich unzuständigen Gerichte versehentlich eingeleiteten Vormundschaft durch das zuständige Gericht ist nicht von den Voraussetzungen des § 46 abhängig; durch eine solche irrtümliche Amtshandlung ist die Zuständigkeit des ersteren Gerichts nicht begründet.

2. JDR. **5** Ziff. II (BayObLG.) auch DJZ. **07** 245 (ebenso BadRpr. **07** 300 [Karlsruhe]).

§ 5. Literatur: Fuchs, Eine unrichtig behandelte Sache, ZBlFG. 7 865.

I. Fuchs, ZBlFG. 7 865. Die Entscheidung eines Streites über die örtliche Zuständigkeit hat zur Voraussetzung, daß die streitenden Gerichte sachlich zuständig sind, kann also nur in einer den Gerichten übertragenen Angelegenheit

der FG. ergehen. Liegt eine solche nicht vor, wie z. B. gemäß Art. 130 VI PrFGG. bei der den Landgerichtspräsidenten übertragenen gerichtlichen Beglaubigung amtlicher Unterschriften zum Zwecke der Legalisation im diplomatischen Wege, so kann durch die unzulässige Bestimmung eines örtlich zuständigen Amtsgerichts der Mangel der sachlichen Zuständigkeit nicht gehoben werden.

II. a) OLG. **14** 141 (Breslau). Ein Zuständigkeitsstreit im Sinne des § 5 liegt nur vor, wenn es sich um die örtliche Zuständigkeit handelt, nicht aber, wenn die Gerichte darüber streiten, welchem von ihnen eine Verrichtung sachlich obliegt (Testamentsgericht in A. und Nachlaßgericht in B. stritten darüber, ob ein Testament ordnungsmäßig eröffnet und ob deshalb dem Amtsgericht A. oder B. die weitere Aufbewahrung obliege). Ebenso OLG. **14** 142 (Breslau). **b)** ElsLothJZ. **08** 541, R. **08** II Ziff. 2870 (Colmar). Es ist keine Voraussetzung der Bestimmung durch das obere Gericht, daß die Unzuständigkeit der unteren Gerichte im gesamten Instanzenzuge festgestellt ist. **c)** R. **08** II Ziff. 3677 (BayObLG.). Die Bestimmung des zuständigen Gerichts kann nur erfolgen, wenn von den streitenden Gerichten diejenige vorzunehmende richterliche Tätigkeit, für die sie unzuständig zu sein glauben, bestimmt bezeichnet wird. **d)** JDR. **5** Ziff. 2 (BayObLG.) auch DJZ. **07** 245. **e)** Weiterer Anwendungsfall betreffend Zuständigkeitsbestimmung nach § 36. BadRpr. **08** 119 (Karlsruhe). Ohne rechtliches Interesse.

§ 6. Literatur: S. zu § 183 FGG.

1. **a)** KGJ. **35** A 125 (KG.). Der Notar ist an der Vornahme der ihm vom Nachlaßgericht überwiesenen Vermittelung der Auseinandersetzung in Ansehung eines Nachlasses rechtlich gehindert, wenn er nach §§ 170, 171 oder nach § 6 FGG. ausgeschlossen ist oder wenn ein Sachverhalt vorliegt, der ihm bei sachgemäßer Ausübung des ihm nach § 6 zustehenden Ablehnungsrechts Veranlassung geben muß, die Vermittelung der Auseinandersetzung abzulehnen. Die Beschwerde gegen die Auswahl des Notars unterliegt keiner sachlichen Beschränkung und kann insbesondere auf einen gegen den Notar vorliegenden gesetzlichen Ausschließungsgrund oder auf Befangenheit des Notars gestützt werden. § 6 Abs. 2 Satz 2 FGG. beweist nichts für das Gegenteil. **b)** KGJ. **35** A 145, R. **08** II Ziff. 1265 (KG.). Leitet das Registergericht ein Ordnungsstrafverfahren ein, so sind die Mitglieder derjenigen Handelskammer, welche die Anregung zum Einschreiten des Registergerichts gegeben hat, als Beisitzer der Kammer für Handelssachen nicht von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen. **c)** Gesetzliche Behinderung der Urkundsperson bei Beglaubigungen, vgl. § 183 Ziff. I.

2. Abs. 2. R. **07** 258 Ziff. 513 (BayObLG.). Ob ein Richter der FG. sich für befangen hält, ist Sache seines Ermessens.

§ 7. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 434. Unwirksam ist auch nicht die vom örtlich unzuständigen Amtsgerichte vorgenommene Vereinseintragung, denn § 55 BGB. hat nur die Bedeutung einer Soll- oder Zulässigkeitsvorschrift (vgl. JDR. **6** § 55 BGB. Ziff. 2).

2. **a)** RheinA. **103** I 199 (Düsseldorf). § 7 bezieht sich nur auf gerichtliche Handlungen, nicht auf die Erbschaftsausschlagung gegenüber dem unzuständigen Gerichte, die wirkungslos ist. **b)** BadRpr. **07** 300 (Karlsruhe). § 7 betrifft nicht die Frage der Zuständigkeit zur Vormundsbestellung, die sich nach § 36 FGG. richtet. Prävention setzt das Vorhandensein mehrerer zuständiger Gerichte voraus (§ 4). **c)** RJA. **9** 73, KGJ. **35** A 345, ZBlFG. **8** 691, OLG. **16** 184, SeuffA. **63** 125, R. **07** 1270 Ziff. 3187 (BayObLG.). Durch § 7 wird die Beschwerde gegen die Entziehung der elterlichen Gewalt wegen örtlicher Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht ausgeschlossen. Die Anordnung der Entziehung ist in solchem Falle aufzuheben (aM. KG., JDR. **4** § 7 II b, JDR. **5** § 7 II b).

§ 8. Weißler, DNotV. **08** 334 ff. Eine Ungebühr liegt regelmäßig nicht vor, wenn bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften ein Beteiligter wahrheitswidrig erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein (aM. Wagner, DNotV. **08** 624; vgl. § 179 Ziff. 3).

§ 10. OLG. **14** 143 (KG.). Die Gerichtsferien sind auch auf Vereinsregistersachen ohne Einfluß, wenngleich die sofortige Beschwerde aus § 60 Abs. 2 BGB. den Vorschriften der ZPO. unterworfen ist.

§ 11. 1. Josef, AcivPr. **100** 444. Das Gericht ist nicht verpflichtet, mit falschem Namen unterzeichnete Anträge zu berücksichtigen.

2. HessRspr. **9** 73 (Darmstadt). Ein Vermögensverzeichnis (§ 1640 BGB.) kann zu gerichtlichem Protokoll erklärt werden.

§ 12. Literatur: Josef, Der Schiedsvertrag in der FG., R. **07** 755. — Derselbe, Die Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Pflegschaftsanordnung für einen Rechtsstreit (ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch in der FG.), ZBlFG. 8 674. — Derselbe, Die Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Genehmigung zweifelhafter Rechtsgeschäfte und die Beschwerde vor der Pflegschaftsanordnung, BayRpflZ. **08** 331. — Derselbe, Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht bei Bewilligung der Pflegervergütung, ABürgR. **32** 361. — Derselbe, Amtswegige Ermittelungs- und Entscheidungspflicht des Nachlaßgerichts bei der Auseinandersetzung, KGBl. **08** 3, 16. — Derselbe, Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registergerichte, HoldheimsMSchr. **07** 139. — Schultheis, Die Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Pflegerbestellung für einen Rechtsstreit, ZBlFG. 8 173.

I. 1. Rechtsschutzanspruch in der FG. Josef, ZBlFG. 8 674. a) Während in der streitigen Gerichtsbarkeit jeder, der dem Gericht ein den Erfordernissen des § 253 ZPO. entsprechendes Schriftstück einreicht, Anspruch auf Anberaumung eines Verhandlungstermins hat, hat in der FG. der Beteiligte niemals einen Rechtsschutzanspruch im Sinne eines Anspruchs auf lediglich formale Behandlung der Sache. Das Gericht ist deshalb selbst in Fällen, wo es zur Prüfung des Sachverhalts nicht gerade verpflichtet ist, mindestens berechtigt, offenbare Unrichtigkeiten als solche hervorzukehren und Anträge, die sich auf Scheinrechte stützen, zurückzuweisen. b) Wo in der FG. die Voraussetzungen, unter denen jemand einen Anspruch auf die Tätigkeit des Gerichts hat, nicht ausdrücklich vorgeschrieben sind, hat das Gericht die Amtstätigkeit abzulehnen, wenn die Vorschriften über die Beschwerde ergeben, daß eine gegen die Ablehnung erhobene Beschwerde erfolglos sein würde.

2. Schiedsvertrag. Josef, R. **07** 755. Durch einen Schiedsvertrag, der über Ansprüche geschlossen wird, die im Streitverfahren der FG. zu entscheiden sind, wird die Zuständigkeit der Gerichte der FG. nicht ausgeschlossen. Denn das Schiedsverfahren der ZPO. ist nur für „Rechtsstreitigkeiten" im Sinne der ZPO. zugelassen. Die Beteiligten können aber einem Dritten die Entscheidung einer streitigen Tatsache übertragen; der Ausspruch eines solchen Schiedsmanns bildet dann die Grundlage der Entsch. des Gerichts der FG.

II. Umfang der Ermittelungspflicht. 1. Allgemeines. a) *Hedemann, DJZ. **07** 217 f. Die Pflicht zur Wahrheitserforschung kann mit der Amtsverschwiegenheit kollidieren. Regelmäßig hat letztere dann vorzugehen. **b)** R. **07** 901 Ziff. 2168 (BayObLG.). Die Vorschrift bedeutet nicht, daß das Gericht aufs Geratewohl nach Umständen zu forschen hat, deren Vorhandensein zu vermuten kein Anlaß besteht, sondern verlangt nur die Veranstaltung der Ermittelungen, die erforderlich sind, um nach pflichtmäßigem Ermessen die Sachlage für vollständig aufgeklärt erachten zu können. **c)** R. **08** II Ziff. 2222 (BayObLG.). Das Gericht ist nicht verpflichtet, jedem Beweisantrage stattzugeben. **d)** R. **07** 258 Ziff. 514 (BayObLG.). Ist der Versuch des Beschwerdegerichts, ein weiteres Gutachten über den Geisteszustand des Beschwerdeführers einzuholen, von ihm dadurch vereitelt,

daß er sich weigerte, sich untersuchen zu lassen, so ist das Beschwerdegericht nicht gehindert, seine Entscheidung auf Grund früherer Gutachten und des übrigen Beweisergebnisses zu treffen. **e)** Ausnahmen von amtswegiger Ermittelungspflicht vgl. unten § 87 Ziff. I u. JDR. **5** § 12 Ziff. III b. **f)** Befugnis zur Aussetzung des Verfahrens vgl. unten Ziff. 3.

2. Vormundschaftssachen. **a)** Internationales Privatrecht: KG., JDR. **5** § 12 II 2 b = RheinARV. **25** 10. **b)** Vorladungsrecht: KG., JDR. **5** § 12 II 2 e = RheinARV. **25** 15. **c)** Beweiserhebung zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft vgl. unten § 15 Ziff. 2 a. **d)** Prüfungspflicht α) bei Pflegerbestellung für einen Rechtsstreit (s. JDR. **5** Ziff. II 2 c). Schultheis, ZBlFG. 8 173 bereits JDR. **6** § 1909 BGB. Ziff. III; Josef, ZBlFG. 8 674, oben § 1909 BGB. Ziff. III; β) bei Genehmigung zweifelhafter Rechtsgeschäfte. Josef, BayRpflZ. **08** 331 (s. unten § 55 Ziff. I.) **e)** OLG. **14** 275 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat vor Bestellung eines Pflegers nur zu prüfen, ob eine Angelegenheit vorliegt, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist, nicht aber, ob die Besorgung der Angelegenheit dem Mündel günstig oder ungünstig sein wird. **f)** KGJ. **33** A 65, OLG. **14** 275 (KG.). Die Ablehnung der Bestellung eines Pflegers mit der Begründung, daß die zu ihr gegebene Anregung von einer nicht legitimierten Person ausgegangen sei, entspricht nicht der Verpflichtung des Vormundschaftsgerichts, im Bedürfnisfall eine Pflegschaft von Amts wegen einzuleiten. **g)** Josef, ABürgR. **32** 361 (unter Besprechung von KGJ. **30** A 88). Bei der Entscheidung über die Bewilligung einer Vergütung hat das Vormundschaftsgericht lediglich die im § 1836 BGB. für maßgebend erklärten Umstände und Voraussetzungen zu berücksichtigen, wogegen andere Tatsachen (wie besondere Abreden der Beteiligten über die Höhe der Vergütung oder über die Unentgeltlichkeit der Vormundschaftsführung) außer Betracht bleiben. Über solche Tatsachen hat lediglich das Prozeßgericht zu entscheiden, für dessen Urteil die Verfügung des Vormundschaftsgerichts die Grundlage ist. In gleicher Weise hat auch das Beschwerdegericht zu verfahren, dieses hat die nach Erlaß der Bewilligung des Vormundschaftsgerichts eingetretenen Tatsachen, wie Erklärungen der Beteiligten und selbst ein rechtskräftiges Urteil, durch das dem Vormunde die ihm vom Vormundschaftsgerichte bewilligte Vergütung zugesprochen ist, unberücksichtigt zu lassen. **h)** Fürsorgeerziehung. α. KGJ. **34** A 55 (KG.). Das von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitete Fürsorgeerziehungsverfahren ist grundsätzlich formgerecht durchzuführen und durch einen förmlichen Beschluß zum Abschlusse zu bringen. β. KGJ. **34** A 60 (KG.). In der Beschwerdeinstanz des Fürsorgeerziehungsverfahrens kann die wiederholte Anhörung der Eltern durch § 12 FGG. geboten sein. **i)** R. **08** II Ziff. 1046 (BayObLG.). Erklärt eine Ehefrau die Genehmigung, deren Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht beantragt ist, bei letzterem schriftlich, so hat das Gericht dem Antragsteller davon Mitteilung zu machen. Jedenfalls ist ein Ausspruch in der Hauptsache unstatthaft, weil der Antrag insoweit gegenstandslos geworden ist. Auch die Kosten treffen den Antragsteller nicht schon deshalb, weil die Zustimmung nachträglich freiwillig erteilt ist. Bei teilweiser Unbegründetheit können sie gegeneinander aufgehoben werden. **k)** KGJ. **36** A 48 (KG.). Bevor das Vormundschaftsgericht eine Entscheidung über die religiöse Erziehung von Kindern aus Mischehen trifft, hat es von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten, ob die Eltern über die religiöse Erziehung im Sinne des § 78 II. 2 ALR. nicht „einig sind," und zwar auch dann, wenn die noch lebenden Ehegatten geschieden sind und der geschiedene Vater in unbekannter Abwesenheit lebt. Dabei können auch konkludente Handlungen und solche Umstände berücksichtigt werden, die vor der Ehescheidung liegen. **l)** Einschränkungen. α. R. **08** II Ziff. 1640 (KG.). Das Gericht ist in Vormundschaftssachen zwar regelmäßig nicht befugt, von den Beteiligten die Angabe von Beweismitteln mit der Rechts-

folge zu verlangen, daß ihre beweislosen Behauptungen als unerwiesen angesehen werden; vielmehr hat es grundsätzlich durch Veranstaltung eigener Ermittelungen die Sache aufzuklären. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch dann zuzulassen, wenn es sich um interne Vorgänge handelt, deren Wahrnehmung sich Dritten zu entziehen pflegt. β. OLG. **16** 10 (Hamburg). Persönliche Vernehmung der Beteiligten ist durch § 12 nicht als notwendig vorgeschrieben. γ. BadRpr. **08** 143 (Karlsruhe). Die Nichtanhörung des zu Entmündigenden vor Anordnung der vorläufigen Vormundschaft enthält keine Gesetzesverletzung.

3. Nachlaßsachen. a) Aussetzung des Verfahrens. RJA. **9** 75, KGJ. **35** A 113, ZBlFG. **8** 692, SeuffA. **63** 463, DNotV. **08** 498, R. **08** II Ziff. 1935 (KG.). Die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses im Wege des Rechtsstreits ist mit der amtswegigen Ermittelungs- und Entscheidungspflicht des Richters der FG. unvereinbar und deshalb, abgesehen von den Ausnahmevorschriften der §§ 95, 127, 159, in der Regel unzulässig. Doch kann das Nachlaßgericht im Erbscheinsverfahren eine Aussetzung anordnen, wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht bereits anhängig ist; denn in diesem Falle besteht, wie die Entstehungsgeschichte des § 2360 BGB. (Mot. V 562, Prot. V 680, 681) ergibt, keine Amtspflicht zur Anstellung der erforderlichen Ermittelungen, sondern bleibt die Entscheidung über das Erbrecht grundsätzlich dem Prozeßgericht überlassen. Nur wenn der Nachlaßrichter nach Anhörung des Prozeßgegners das Bestreiten des Erbrechts für offensichtlich unbegründet oder schikanös hält, soll der Erbschein schon vor Beendigung des Prozesses erteilt werden (vgl. auch zu § 127). **b)** Pflicht zur Ermittelung der Voraussetzungen einer nach § 1961 BGB. beantragten Pflegschaft: RJA. 8 24, KGJ. **33** A 90, ZBlFG. **7** 770, DNotV. **07** 341 (KG.), vgl. JDR. **6** zu § 1961 BGB. **c)** Ermittelungspflicht bei der Erbauseinandersetzung: Josef, KGBl. **08** 3, 16 (vgl. unten § 86 Ziff. I).

4. Handelssachen. a) *Wiedemann, Ideale Vereine 701. Das das Handels- und das Vereinsregister führende Gericht ist berechtigt, die Wahrheit der angemeldeten Tatsachen zu prüfen. Es ist zur Wahrheitsprüfung verpflichtet, wenn es nicht ohne weiteres die Überzeugung von der Richtigkeit der Parteierklärung hat, sei es, daß sich aus der Anmeldung selbst, sei es, daß sich aus gerichtskundigen Umständen Bedenken gegen deren Wahrheit ergeben (708/709). Bei konstitutiv wirkenden Eintragungen ist es außerdem zur Prüfung der Legalität aller begriffswesentlichen Eintragungsvoraussetzungen verpflichtet. Über die rechtliche Bedeutung des auf dieser Grundlage vorgenommenen Eintragungsvermerkes vgl. JDR. **6** § 55 BGB. Ziff. 1. **b)** Ermittelung der Erbeneigenschaft des für anmeldepflichtig Erachteten in Registersachen: Josef, HoldheimsMSchr. **07** 292 (vgl. § 132 Ziff. I 2).

§ 13. 1. Vollmacht. a) *Unger, BuschsZ. **37** 443 ff. a) Vertretung bei der Beschwerdeführung. — b) Für die Vollmacht im Verfahren sind im allgemeinen die Vorschriften über die Vollmacht im Privatrechtsverkehre, nicht aber die Vorschriften über die Prozeßvollmacht maßgebend (450). **b)** Keine Spezialvollmacht für Anmeldungen zum Vereinsregister durch Vertreter. RJA. 8 130, KGJ. **33** A 143, ZBlFG. **7** 927, R. **07** 921 Ziff. 2235 (KG.), bereits JDR. **6** zu § 67 BGB. Ziff. 3 (besprochen DNotV. **07** 375). Dagegen Schultze-Görlitz, DNotV. **08** 803, weil das Gesetz wegen der Wichtigkeit der Anmeldung deren Bewirkung durch die Vorstandsmitglieder verlangt und der Registerrichter bei einer Generalvollmacht außerstande ist, zu prüfen, ob die Vorstandsmitglieder die Anmeldung in Wirklichkeit wollen.

2. Nachweis. a) *Unger, BuschsZ. **37** 455. Die Vorschrift des § 12 FGG. gilt nicht für die Prüfung der Legitimation eines Bevollmächtigten. **b)** Josef, ZBlFG. **9** 493. Es besteht gesetzlich keine Verpflichtung des Bevollmächtigten, die Bevollmächtigung nachzuweisen; eine solche Verpflichtung entsteht vielmehr erst

durch die Anordnung des Gerichts. Daraus folgt, a) daß das Gericht den Antrag eines angeblich Bevollmächtigten, der nicht durch Vollmacht legitimiert ist, erst zurückweisen darf, wenn er der Anordnung zum Nachweise der Bevollmächtigung nicht nachgekommen ist; b) daß die Frist zur sofortigen Beschwerde gewahrt ist, auch wenn der Bevollmächtigte die Beschwerde ohne Nachweis der Bevollmächtigung eingereicht hat, dieser Nachweis also auch nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist geführt werden kann (aM. Unger, BuschsZ. **37** 485). Das Gericht hat dem angeblich Bevollmächtigten zur Einreichung der Vollmacht eine Frist zu bestimmen; doch ist auch eine nach Ablauf der Frist eingereichte Vollmacht zu berücksichtigen, sofern sie nur vor Erlaß der Entscheidung eingeht. Wird die Vollmacht nicht eingereicht, so ergeht die Entscheidung dahin, daß die Beschwerde nicht als solche des Vertretenen, sondern als Antrag des Unlegitimierten, ihn zum Verfahren zuzulassen, zurückgewiesen wird. **c**) KGJ. **33** A 65, OLG. **14** 265 (KG.). Das Gericht kann bei Abgabe von Erklärungen durch Vertreter nach freiem Ermessen die Beibringung einer öffentlich beglaubigten oder einer nur privatschriftlichen Vollmacht verlangen oder auch sich mit einem leichteren Beweise der Vollmachtserteilung begnügen und selbst von jedem besonderen Beweise hierfür absehen. Dies gilt auch für Anträge eines Notars außerhalb des Bereichs seiner gesetzlichen Vertretungsmacht.

3. Auftraglose Geschäftsführer. a) *Unger, BuschsZ. **37** 466. Verfahrenshandlungen eines auftraglosen Geschäftsführers sind von den Behörden nicht zu berücksichtigen. **b**) Anders Josef, ZBlFG. **9** 493. Das FGG. verbietet nicht ausdrücklich die Zulassung von Personen, die geständlich nicht bevollmächtigt sind, sondern als auftraglose Geschäftsführer eines Beteiligten handeln zu wollen erklären; das Gericht kann sie daher im Einzelfalle zulassen. Genehmigt der Beteiligte demnächst die Erklärungen des Geschäftsführers, so gelten diese als vom Beteiligten selbst abgegeben; anderenfalls wird der Antrag, z. B. die Beschwerde, zurückgewiesen, aber nicht als Handlung des Vertretenen, sondern als Antrag des Geschäftsführers, ihn zum Verfahren zuzulassen.

§ 14. Armenrecht. a) OLG. **14** 144 (Rostock). Die Beschwerde gegen den das Armenrecht in Sachen der FG. verweigernden Beschluß untersteht nicht den Vorschriften der ZPO., sondern den §§ 19 ff. FGG. **b**) Zuständigkeit des KG. über die Beschwerde gegen erstinstanzliche Verweigerung des Armenrechts durch das LG. vgl. § 199 Ziff. 2.

§ 15. Literatur: Freudenthal, Unzulässigkeit eidesstattlicher Versicherung mehr als 16 jähriger minderjähriger Erben im Erbscheinsverfahren, R. **07** 1506. — Josef, Das Recht der Beteiligten auf Zuziehung zu Beweisaufnahmen in der FG., BuschsZ. **38** 223. — Derselbe, Eidesstattliche Versicherung Minderjähriger, R. **08** 74. — Keidel, Zeugenvernehmung durch das Vormundschaftsgericht zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft, BayRpflZ. **07** 268.

1. Benachrichtigung von Beweisterminen. a) Josef, BuschsZ. **38** 223 ff. (auch DNotV. **07** 289 bei Besprechung von **RG. 63** 275, unter Aufgabe der Ansicht im Kommentar; vgl. JDR. **5** Ziff. 1). Das FGG. hat eine dem § 357 ZPO. entsprechende Vorschrift nicht. Ein Recht auf Bekanntmachung von Beweisterminen besteht in der FG. nicht, denn das Gesetz bestimmt zwar in den §§ 16 und 20 den Kreis der Beschwerdeberechtigten sowie derer, denen die in der Sache selbst ergehenden Entscheidungen bekannt zu machen sind; es gibt aber keinen Anhalt zur Bestimmung des Kreises derer, denen Beweistermine bekannt zu machen sind. Der Begriff der „Beteiligten" kann hier nicht verwertet werden, weil er ganz unbestimmt ist und überall Zweifel läßt über die Person der etwa zur Beweisaufnahme Zuzuziehenden. Doch kann die Pflicht des Gerichts zur Ermittelung des Sachverhalts von Amts wegen das Gericht verpflichten, gewisse Personen zur Beweisaufnahme deshalb zuzuziehen, weil ihre Anwesenheit eine sichere Ermittelung

des Sachverhalts gewährleistet. Auch ist diese Zuziehung dem Gerichte der FG. im § 164 FGG. zur Pflicht gemacht. Das im § 397 ZPO. den Parteien gewährte Fragestellungsrecht widerstreitet nicht dem vom Grundsatze der Ermittelung von Amts wegen beherrschten Verfahren der FG. und ist sonach auch in dieser anwendbar, soweit außer den Zeugen dritte Personen zur Beweisaufnahme zugezogen sind. **b)** BayObLG. 7 520. Die Mehrkosten, die in einer Angelegenheit der FG. dadurch entstanden sind, daß bei Beweisaufnahmen vor dem ersuchten Richter ein Beteiligter seine Interessen durch seinen am Sitze des ersuchenden Gerichts wohnenden Rechtsanwalt wahrnehmen ließ, können nicht ohne weiteres deshalb als unnötig vom Ersatz ausgeschlossen werden, weil dem Beteiligten bei jedem der ersuchten Gerichte ein am Gerichtssitze wohnender Rechtsanwalt zur Verfügung stand.

2. Zeugen. Sachverständige. a) Keidel, BayRpflZ. **07** 268. Eine Beweiserhebung seitens des Vormundschaftsgerichts zur Feststellung der unehelichriften der ZPO. ist ninehmung von Zeugen in den Formen und nach den Vorschriften der ZPO. ist nicht zulässig. Denn Beweiserhebungen (im Gegensatze zu formlosen Ermittelungen) in diesen Formen sind nur da gestattet, wo sie das Gesetz als Mittel zur Feststellung der Tatsachen erwähnt (übereinstimmend DJZ. **05** 748 [KG.], OLG. **1** 282 [Rostock] und OLG. **2** 392 [Cassel]; aM. **RG.** [Strafs.] **36** 3, Josef, ZBlFG. **4** 165 und Komm. § 15 Ziff. 1). **b)** Keidel, BayRpflZ. **07** 268. Die Vorschriften der ZPO. über die unbeeidigte Vernehmung und die Unterlassung der vorherigen Beeidigung in den Fällen des § 393 Abs. 1 ZPO. gelten unter allen Umständen auch für die FG. Dem Ermessen des Richters ist lediglich insofern ein Spielraum gesetzt, als er einen Zeugen, dessen Beeidigung nach den Vorschriften der ZPO. zulässig ist, eidlich aber unbeeidigt vernehmen kann, nicht aber insofern, als er auch Zeugen, deren Beeidigung nach der ZPO. verboten ist, beeidigen dürfte (gegen **RG.** [Strafs.] **36** 3). **c)** SächsOLG. **29** 49 (Dresden). Die Mündelmutter, die vom Vormundschaftsgerichte zur Auskunft über den Erzeuger ihres unehelichen Kindes angehalten wird, kann ihr Zeugnis gemäß § 15 FGG., § 383 Ziff. 3 ZPO. verweigern, weil ihr Kind in bezug auf den Gegenstand der Vernehmung Hauptbeteiligter (Partei) ist. § 385 Ziff. 3 ZPO. findet nicht Anwendung (§ 1589 Abs. 2 BGB.). **d)** R. **07** 258 Ziff. 515 (BayObLG.). Auch in Angelegenheiten der FG. kann der Sachverständige sein Gutachten nur aus den gleichen Gründen ablehnen, aus denen der Zeuge das Zeugnis verweigern darf. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch die es nicht für angemessen erachtet wird, den Sachverständigen nach § 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO. von der Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens zu entbinden, kann nach § 27 FGG. mit der weiteren Beschwerde nicht angefochten werden.

3. Versicherung an Eidesstatt durch Minderjährige. OLG. **16** 64, ElsLothJZ. **07** 542, ElsLothNotZ. **07** 313 (Colmar) und Freudenthal, R. **07** 1506 ff. bereits JDR. **6** § 2356 BGB. Ziff. 2. Dagegen außer den dort Genannten Josef, R. **08** 74, und Weißler, DNotV. **08** 104.

§ 16. 1. Inhalt und Wirksamkeit der Verfügung. a) Josef, ZBlFG. 7 853. Unter den Verfügungen der FG. sind zu unterscheiden: α. solche, die zwar einer Durchführung bedürfen zur Bewirkung des von ihnen bezweckten Erfolges, die aber ihrem Inhalte nach diesen Erfolg nicht anordnen, dem Pflichtigen keine Leistung aufgeben, sondern nur ein Recht feststellen (z. B. Bewilligung einer Vergütung für den Vormund, die Verwandten des Mündels und die Familienratsmitglieder, den Verwahrer, den Revisor; §§ 1836, 1847, 1877 BGB., § 165 FGG., § 194 HGB.). Die Tätigkeit des Gerichts besteht hier lediglich in der Begründung eines Rechtes, dessen Durchführung im Prozeßweg erfolgt; das Gericht der FG. hat nach der Sprechweise der Gesetze nur „festzusetzen", zu „bewilligen", zu „entscheiden", zu „ändern"; β. solche, die dem Pflichtigen eine

Leistung aufgeben, einen Erfolg anordnen (§§ 1666, 2259, 2361 BGB., § 62 Abs. 2 GBO., §§ 166, 338 HGB., §§ 83, 151, 154 FGG.). Ihre zwangsweise Durchführung liegt dem anordnenden Gerichte selbst ob. Dazu gehören sowohl die nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. wie die nach § 1636 BGB. erlassenen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts. Aber auch aus ihnen entstehen privatrechtliche Verbindlichkeiten des einen Elternteils gegen den anderen, die im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden können, wobei die Verfügung des Vormundschaftsgerichts für das Prozeßgericht bindend ist (s. JDR. **6** § 1635 BGB. Ziff. II und JDR. **5** § 1636 BGB. Ziff. 3 b). **b)** OLG. **15** 403, ZBlFG. **7** 834 (Cassel). Eine Verfügung der FG., die auf Grund unrichtiger rechtlicher oder tatsächlicher Voraussetzungen ergangen ist, gilt regelmäßig allgemein und nach allen Richtungen hin als wirksam, bis sie nach den Vorschriften des FGG. aufgehoben wird, so daß eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit durch andere Gerichte grundsätzlich ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist jedoch, daß es sich um eine rechtserzeugende, d. h. Rechte begründende, verändernde oder aufhebende Verfügung handelt, während eine lediglich ablehnende Verfügung der FG. für das Prozeßgericht keine bindende Kraft hat. Doch ist auch eine Verfügung der letzteren Art jedenfalls dann für das Prozeßgericht bindend, wenn das Gesetz die Entscheidung der betreffenden Frage wie im Falle des § 1447 BGB. ausschließlich der FG. zugewiesen hat **c) RG.** DNotV. **07** 290, GruchotsBeitr. **50** 1002. Hat das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 BGB. bis zur Entscheidung über die gänzliche Entziehung der elterlichen Gewalt dem Vater einstweilen die Sorge für die Person des Kindes entzogen und ist dieser Beschluß vom LG. aufgehoben, verweist sodann aber das OLG. „unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses" die Sache zur anderweiten Erörterung und Entscheidung an das LG. zurück, so ist hiermit die durch die landgerichtliche Entscheidung unterbrochene Wirksamkeit der amtsgerichtlichen Entscheidung in vollem Umfange wieder hergestellt.

2. Bekanntmachung. **a)** Abs. 2. PosMSchr. **07** 81 (KG.). Die in der PrAVf. vom 10. Dezember 1899 (JMBl. 728) zugelassenen einfachen Behändigungen erfordern nach § 16 AVf., daß der Gerichtsdiener das zu behändigende Schriftstück dem Empfänger in Person übergibt oder daß dessen Zurücklassung in der Wohnung des nicht angetroffenen Empfängers erfolgt, so daß eine Behändigung im Geschäftslokal an einen Gewerbegehilfen in der Regel nicht genügt. **b)** OLG. **17** 361 (KG.). Das Protokoll über die mündliche Androhung einer Ordnungsstrafe braucht den Vorschriften der §§ 176 ff. FGG. nicht zu entsprechen, insbesondere durch den mit der Ordnungsstrafe Bedrohten nicht genehmigt zu werden. **c)** Beschwerde vor Bekanntmachung? s. § 21 Ziff. 1 a.

3. An den Bevollmächtigten? **a)** *Unger, BuschsZ. **37** 450 ff. Die Bestimmung des § 176 ZPO. ist auf das Verfahren der FG. nicht anwendbar. **b)** RJA. 8 249, KGJ. **34** A 6, ZBlFG. 8 279, SchlHolstAnz. **07** 253, DNotV. **08** 128, SeuffBl. **07** 496, NaumburgAK. **07** 53, R. **07** 1285 Ziff. 3238 (KG.) (unter Aufgabe der Ansicht RJA. **2** 210, vgl. auch JDR. **5** Ziff. 2). Eine Bekanntmachung, mit der der Lauf einer Frist beginnt, ist wirksam, sowohl wenn die Zustellung an den Bevollmächtigten, als auch wenn sie an den Beteiligten persönlich erfolgt. § 176 ZPO. ist im Verfahren der FG. nicht entsprechend anwendbar (vgl. JDR. **5** § 16 Ziff. 2). Ebenso ElsLothJZ. **07** 600, ElsLothNotZ. **08** 21, DNotV. **08** 131, R. **07** 1470 Ziff. 3680 (Colmar) und BadNotZ. **07** 31 (anonym). Das Gericht ist zur Zustellung an den Bevollmächtigten zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet. Ein Anfechtungsgrund kann deshalb nicht daraus entnommen werden, daß an die Partei, anstatt an den Parteivertreter zugestellt worden ist.

§ 17. Scherling, GruchotsBeitr. **51** 141. Die Fristen der §§ 1342, 1597, 1944, 1954, 2081, 2082, 2281 Abs. 2 BGB. werden dadurch, daß zu ihrer Wahrung

eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben ist, und daß dieses den Ablauf der Frist zu prüfen hat, nicht zu Fristen, die dem FGG. unterliegen. § 17 Abs. 2 FGG. ist auf diese Art von Fristen nicht anwendbar (s. auch JDR. **6** zu § 193 BGB. Ziff. 1, 2).

§ 18. Literatur: du Chesne, Abänderungsverlangen und Beschwerde in freiwilliger Gerichtsbarkeit, R. **08** 370.

I. **a)** du Chesne, R. **08** 370. Während beim antraglosen Offizialverfahren (z. B. Vormundschaftssachen) die Abänderungsmöglichkeit allein beim Gerichte ruht und entgegenstehende Interessen Privater nur im Falle ihrer Verletzung einen prozessualen Anspruch an die Oberinstanz gewähren, steht in den Fällen des Antragsverfahrens dem Interessenten von vornherein ein prozessualer Anspruch an die Rechtspflegestelle zu und folgeweise auch, falls er diesen Anspruch für verletzt hält, ein prozessualer Anspruch auf Abänderung, der als Abänderungsanspruch an die erste oder als Beschwerdeanspruch an die zweite Instanz gehen kann. Ob der Interessent das eine oder das andere will, ist Auslegungssache des einzelnen Falles; im Zweifel wird Wille des Interessenten sein, daß sein Interesse befriedigt wird, gleichviel von welcher Instanz. **b)** Josef, DNotV. **07** 291 (unter Besprechung von KG., R. **06** 252 Ziff. 506). Durch das Verbot der Änderung einer der sofortigen Beschwerde unterliegenden Verfügung wird das örtlich unzuständige Gericht nicht gehindert, die Sache an das zuständige Gericht abzugeben.

II. **a)** R. **08** II Ziff. 3679 (KG.). Bei Abgabe einer Vormundschaft an das zur Übernahme bereite Gericht trifft nur das abgebende Gericht eine Verfügnug hinsichtlich der Abgabe. Das übernehmende Gericht ist nicht befugt, die Übernahme nachträglich auf Grund des § 18 wieder aufzuheben. **b)** KGJ. **33** A 78 (KG.). Die Anordnung der vorläufigen Unterbringung eines Minderjährigen zur Fürsorgeerziehung kann, solange sie noch nicht rechtskräftig ist, nur durch das Beschwerdegericht, nach Rechtskraft aber wegen veränderter Umstände durch das Gericht, von dem sie erlassen ist, aufgehoben werden. **c)** BayObLG. **8** 14, SeuffBl. **07** 396, R. **07** 190 Ziff. 359, DJZ. **08** 312 (BayObLG.). Nach Zurückweisung der weiteren Beschwerde aus Sachgründen ist eine neuerliche Beschwerde gegen eine Verfügung des Nachlaßgerichts auch auf Grund neuer Tatsachen nicht zulässig (vgl. auch RJA. **6** 167 [Hamburg] = JDR. **5** § 18 Ziff. 2 d).

§ 19. I. Verfügungen des Gerichts (s. JDR. **5** Ziff. I). **a)** KGJ. **35** A 113, SchlHolstAnz. **08** 45 (KG.). Gegen die das Verfahren bis zur Entscheidung eines Rechtsstreits aussetzende Verfügung ist Beschwerde zulässig, nicht aber gegen die Entscheidung nur vorbereitender Anordnungen, wie die einer Beweisaufnahme. **b)** BreslauAK. **08** 53 (Breslau). Eine beschwerdefähige Verfügung liegt nicht vor, wenn der Richter weder zum Ausdrucke bringt, daß ein bestimmter Antrag gestellt, noch daß ein solcher abgelehnt ist, wenn vielmehr lediglich den Beteiligten unter Hervorhebung des ihren Anträgen entgegenstehenden Bedenkens ein ablehnender Beschluß für den Fall in Aussicht gestellt wird, daß sie bei ihren Anträgen beharren (entschieden zu § 71 GBO.; der Richter hatte den Beteiligten, die zur Auflassung erschienen waren, den notariellen Vertrag zurückgegeben und ihn mit dem Vermerke versehen, daß der Vertrag vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bedürfe). **c)** Vormundschaftssachen. α. OLG. **14** 152 (KG.). Eine versehentlich nicht dem Vormund eröffnete Genehmigung ist nur private Meinungsäußerung, nicht beschwerdefähige Verfügung. β. OLG. **16** 227, DJZ. **07** 717 (KG.). Die vom Vormundschaftsgerichte getroffene vorläufige Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses wird durch dessen endgültige Regelung in erster Instanz beseitigt; eine Beschwerde gegen die erstere ist dann gegenstandslos. **d)** Nachlaßsachen. α. Kretzschmar, ZBlFG. **8** 597. Die Erteilung des Erbscheins ist keine Verfügung im Sinne des § 19 und deshalb der Beschwerde ent-

zogen. Das Nachlaßgericht kann aber in der Weise verfahren, daß es vor Erteilung des Erbscheins den Gegner des Antragstellers mit seinen Einwendungen zurückweist und ihm eine Frist zur Einlegung einer Beschwerde bestimmt. β. KGJ. **35** A 103 (KG.). Gegen den Ausschluß eines Teiles des gemeinschaftlichen Testaments von der Verkündung ist Beschwerde zulässig. In der Beschwerdeentscheidung braucht der Inhalt des nicht verkündeten Teiles nicht mitgeteilt zu werden. Das Beschwerdegericht hat das Testament erforderlichenfalls zu öffnen und einzusehen, jedoch nur, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß in dem nicht verkündeten Teile des Testaments noch Verfügungen des verstorbenen Ehegatten enthalten sind. **e)** Registersachen. α. Josef, KGBl. **07** 62. Verfügung ist jede Willensentschließung des Richters, also auch die, durch die er behufs Kundbarmachung eines Rechtsverhältnisses die Eintragung in öffentliche Register bewirkt oder durch den Gerichtsschreiber bewirken läßt. Demnach findet auch gegen die Eintragung und gegen die Eintragungsanordnung Beschwerde statt (arg. § 122 Satz 1 FGG., der andernfalls überflüssig wäre). β. OLG. **14** 342 (Hamburg). Die Eintragung einer Firma in das Handelsregister ist keine Verfügung im Sinne des § 19 und deshalb der Beschwerde entzogen. γ. *Wiedemann, Ideale Vereine 152, 243. Gegen die Verfügung des Amtsrichters, durch welche er die Anmeldung zum Vereinsregister zurückweist, ist die Beschwerde niemals gegeben, gleichviel ob die Zurückweisung um der im Abs. 1 des § 60 BGB. ausdrücklich genannten oder um anderer Eintragungshindernisse willen erfolgt (**RG. 47** 389).

II. Entscheidung des Beschwerdegerichts. **a)** Befugnis des Beschwerdegerichts, über die Anträge des Beschwerdeführers hinauszugehen. Gegen JDR. **5** § 12 Ziff. II 1 e (KG.) Josef, DNotV. **07** 203. Das Beschwerdegericht ist zu einer über den Rahmen des Beschwerdeantrags hinausgehenden Beseitigung der angefochtenen Verfügung nicht befugt. Doch hat das Untergericht aus der Begründung der Beschwerdeentscheidung nötigenfalls Anlaß zu nehmen, seine Verfügung, auch soweit sie nicht angegriffen ist, gemäß § 18 zu ändern. **b)** Vormundschaftssachen. JDR. **5** § 19 Ziff. II B (Karlsruhe) auch OLG. **14** 144. **c)** Kosten (zu Art. 9 PrFGG.). KGBl. **07** 128, R. **07** 1486 (KG.). Wenn die Beschwerdesache betreffend eine Angelegenheit der FG. in der Hauptsache erledigt ist, kann eine Entscheidung über die Kosten des Verfahrens nicht mehr ergehen; den Beteiligten bleibt wegen der Kostenerstattungspflicht nur der ordentliche Rechtsweg.

§ 20. Literatur: Josef, Das Beschwerderecht der Gläubiger des Vergütungspflichtigen in der FG., BayRpflZ. **07** 493. — Derselbe, Antrags- und Beschwerderecht im Verfahren zur Berichtigung der Standesregister, ZBlFG. **8** 641. — Derselbe, Die Legitimation zur Beschwerde gegen die Löschung einer Firma, HoldheimsMSchr. **07** 292. — Derselbe, Die Einwirkung des Offiziallöschungsverfahrens auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister, HoldheimsMSchr. **07** 134. — Derselbe, Das Verhältnis des Offiziallöschungsverfahrens nach §§ 142—144 FGG. zur Anfechtung von Eintragungen durch Beschwerde, KGBl. **07** 62. — Derselbe, Das Beschwerderecht der Aufsichtsbehörden in Angelegenheiten der privaten Versicherungsunternehmungen, HoldheimsMSchr. **08** 116. — S. ferner die oben zum FGG. vermerkte Literatur.

I. Die Beschwerdebefugnis im allgemeinen. A. Beteiligung am Verfahren. 1. Nachträgliche Beteiligung. **a)** *Unger, BuschsZ. **37** 401. Die mit rechtlichen Verhältnissen oder rechtlich bedeutsamen Stellungen als solchen verknüpfte Beschwerdebefugnis steht auch dem zu, der erst nach Erlassung der beschwerenden Verfügung Träger des Verhältnisses oder der Stellung geworden ist. **b)** Josef, s. unten Ziff. IV g. **c)** *Unger, BuschsZ. **37** 402. Zur Beschwerdebefugnis ist im allgemeinen nicht erforderlich, daß der Beschwerdeführer sich schon am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt hat.

2. Beteiligung mehrerer. Abs. 2. *Unger, BuschsZ. **37** 403.

Soweit zum Antrage die Mitwirkung mehrerer Beteiligter erforderlich ist, gilt dies auch für die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags.

3. Formelle und materielle Beteiligung. a) *Unger, BuschsZ. **37** 404 f. Die einzelnen Behördenarten für gewisse Fälle vom Gesetz erteilte Befugnis, den Richter der FG. um eine Handlung zu ersuchen, umfaßt auch die Befugnis zur Beschwerde gegen die Ablehnung des Ersuchens. Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 gilt auch für den Fall, daß das Ersuchen einer solchen Behörde abgelehnt ist. →→ Red. 406 Anm. 12 wird weiter ausgeführt: Im Falle des § 941 ZPO. steht daher die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung nur dem ersuchenden Gerichte, nicht auch dem Arrestgläubiger zu. ←← b) Hiergegen mit der herrschenden Meinung Josef, ZBlFG. **9** 485. Wenn eine Behörde am Verfahren formell beteiligt ist, d. h. nicht als persönlicher Vertreter, sondern in eigenem Namen als sachlicher Verfechter das Interesse eines Dritten, materiell Beteiligten, wahrnimmt und das Gericht den Antrag der Behörde ablehnt, so steht nicht bloß ihr selbst die Beschwerde zu, sondern auch dem materiell Beteiligten, sofern dieser auch seinerseits zur Stellung des Antrags berechtigt war, also z. B. auch dem Arrestgläubiger, wenn das Grundbuchamt im Falle des § 941 ZPO. die vom Arrestgerichte beantragte Eintragung ablehnt, ebenso dem durch die Ablehnung des von der Handelskammer nach § 126 FGG. gestellten Antrags Beeinträchtigten. Insofern aber nur die formell beteiligte Behörde berechtigt war, den abgelehnten Antrag zu stellen (z. B. §§ 105, 205 Abs. 2 KO., §§ 19, 130, 162 ZVG., § 54 FGG.), steht gegen die Ablehnung lediglich ihr und nicht dem materiell Beteiligten die Beschwerde zu.

B. Beeinträchtigung des Rechtes (s. JDR. **5** Ziff. I a). 1. Bedeutung. a) *Unger, BuschsZ. **37** 407. Zur „Beeinträchtigung eines Rechtes" ist nicht mehr erforderlich, als daß der Beschwerdeführer an der Angelegenheit beteiligt ist, und daß nach Lage der Sache und nach dem allgemeinen Zwecke der Angelegenheit eine dem Beschwerdeführer günstigere Entschließung bei anderer Beurteilung der Sache oder des Rechtsstandes möglich erscheint. b) Josef, ZBlFG. 8 641 ff. Zur Legitimation des Beschwerdeführers genügt es nach § 20 FGG., daß die angefochtene Verfügung nach seiner Behauptung für ihn ungünstiger ergangen ist, als das Gesetz und die Sachlage erfordern. Ob aber der Beschwerdeführer in diesem Sinne ein „Recht auf eine richtige Entscheidung" hat, ergibt sich aus dem materiellen Rechte, so daß dieses darüber entscheidet, ob das beeinträchtigte Recht überhaupt besteht. Es muß danach ein bestimmtes materielles Recht beeinträchtigt sein.

2. Bei verfahrensleitenden Verfügungen. a) *Unger, BuschsZ. **37** 408. Bei der Beschwerde gegen eine verfahrenleitende Verfügung gilt der beschwerdeführende Beteiligte stets dann als in seinem Rechte beeinträchtigt, wenn die Verfügung gesetzwidrig oder unzweckmäßig ist. b) ElsLothNotZ. **07** 41, R. **07** 259 Ziff. 516 (Colmar). Durch einen Beschluß des Beschwerdegerichts, der die Sache an das Vormundschaftsgericht zu weiteren Ermittelungen über die Rechtmäßigkeit des Antrags eines Verwandten des Mündels auf Entlassung des Vormundes zurückverweist, wird weder ein eigenes Recht des Vormundes noch das Interesse des Mündels verletzt, vielmehr lediglich die künftige Entscheidung vorbereitet. Der Vormund ist deshalb nicht beschwerdeberechtigt. c) ZBlFG. 8 777, BayRpflZ. **08** 248, SeuffBl. **08** 803 (BayObLG.). Wenn auch durch die Anhängigkeit eines Rechtsstreits über die Unterhaltspflicht die Bestimmung des Vormundschaftsgerichts aus § 1612 Abs. 2 BGB. nicht ausgeschlossen wird, so ist doch das Beschwerdegericht befugt, die sachliche Entscheidung über die vom Vormundschaftsgerichte während des anhängigen Rechtsstreits angeordnete Geldrentengewährung bis zur Entscheidung dieses Rechtsstreits auszusetzen und es einstweilen bei der Verfügung des Vormundschaftsgerichts zu belassen. Ein Recht des Unterhaltspflichtigen wird dadurch nicht beeinträchtigt.

3. *Unger, BuschsZ. 37 406. Der zurückgewiesene Antragsteller ist stets zur Beschwerde befugt.

4. *Unger, BuschsZ. 37 409. Durch nichtige Verfügungen sind alle Beteiligte beeinträchtigt im Sinne des § 20 FGG., weil die Verfügung keinen inneren Bestand hat, deswegen einen unsicheren Scheinzustand schafft und weil sie der Erledigung der Angelegenheit durch eine gültige Verfügung im Wege steht.

5. *Unger, BuschsZ. 37 410. Der, dessen Antrag in erster Instanz entsprochen ist, kann Beschwerde behufs Erweiterung seines Antrags überhaupt nicht, behufs Abänderung der Richtung seines Antrags nur in solchen Angelegenheiten einlegen, die das Gericht von Amts wegen auch ohne Antrag zu behandeln hat.

6. *Unger, BuschsZ. 37 447. Gegen die Beanstandung seiner Vertretungsbefugnis ist der Vormund und der Vorstand juristischer Personen sowie der Bevollmächtigte zur Beschwerde nicht in eigenem Namen, sondern nur im Namen des Vertretenen befugt.

7. Josef, BayRpflZ. 07 493. Setzt das Gericht der FG. eine Vergütung fest, so steht die Beschwerde gegen diese Verfügung dem Vergütungsberechtigten und dem Vergütungspflichtigen zu; denn diese haben als die bei der Angelegenheit Beteiligten ein Recht im Sinne des § 20 FGG. auf eine sachgemäße Entscheidung. Dagegen steht dies Recht den Gläubigern des Vergütungspflichtigen auch dann nicht zu, wenn durch die Festsetzung der Vergütung, die dem Vermögen ihres Schuldners entzogen wird, ihre Befriedigung geschmälert wird. Dieser Umstand gibt ihnen nur ein wirtschaftliches Interesse, das zur Beschwerde nicht legitimiert, nicht aber ein Recht auf eine sachgemäße Entscheidung. Wenn daher nach Anordnung einer Nachlaßpflegschaft der Nachlaßkonkurs eröffnet wird, so steht die Beschwerde gegen die eine Vergütung für den Pfleger festsetzende Verfügung dem Konkursverwalter zu, auf den das Verwaltungsrecht des (vergütungspflichtigen und darum beschwerdeberechtigten) Erben übergegangen ist, nicht aber den Konkursgläubigern (gegen OLG. Hamburg, RJA. 8 24, ZBlFG. 7 769, unten Ziff. IV f).

II. Vormundschaftssachen. a) BadRpr. 08 279 (Karlsruhe). Eine Beschwerde aus eigenem Rechte gegen die Übergehung steht demjenigen nicht zu, der nach § 1779 BGB. zum Vormunde bestellt zu werden begehrt. b) SeuffBl. 08 834, BayRpflZ. 08 341 (BayObLG.). Die Bestellung eines Abwesenheitspflegers kann von dem Prozeßgegner des Abwesenden nicht mit Beschwerde angefochten werden. c) Josef, ZBlFG. 9 590 ff. (gegen RJA. 6 255 [KG.] = JDR. 5 § 20 Ziff. II f). Wird eine Pflegschaft auf Grund einer von der Strafbehörde verfügten Vermögensbeschlagnahme (§§ 334, 480 StPO.) angeordnet, so hat der Pfleger neben seiner sonstigen Aufgabe auch die, Verfügungen des Beschuldigten über sein Vermögen abzuwehren, also den staatlichen Zweck der Beschlagnahme zu fördern. Daher hat der Staat ein Recht im Sinne des § 20 auf Anordnung der Pflegschaft und darauf, daß die Pflegschaft sachgemäß durchgeführt werde. Der Strafbehörde steht gegen die Ablehnung der Pflegschaft und gegen alle innerhalb der Pflegschaft vorkommenden Anordnungen des Gerichts (z. B. die Auswahl des Pflegers) Beschwerde zu, gegen die Ablehnung der Pflegschaft auch auf Grund des § 57 Ziff. 3 (s. dazu auch Unger, BuschsZ. 37 418 Anm. 49). d) OLG. 16 38 (KG.). Durch die Bestellung eines Pflegers für künftige Deszendenz wird weder das Recht des Vaters noch das der Mutter beeinträchtigt, der der Nießbrauch an dem der Deszendenz zugewendeten Kapital überwiesen ist. e) BayObLG. 8 55. Hat der Vormund die Erziehung und Verpflegung des Mündels gegen eine bestimmte Vergütung übernommen, so kann er, wenn das Vormundschaftsgericht ablehnt, eine Erhöhung der Vergütung zu bewilligen, den Bescheid nicht mit Beschwerde anfechten, sondern seine Ansprüche

nur im Rechtswege gegen einen dem Mündel zu bestellenden Pfleger geltend machen. f) KGJ. **34** A 49 (KG.). Wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einem dritten, nicht zur Entgegennahme von dem Vormunde Bevollmächtigten gegenüber erklärt und diesem der mit dem Genehmigungsvermerke versehene Vertrag ausgehändigt, so steht dem Vormunde die Beschwerde dagegen zu mit dem Ziele, die Aufhebung der Genehmigung herbeizuführen. g) R. **09** II Ziff. 892 (BayObLG.). Gegen die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte, das der Vater zufolge seiner Sorge für das Kindesvermögen vornehmen will, steht ihm auch aus eigenem Rechte (wegen Verletzung seines Verwaltungsrechts) die Beschwerde zu. **h**) KGJ. **35** A 20, SchlHolstAnz. **08** 81 (KG.). Der Magistrat als Anstaltsvormund ist beschwerdeberechtigt, wenn an seiner Stelle ein Spezialvormund bestellt wird (Art. 78 Pr. AGBGB.). — Ebenso KGJ. **36** A 35, FrankfRundsch. **42** 21 (KG.). Und zwar ist die Beschwerde die sofortige aus § 60 Abs. 1 Ziff. 3. **i**) RJA. **8** 254, KGJ. **34** A 34, ZBlFG. **8** 282 (KG.). Der ehelichen Mutter steht ein Recht auf Bestellung des von ihr benannten Beistandes nicht zu. Sie hat gegen die Ablehnung kein Beschwerderecht. **k**) R. **09** II Ziff. 725 (BayObLG.). Dem zweiten Ehemanne der Mündelmutter steht kein Beschwerderecht gegen eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts aus § 1629 BGB. zu. **l**) ElsLothJZ. **08** 150, ElsLoth. NotZ. **08** 98, R. **08** II Ziff. 143 (Colmar). Ein Kinderschutzverein hat kein Recht darauf, daß die Eltern derjenigen Kinder, die er unter Obhut nimmt, in ihrem Erziehungsrechte beschränkt werden; gegen die Ablehnung eines hierauf gerichteten Antrags steht ihm ein Beschwerderecht nicht zu. **m**) OLG. **16** 187, KGJ. **34** A 72, PrVerwBl. **28** 676 (KG.). Der Kommunalverband hat gegen die Volljährigkeitserklärung eines Fürsorgezöglings kein Beschwerderecht. — Dagegen Niese, PrVerwBl. aaO. Beeinträchtigt durch die Volljährigkeitserklärung ist das Recht des Kommunalverbandes auf Erziehung, das sich mit seiner durch § 9 G. vom 2. Juli 1900 bestimmten Verpflichtung zur Ausführung der Fürsorgeerziehung notwendig verbindet. **n**) Fürsorgeerziehung. PrFürsErzG. vom 2. Juli 1900. α. KGJ. **35** A 40 (KG.). Gegen einen Beschluß (Verfügung) des Vormundschaftsgerichts, durch den die Einleitung des Fürsorgeerziehungsverfahrens abgelehnt wird, steht dem verpflichteten Kommunalverband ein Beschwerderecht nicht zu (§§ 1, 4 PrFürsErzG.). β. OLG. **16** 240 (KG.). Die nach § 4 PrFürsErzG. Antragsberechtigten haben ein Recht darauf, daß eine Aussetzung des eingeleiteten Verfahrens nicht gegen ihren Willen stattfindet, und deshalb ein Beschwerderecht gegen den Aussetzungsbeschluß. γ. KGJ. **34** A 55 (KG.). Gegen die Einstellung des eingeleiteten Fürsorgeerziehungsverfahrens steht dem beteiligten Kommunalverbande die sofortige Beschwerde zu (§ 4 PrFürsErzG.). δ. OLG. **16** 229 (KG.). Die uneheliche Mutter hat, wenn sie nicht gesetzliche Vertreterin des Kindes ist, kein Beschwerderecht gegen die Unterbringung ihres Kindes in Fürsorgeerziehung. ε. KGJ. **36** A 46 (KG.). Der Vormund eines Minderjährigen darf im Fürsorgeerziehungsverfahren eine Beschwerde selbst zum Zwecke der Abwendung der Fürsorgeerziehung von seinem Mündel nicht erheben, wenn der ergangene Beschluß anders als auf Unterbringung zur Fürsorgeerziehung lautet, also z. B. auch dann nicht, wenn das KG. die Sache an das AG. zurückverwiesen hat, damit das AG. anderweitig über die Anordnung der Fürsorgeerziehung befinde, während der Vormund mit der weiteren Beschwerde die alsbaldige Ablehnung der Fürsorgeerziehung verlangt (§ 4 Abs. 4 PrFürsErzG.). ζ. Beschwerde gegen Verweigerung des Rechtskraftzeugnisses (vgl. zu § 31 FGG.).

III. Personenstand. **a**) Josef, ZBlFG. **8** 641. Durch die Eintragung im Standesregister können bestimmte materielle Rechte beeinträchtigt sein, so besonders das Erbrecht. Daneben gibt aber der § 66 Abs. 2 PStG. jedem, der ein schutz-

würdiges Interesse hat, ein Antragsrecht auf Feststellung der Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen im Verfahren der FG. Dieses Recht ist ein Recht im Sinne des § 20 FGG. und wird ausgeübt durch Anträge bei der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten, die die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen hat, oder, falls diese bereits ergangen ist, durch Erhebung der Beschwerde. Danach steht die Beschwerde ganz wie der Antrag auf Berichtigung jedem zu, der ein schutzwürdiges Interesse hat, mag er auch am Verfahren der ersten Instanz nicht teilgenommen haben. Dieses Beschwerderecht ist also ein Ausfluß des durch § 66 PStG. jedem Beteiligten gegebenen materiellen Rechtes auf Prüfung der Richtigkeit der Eintragung (vgl. dazu Frese, ZBlFG. **4** 675, Unger, BuschsZ. **34** 299). **b**) HessRspr. **9** 42 (Darmstadt). Wie das preuß. Heroldsamt befugt ist, einen Antrag auf Berichtigung des Standesregisters zu stellen und gegen die ablehnende Verfügung Beschwerde zu führen, so ist es auch befugt, einer von einem Dritten erwirkten Berichtigungsverfügung mit den zulässigen Rechtsmitteln zu begegnen, wenn die verfügte Berichtigung darauf abzielt, daß einer Person im Standesregister ein ihr nicht zukommender Adel oder Adelstitel beigeschrieben wird.

IV. Nachlaßsachen. **a**) RJA. **8** 257, OLG. **16** 53, ZBlFG. **8** 284, DNotV. **08** 91 (KG.). Gegen die Weigerung des Amtsgerichts, ein von einem Notar aufgenommenes, nicht ordnungsmäßig verschlossenes Testament in amtliche Verwahrung zu nehmen (das Nähere vgl. JDR. **6** zu § 2246 BGB.), steht nicht nur dem Notar, sondern auch dem Testator das Beschwerderecht zu. Dagegen Josef, ZBlFG. **9** 488. Nur der Notar ist beschwerdeberechtigt, weil ihm allein die Ablieferung obliegt. **b**) RJA. **8** 36, ZBlFG. **7** 778, DNotV. **07** 319, R. **07** 601 Ziff. 1273 (KG.). Dem Notar steht kein Beschwerderecht zu gegen eine Verfügung, durch die sein Antrag zurückgewiesen wird, ein von ihm beurkundetes und vom Gericht in amtliche Verwahrung genommenes Testament an ein anderes Amtsgericht zu versenden und ihm dort zur Einsicht vorzulegen. **c**) R. **09** II Ziff. 124 (KG.). Dem Nachlaßgerichte steht die Sachbeschwerde gegen die Entscheidung eines anderen Gerichts zu, durch die es an der Erfüllung seiner amtlichen Aufgabe gehindert wird. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Urschrift eines gerichtlichen Erbvertrags, die in der gewöhnlichen Urkundenverwahrung des anderen Gerichts verblieben ist, nach dem Tode des Erblassers nicht an das Nachlaßgericht abgeliefert wird. **d**) ElsLoth. NotZ. **08** 13, R. **07** 1324 Ziff. 3327 (Colmar). Der Pfleger desjenigen, „welcher Erbe wird", ist legitimiert, Beschwerde dagegen einzulegen, daß demjenigen ein Erbschein erteilt werde, der durch den unbekannten Erben von der Erbschaft ausgeschlossen werden würde. **e**) R. **08** II Ziff. 3627 (KG.). Dem gemäß § 1960 BGB. bestellten Nachlaßpfleger steht ein Beschwerderecht gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichts über die Gültigkeit der von dem zunächst berufenen Erben erklärten Erbschaftsausschlagung nicht zu. **f**) RJA. **8** 24, KGJ. **33** A 312, ZBlFG. **7** 769, R. **07** Ziff. 1122 (Hamburg). Dem Nachlaßgläubiger steht gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch die dem Nachlaßpfleger eine Vergütung bewilligt ist, die Beschwerde zu. Das Beschwerdegericht dauert auch nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses fort (dagegen Josef oben Ziff. I 7). **g**) RJA. **8** 189, KGJ. **34** A 331, ZBlFG. **8** 92, DNotV. **08** 93 (Rostock). Gegen eine Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche die von dem Erblasser testamentarisch nachgesuchte Ernennung eines Testamentsvollstreckers abgelehnt wird, steht dem Gläubiger, der den Anspruch eines Erben auf lebenslänglichen Zinsgenuß und auf Auszahlung der Zinsen gegen den Testamentsvollstrecker gepfändet hat, die Beschwerde jedenfalls dann zu, wenn das Nachlaßgericht erkennbar nicht alle wesentlichen Punkte erwogen hat. — Hiergegen und gegen OLG. **12** 199 (KG., vgl. JDR. **5** § 20 Ziff. III g) Unger, BuschsZ. **37** 402 Anm. 1, weil nur eine vollständige Rechtsnachfolge die mit dem Rechte verbundene Beschwerdebefugnis über-

trägt. — Gegen Unger wieder Josef, ZBlFG. **9** 490. Dem Gläubiger, dem der dem Erben gegen den Nachlaßpfleger zustehende Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses gepfändet und überwiesen ist, steht die Beschwerde gegen die die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft ablehnende Verfügung zu; denn der durch jene Pfändung dem Gläubiger erworbene Anspruch auf Herausgabe wird fällig erst mit der Aufhebung der Pflegschaft und dies sein Forderungsrecht ist folglich beeinträchtigt durch die Verfügung, die die Aufhebung der Pflegschaft ablehnt. Ebenso steht die Beschwerde gegen diese Verfügung zu dem Gläubiger des Erben, der sich dessen Erbrecht hat überweisen lassen; ein solcher Gläubiger ist zwar nicht vollständiger Rechtsnachfolger des Erben, aber sein Pfandrecht besteht neben dem Rechte des Erben, und wie dieser so wird auch das Recht des Pfändungsgläubigers durch das Bestehen der Nachlaßpflegschaft beeinträchtigt. Sowohl dem Pfändungsgläubiger des Erben wie dem des Vermächtnisnehmers steht ferner die Beschwerde zu, wenn ihr Antrag auf Ernennung des Testamentsvollstreckers, auf dessen Entlassung oder auf Bestimmung einer Annahmefrist für den ernannten Vollstrecker abgelehnt ist. Denn dies Antragsrecht und damit das Beschwerderecht steht jedem „Beteiligten" (§§ 2200, 2203, 2227 BGB.) zu, d. h. jedem, der ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung hat, und dieses Interesse ist bei den Pfändungsgläubigern des Erben und des Vermächtnisnehmers vorhanden. **h**) OLG. **16** 191 (KG.). Mit der Beschwerde über die Unrichtigkeit eines erteilten Erbscheins kann nur die Einziehung oder Kraftloserklärung, nicht die Abänderung des erteilten oder die Erteilung eines neuen Erbscheins erreicht werden. **i**) Beschwerde im Auseinandersetzungsverfahren: Josef, KGBl. **08** 16 (vgl. zu § 86 Ziff. I 2).

V. Schiffspfandrecht. Beschwerde gegen Ablehnung eines Löschungsvertrags (vgl. zu § 100).

VI. Handelssachen. 1. Registereintragungen. **a**) Josef, KGBl. **07** 62 (gegen OLG. Hamburg, RJA. **7** 241, vgl. JDR. **5** § 20 IV g, jetzt auch KGJ. **33** A 315, BauersZ. **14** 137, ZBlFG. **7** 583). Durch die Natur der Eintragung in das Handelsregister wird die Möglichkeit der Beeinträchtigung eines Rechtes nicht ausgeschlossen. Denn wenn auch die Eintragungen grundsätzlich nicht konstitutiv wirken, so wird doch durch sie eine Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Rechtsverhältnisses begründet und kann dadurch das Recht des Eingetragenen oder eines Dritten beeinträchtigt werden. Dies kann sogar durch die bloße Anordnung einer Eintragung geschehen, sofern bei richtiger Würdigung der Eintragungsantrag hätte abgelehnt werden müssen (vgl. JDR. **5** § 19 I D). **b**) Über die Wahlbefugnis des durch eine Handelsregistereintragung Beeinträchtigten zur Einlegung der Beschwerde oder zur Anregung des Offiziallöschungsverfahrens s. § 142. **c**) BayObLG. **8** 567 (BayObLG.). Gegen die Eintragung einer Firma in das Handelsregister hat ein Unternehmer das Beschwerderecht, wenn die neue Firma den Anschein erweckt, als sei sein eigenes Unternehmen in ihr aufgegangen, oder wenn er durch eine von der neuen Firma hervorgerufenen Täuschung über Art und Umfang des neuen Unternehmens benachteiligt wird. **d**) BayRpflZ. **08** 401 (BayObLG.). Die Polizeibehörde hat kein Beschwerderecht gegen die Eintragung einer Firma im Handelsregister.

2. Löschungen. Josef, HoldheimsMSchr. **07** 292. Die Löschung einer Firma enthält einen unmittelbaren Eingriff in das Recht dessen, der für sich die Führung der Firma beansprucht; daher steht die Beschwerde gegen die Löschung dem Erwerber des Handelsgeschäfts zu, wenn der Veräußerer die Löschung der Firma erwirkt, obwohl er dem Erwerber das Recht zu deren Fortführung übertragen hat. Dagegen wird durch die Löschung nicht das Recht der Gläubiger des Geschäftsinhabers beeinträchtigt, insbesondere nicht das Recht Dritter, wie Lieferanten, Vermieter, Angestellter, die auf Grund eines zwischen ihnen und dem Firmeninhaber

bestehenden Vertrags gegen diesen einen Anspruch haben, daß er die Firma beibehalte. Denn für das Registergericht kommen betreffs der An- und Abmeldungen lediglich die Vorschriften des öffentlichen Rechtes in Betracht, nicht die (zur Eintragung nicht bestimmten) Rechte Dritter. In solche Rechte geschieht durch die Löschung der Firma kein unmittelbarer Eingriff. Die Löschung bewirkt vielmehr nur allenfalls eine Erschwerung ihrer Geltendmachung (vgl. KG., RJA. 7 186, ZBlFG. 7 421, JDR. 5 § 20 I b).

3. Einzelheiten. a) Handelskammer. α. *Unger, BuschsZ. 37 408. Das von dem Organe des Handelsstandes nach § 126 FGG. zu wahrende allgemeine Handelsverkehrsinteresse wird durch jede unrichtige in Handelsregistersachen ergangene Verfügung beeinträchtigt. β. RJA. 8 196, ZBlFG. 8 97 (KG.) und FrankfRundsch. 41 74 (KG.). Kein Beschwerderecht der Handelskammer gegen die Ablehnung eines Antrags auf Einschreiten gemäß § 37 HGB. (vgl. JDR. 6 zu § 37 HGB. Ziff. I 1). b) Magistrat. OLG. 16 188, FrankfRundsch. 41 74 (KG.). Das beeinträchtigte Recht kann privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sein. In letzterem Falle muß aber der Beschwerdeführer besonders zu seinem Schutze berufen sein. Der Magistrat hat in Firmenangelegenheiten kein Antrags- und Beschwerderecht, wie die Organe des Handelsstandes, sondern nur die jedem unbeteiligten Dritten zustehende Befugnis zur Anregung der Amtstätigkeit des Registergerichts. Diese bloße Anregungsbefugnis gibt kein Beschwerderecht. c) GmbH. α. RJA. 8 199, ZBlFG. 8 98, KGJ. 34 A 166 (KG.). Der Gesellschafter einer GmbH. ist zur Einlegung der Beschwerde in Handelsregisterangelegenheiten der Gesellschaft nicht befugt. β. RJA. 8 210, ZBlFG. 8 107, KGJ. 34 A 169, OLG. 14 366 (KG.). Gegen die unzulässigerweise erfolgte gerichtliche Bestellung eines Vertreters der GmbH. (§ 29 BGB.) steht nicht nur dem Geschäftsführer, sondern auch den einzelnen Gesellschaftern die Beschwerde zu. d) Genossenschaft. R. 08 II Ziff. 2871 (KG.). Der Prozeßgegner einer Genossenschaft hat als solcher kein Beschwerderecht, um eine Richtigstellung der im Genossenschaftsregister eingetragenen Rechtsverhältnisse der Genossenschaft durchzusetzen, an der er für den Prozeß ein berechtigtes Interesse hat. e) Verfahren nach §§ 142, 144. R. 08 II Ziff. 1051 (KG.). Das Beschwerderecht wegen des Offizialverfahrens aus §§ 142, 144 hat nur der, dessen Recht (Firmen-, Namensrecht) dadurch beeinträchtigt wird, wirtschaftliches Interesse reicht nicht aus.

VII. Vereinssachen. a) Josef, HoldheimsMSchr. 08 116 ff. Wenn das Gericht einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit in ein Register einträgt, obwohl dieser die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde zum Geschäftsbetrieb und hiermit die Rechtsfähigkeit nicht erlangt hat, so steht der Aufsichtsbehörde die Beschwerde gegen die Eintragung und gegen die sie vorbereitende Verfügung zu. Denn das ausschließliche Recht der Aufsichtsbehörde zur Verleihung der Rechtsfähigkeit ist im Sinne des § 20 FGG. beeinträchtigt, wenn durch eine gerichtliche Verfügung ein Rechtszustand angenommen oder geschaffen wird, der mit jenem ausschließlichen Verleihungsrecht in Widerspruch steht. b) SchlHolstAnz. 07 12 (KG.). Der Regierungspräsident hat hinsichtlich der privaten Versicherungsunternehmungen, wie sie durch das G. vom 12. Mai 1901 der staatlichen Aufsicht unterstellt sind, bei Entstehung und Verlust ihrer Rechtsfähigkeit entscheidend mitzuwirken. Würde ein solcher Verein in das Vereinsregister eingetragen werden und dadurch den Anschein der Rechtsfähigkeit erlangen, so würden dadurch Kollisionen mit den dem Regierungspräsidenten zustehenden Amtsbefugnissen erwachsen und das ihm allein zustehende Recht, dem Vereine durch die Erlaubnis des Geschäftsbetriebs die Rechtsfähigkeit zu verleihen, würde verletzt werden. Zur Beseitigung solcher Rechtsverletzung steht ihm der Weg der Beschwerde offen. c) Josef, HoldheimsMSchr. 08 116 ff. Der Aufsichtsbehörde eines Versicherungsunternehmens steht, wenn das

Gericht die Eintragung einer angemeldeten Tatsache ablehnt, hiergegen die Beschwerde nicht zu, da durch die Ablehnung kein Recht der Aufsichtsbehörde beeinträchtigt ist, diese vielmehr die ihr obliegende Aufsicht ohne Rücksicht auf eine erfolgte Eintragung bewirken kann. Die Aufsichtsbehörde kann lediglich die Geschäftsleiter zur Beschwerde anhalten, hat aber kein selbständiges Recht auf Richtigstellung des Registers.

VIII. Urkundwesen. ElsLothJZ. **08** 639 (Colmar). Erklärt das AG. die Weigerung des Notars, eine vollstreckbare Ausfertigung einer von ihm errichteten Urkunde gegen die Erben des Schuldners zu erteilen, für unbegründet, so ist hierdurch ein eigenes Recht des Notars nicht beeinträchtigt.

§ 21. Literatur: Josef, Der Verzicht auf die Beschwerde in der FG., KGBl. **07** 86.

1. Einlegung. a) Ungewitter, R. **07** 115 f. In Angelegenheiten der FG. ist Beschwerde erst dann zulässig, wenn eine gerichtliche Verfügung erlassen und bekannt gemacht ist; vor der Bekanntmachung bildet die Verfügung ein Internum des Gerichts, kann also nicht angefochten werden (aM. Josef, Komm. [2] § 19 Anm. 1 C). **b**) OLG. **16** 229 (KG.). Die Beschwerdeschrift bedarf der Namensunterschrift; die protokollarische Anerkennung des Handzeichens unter der Beschwerdeschrift vermag weder die fehlende Namensschrift zu ersetzen, noch enthält sie in sich selbst eine „Erklärung" des vollständigen Beschwerdewillens. **c**) KGJ. **35** A 3 (KG.). In Angelegenheiten der FG. können Beschwerden und weitere Beschwerden telegraphisch eingelegt werden. Die aufgegebene Urschrift des Telegramms muß die eigenhändige Namensunterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters enthalten. In der Telegrammausfertigung muß sich unter dem Texte ein Name befinden, der sich als die Unterschrift des Unterzeichners der Beschwerde darstellt; die bloße Bezeichnung einer beschwerdeführenden Behörde unter der Depesche ohne den Namen des für sie handelnden zuständigen Beamten genügt nicht. **d**) BayRpflZ. **08** 361 (BayObLG.). Eine zu Protokoll des Gerichts statt des Gerichtsschreibers eingelegte Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen.

2. Verzicht. a) *Unger, BuschsZ. **37** 500 ff. Der vor Einlegung der Beschwerde erklärte Verzicht auf solche ist nicht bindend. **b**) AM. Josef, KGBl. **07** 86. Der Verzicht auf Beschwerde in der FG. ist ebenso wie die Einlegung oder die Rücknahme der Beschwerde eine bloße Verfahrenshandlung, folglich rechtswirksam abgegeben, wenn der Verzicht dem Gerichte gegenüber erklärt ist, ohne daß es einer Annahme des Gegenbeteiligten zur Rechtswirksamkeit bedarf (ebenso DNotV. **07** 300). — Ein vertragsmäßiger Verzicht des Beschwerdeberechtigten ist, sofern er nicht einen verbotenen Zweck verfolgt, rechtswirksam und macht die trotzdem erhobene Beschwerde zu einer unzulässigen, da die Voraussetzung des Einschreitens des Beschwerdegerichts, der auf seine Entscheidung gerichtete Antrag, bei vertragsmäßigem Verzichte nicht mehr wirksam gestellt werden kann. Das gleiche gilt, wenn die Beteiligten schon vor Erlaß der Entscheidung den Ausschluß eines Rechtsmittels vereinbart haben (gegen JDR. **5** § 21 Ziff. II c [KG.]).

§ 22. 1. Sofortige Beschwerde. a) *Unger, BuschsZ. **37** 467 ff. Befristete (sofortige) Beschwerde. — Rechtskraft der Verfügungen der FG. (493 ff.). **b**) *Unger, BuschsZ. **37** 472. Die Befristung der Beschwerde gilt auch für solche Verfügungen, die zwar gesetzlich erst mit der Rechtskraft wirksam werden, aber vom Gerichte für sofort wirksam erklärt sind. **c**) Nichtige Verfügungen. α. *Unger, BuschsZ. **37** 472. Die Befristung der Beschwerde gilt auch für den Fall, daß die anzufechtende Verfügung nichtig ist. β. Josef, ZBlFG. **9** 499. Soweit gegen gewisse Verfügungen die sofortige Beschwerde vorgeschrieben ist, gilt dies auch dann, wenn die Verfügung, weil außerhalb der sachlichen Zuständigkeit erlassen, nichtig ist; die nichtige Verfügung kann sonach bei Versäumung der Frist

nicht mehr im Verfahren der FG. geändert werden. — Eine allgemeine Vorschrift, daß gegen die Verfügung, durch die das Gericht der FG. eine Vergütung festsetzt, nur die sofortige Beschwerde stattfinde, besteht nicht; daher findet, wenn das Gericht außerhalb seiner Zuständigkeit (z. B. für Liquidatoren, vgl. JDR. **5** § 145 Ziff. I 1) eine solche Vergütung festsetzt, gegen diese nichtige Verfügung einfache Beschwerde statt. **d)** *Unger, BuschsZ. **37** 484. Die sofortige Beschwerde kann auch vor Beginn der Beschwerdefrist wirksam eingelegt werden. **e)** OLG. **14** 146 (KG.). Ein erkennbarer Schreibfehler im Beschlusse kann jederzeit berichtigt werden und beeinflußt weder die Richtigkeit des Beschlusses noch die Gültigkeit seiner Zustellung. **f)** Einlegung durch Bevollmächtigte vgl. § 13 Ziff. 1, 2.

2. Wiedereinsetzung. **a)** *Unger, BuschsZ. **37** 486 ff. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist. — Der Frist von zwei Wochen ist weder der Wiedereinsetzungsantrag noch die Glaubhaftmachnng unterstellt (490). — Der Wiedereinsetzungsantrag braucht nicht schon die ihn begründenden Tatsachen anzugeben (490). — Als der Vertreter, dessen Verschulden die dadurch verursachte Fristversäumnis als verschuldet im Sinne des Gesetzes erscheinen läßt, ist auch der Gerichtsschreiber eines anderen als des für die Angelegenheit zuständigen Gerichts anzusehen, zu dessen Protokolle die Beschwerde angebracht wird (aM. Wellstein, JDR. **5** Ziff. I) (488 f.). — Eine auf Rechtsunkenntnis beruhende Fristversäumnis ist in der Regel im Sinne des Gesetzes nicht unverschuldet (s. aber JDR. **5** § 22 II (Hamburg) = SchlHolstAnz. **07** 61 = OLG. **14** 145). — **b)** KGJ. **34** A 68 (KG.). Die Vorschrift des § 22 Abs. 2 trägt Ausnahmecharakter und darf auf andere Fälle der Fristversäumung in Angelegenheiten der FG. nicht ausgedehnt werden. **c)** R. **09** Ziff. 357 (BayObLG.). Nichtabholung der zum Zwecke der Zustellung beim Bürgermeister niedergelegten Schriftstücke hindert die Wiedereinsetzung.

§ 23. 1. Neue Tatsachen. **a)** OLG. **16** 186 (KG.). Das Beschwerdegericht ist nicht verpflichtet, mit seiner Entscheidung zu warten, bis die in Aussicht gestellten neuen Tatsachen und Beweise des Beschwerdeführers vorgebracht werden. **b)** NaumburgAK. **07** 40 (KG.). Die Tatsache, daß ein Minderjähriger, dessen Unterbringung zur Fürsorgeerziehung angeordnet ist, in der Zeit zwischen dem Beschlusse des AG. und dem des LG. das 18. Lebensjahr vollendet hat, muß vom Beschwerdegerichte berücksichtigt werden.

2. Zurückverweisung. **a)** **RG.** RJA. **8** 247, ZBlFG. **8** 277, JW. **07** 529, R. **07** 985 Ziff. 2383. Das Beschwerdegericht ist befugt, die Sache zur anderweiten Ermittelung, die es für erforderlich hält, und Entscheidung an das AG. zurückzuverweisen. Es kann die erforderlichen Anordnungen entweder seinerseits treffen oder dem Gericht erster Instanz übertragen. § 575 ZPO. ist auch in der FG. anwendbar (gegen die Ansicht des KG., vgl. JDR. **5** § 23 Ziff. II). **b)** Ebenso KG., R. **07** 1146 Ziff. 2802, NaumburgAK. **07** 70, unter Aufgabe der bisherigen Ansicht, und **c)** Josef, DNotV. **07** 305 (bei Besprechung der JDR. **5** Ziff. II gebrachten Entscheidungen des KG.). Grundsätzlich darf das Beschwerdegericht sich nicht auf bloße Aufhebung der Verfügung beschränken (so auch KGJ. **33** A 104 [KG.]); es hat vielmehr in der Sache selbst zu entscheiden und selbsttätig den Sachverhalt zu ermitteln. Erachtet es aber die Beschwerde aus Rechtsgründen für begründet und nunmehr neue Ermittelungen für erforderlich, so kann es sich auf Aufhebung der Vorentscheidung beschränken und den Erlaß der neuen Entscheidung dem AG. übertragen. **d)** du Chesne, BadRpr. **07** 292. Auf das Grundbuchverfahren sind diese Regeln indes nicht anwendbar.

§ 24. HessRspr. **7** 172 (Darmstadt). Gegen die einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts ist weitere Beschwerde nicht zulässig (vgl. aber § 160).

§ 25. Schultzenstein, BuschsZ. **36** 395. Auch die Entsch. erster Instanz ist, wenn notwendig, mit Gründen zu versehen, z. B. die Entsch. des Vormundschaftsgerichts, die im Falle des § 1797 BGB. die Meinung aller streitenden Vormünder verwirft.

§ 27. Literatur: du Chesne, Gesetzesverletzung durch Auslegung, BuschsZ. **37** 37.

1. Gesetzesverletzung. **a)** *du Chesne, BuschsZ. **37** 37 ff. Die Verletzung von gesetzlichen Auslegungsregeln ist der Revision und der weiteren Beschwerde in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Grundbuchsachen zugänglich, die von bloßen Auslegungsvorschriften (§ 133 BGB.) nicht (§ 561 ZPO., § 27 FGG., § 78 GBO.). **b)** PosMSchr. **07** 81 (KG.). Die zu § 16 Abs. 2 FGG. ergangene PrAVf. vom 10. Dezember 1899 (JMBl. 728) trägt, soweit es sich um die Rechtswirksamkeit einer nach ihr vorgenommenen Bekanntmachung handelt, den Charakter einer Rechtsverordnung, ihre Verletzung kann die weitere Beschwerde rechtfertigen. **c)** R. **09** Ziff. 893 (BayObLG.). Auch die weitere Beschwerde gegen eine Ordnungsstrafe kann nur auf Gesetzesverletzung gestützt werden; ob eine Entschuldigung genügt, ist Ermessenssache. **d)** KGJ. **34** A 55 (KG.). Das Fehlen einer Begründung des im Fürsorgeerziehungsverfahren ergehenden Einstellungsbeschlusses stellt einen wesentlichen Mangel des Verfahrens dar. **e)** OLG. **16** 19 (KG.). Nichtbeachtung des § 1673 BGB. kann die weitere Beschwerde begründen. Ebenso OLG. **16** 186 (KG.) und BayObLG. **8** 546 (BayObLG.). **f)** BayObLG. **8** 77. Auch die Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 1673 Abs. 2 BGB. begründet die weitere Beschwerde, wenn angenommen werden kann, daß die angefochtene Entscheidung auf ihr beruht. **g)** ElsLothJZ. **08** 150, R. **08** II Ziff. 143 (Colmar). Die nur gegen Verletzung des Gesetzes statthafte weitere Beschwerde läßt sich nicht darauf gründen, daß sich das Vormundschaftsgericht im Falle des § 1666 BGB. der Bestellung eines Pflegers enthalten und die von Amts wegen gemäß § 12 FGG. veranstalteten Ermittelungen nicht weit genug ausgedehnt habe. **h)** Bad. Rpr. **08** 271 (Karlsruhe). Auf angeblich unrichtige Ausübung richterlichen Ermessens kann die weitere Beschwerde nicht gestützt werden (HessRspr. **9** 91 [Darmstadt]: so z. B. darauf nicht, daß ein bestimmter Betrag zum Unterhalte des unehelichen Kindes nicht genüge; BayObLG. **8** 361 [BayObLG.]: auch darauf nicht, daß das Vormundschaftsgericht von der ihm im § 1612 Abs. 2 BGB. eingeräumten Befugnis aus unrichtigen Ermessensgründen Gebrauch gemacht habe; BadRpr. **08** 279 [Karlsruhe]: auch nicht auf unrichtige Ausübung des Ermessens aus § 1779 BGB.).

2. Neue Tatsachen. **a)** R. **08** II Ziff. 1047 (KG.). Aus der Bestimmung, daß mit der weiteren Beschwerde neue Tatsachen nicht vorgebracht werden können, folgt auch die Unzulässigkeit von Anträgen, welche andere als die von den Vorentscheidungen betroffenen Ansprüche zum Gegenstande haben. **b)** SeuffBl. **07** 895 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde ist als unzulässig zu verwerfen, wenn sie auf einen Grund gestützt wird, der vor dem Beschwerdegerichte nicht geltend gemacht wurde. **c)** BadRpr. **07** 200 (Karlsruhe). Ob die Beschwerde in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist, kann auch in der Instanz der weiteren Beschwerde auf Grund neuer Tatsachen und Beweise festgestellt werden.

3. Weitere Beschwerde gegen Anordnung der Erbscheinserteilung. **a)** ElsLothNotZ. **08** 203 (Colmar). Wenn von dem LG. in Abänderung eines ablehnenden Beschlusses des Nachlaßgerichts die Erteilung eines Erbscheins angeordnet und demgemäß vom Nachlaßgerichte der Erbschein erteilt worden ist, so kann der wirkliche Erbe gegen diesen Beschluß weitere Beschwerde mit dem Antrag einlegen, die Einziehung oder Kraftloserklärung des Erbscheins anzuordnen. **b)** BayObLG. **8** 203, BayRpflZ. **07** 417, ZBlFG. **8** 254 (BayObLG.). Hat das LG. als Beschwerdegericht das Nachlaßgericht angewiesen, einen Erbschein

zu erteilen, dabei aber die Feststellung der Größe der Erbteile dem Nachlaßgericht überlassen, so kann gegen den erteilten Erbschein und den landgerichtlichen Beschluß nicht weitere Beschwerde wegen Unrichtigkeit der Erbteilsangaben eingelegt werden; denn den Gegenstand der Anfechtung bildet nicht die Entscheidung des Beschwerdegerichts, sondern die des Nachlaßgerichts, die der Beschwerde aus § 19, nicht der weiteren Beschwerde unterliegt.

§ 28. 1. a) Fuchs, ZBlFG. 7 865. Das Gericht der weiteren Beschwerde darf seine Tätigkeit auf die Einlegung des Rechtsmittels hin nicht davon abhängig machen, ob es sich in Wirklichkeit um eine den Gerichten übertragene, also im gerichtlichen Instanzenzuge der FG. zu erledigende Angelegenheit handelt, sondern nur davon, ob sie von dem Beschwerdegericht als eine solche Angelegenheit behandelt worden ist. Es kann deshalb, wenn das LG. in einer nicht im Instanzenzuge des FGG. verfolgbaren Angelegenheit unzulässigerweise auf Beschwerde eine sachliche Entscheidung getroffen hat, eine Entscheidung nicht ablehnen, weil eine Angelegenheit der FG. überhaupt nicht vorliege, sondern hat auf die weitere Beschwerde zu befinden, indem es den Beschluß des Beschwerdegerichts aufhebt und die durch ihn entschiedene Beschwerde als unzulässig verwirft. b) BayObLG. 8 546, DJZ. **08** 312 (BayObLG.). Durch die Einlegung einer wegen Formmangels verworfenen Beschwerde wird das Beschwerderecht nicht erschöpft, wohl aber ist es mit der sachlichen Entscheidung über die weitere Beschwerde verbraucht; ein neuerlicher Beschwerdeantrag auf Änderung der zurückweisenden Entscheidung ist daher unzulässig.

2. Vorlegung an das RG. a) Marcus, ZBlFG. 8 140. Nicht der Anlaß der Entscheidung kommt in Betracht, sondern nur, ob über dieselbe Rechtsfrage bereits eine Entscheidung des RG. ergangen war. Ist diese über die Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage einer GmbH. ergangen, so ist die Vorlegung an das RG. auch geboten, wenn das OLG. von ihr im Registerverfahren bei Prüfung der Eintragungsfähigkeit oder des Vorhandenseins von Ordnungsmängeln abweichen will (gegen RJA. 8 114 [KG.]). b) ZBlFG. **9** 78 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde ist nur dann dem RG. vorzulegen, wenn es sich um Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift handelt. — Ebenso **RG. 67** 345. Dazu gehört nicht die Frage, ob im Verfahren betr. Berichtigung des Standesregisters in Preußen die Gerichte oder das Heroldsamt über Befugnis zur Führung des Adelsprädikats zu entscheiden haben. c) ElsLothJZ. **08** 541 (Colmar). Der Vorlegung an das RG. bedarf es nur, wenn das OLG. mit der weiteren Beschwerde angerufen ist, also nicht, wenn es einen Zuständigkeitsstreit gemäß § 5 entscheidet.

3. Über die Zuständigkeit des KG. für die Beschwerde gegen die vom LG. erstinstanzlich beschlossene Verweigerung des Armenrechts vgl. § 199.

§ 29. 1. a) BayObLG. 8 222. Die weitere Beschwerde in Angelegenheiten der FG. kann nicht zum Protokolle des Gerichtsschreibers irgendeines Amtsgerichts, sondern nur entweder durch Einreichung einer von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Gerichts erster Instanz oder des LG. als Beschwerdegerichts, oder des OLG. eingelegt werden. b) R. **08** II Ziff. 3081 (BayObLG.). An der Unzulässigkeit einer formgerechten verspäteten Beschwerde wird dadurch nichts geändert, daß vorher eine formwidrige rechtzeitige Beschwerde eingelegt und verworfen ist (vgl. OLG. **5** 440 [KG.]).

2. a) R. **09** Ziff. 125 (KG.). Der Notar, der namens eines Beteiligten die Bestellung eines Abwesenheitspflegers beantragt hat, kann gegen den die Ablehnung bestätigenden Beschluß des LG. ohne Zuziehung eines Rechtsanwalts weitere Beschwerde einlegen. b) ElsLothJZ. **08** 539, ElsLothNotZ. **08** 332, R. **08** II Ziff. 2872 (Colmar). Der Antrag, der den Notar zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerdeschrift legitimiert, muß bei dem Gericht erster Instanz gestellt sein, bevor die An-

gelegenheit in dieser Instanz erledigt war. Einem Antrage des Notars steht nicht gleich, wenn er den Erbscheinsantrag eines Beteiligten zugleich mit dessen eidesstattlicher Versicherung beurkundet und dem Nachlaßgericht übermittelt hat. **c)** Hess. Rspr. 7 163 (Darmstadt). Ein Antrag bei dem Gericht erster Instanz, der den Notar zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerde ermächtigt, liegt nicht vor, wenn der Notar die von ihm aufgenommene Urkunde dem Vormundschaftsgerichte zur Erteilung der vormundschaftlichen Genehmigung lediglich vorgelegt hat.

§ 31. KGJ. **34** A 65 (KG.). Hat der Gerichtsschreiber das Rechtskraftzeugnis zu einem Beschluß auf Überweisung zur Fürsorgeerziehung unrichtig erteilt, so kann der verpflichtete Kommunalverband hierüber im Wege der Einwendung eine Entscheidung des Amtsgerichts herbeiführen und gegen diese im Beschwerdewege vorgehen. Es handelt sich dabei um eine einfache Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung Die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses ist nicht davon abhängig, daß der bestätigende kammergerichtliche Beschluß den Beteiligten bereits zugestellt ist.

§ 32. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 27 f. Bestimmung des Anwendungsgebiets (z. B. auch Verschaffung der Rechtsfähigkeit, auch durch Eintragung) (27—31). Tragweite des § 32 (31 f.). Er gilt auch bei anderen Rechtshandlungen, als Rechtsgeschäften (33), auch bei den Prozeßvertretern der §§ 57, 58 ZPO. (34). Der § 311 HGB. ist nur ein Fall der Anwendung des dem § 32 FGG. zugrunde liegenden Prinzips. Analoge Anwendung auf die Aufhebung von Grundbucheinträgen und Erbscheinen (§ 2370 BGB.) (36). — Ein dem § 32 entsprechender Grundsatz ist für die streitige Gerichtsbarkeit zu behaupten (s. JDR. **6** zu § 322 ZPO.).

§ 33. 1. Josef, ZBlFG. 7 861. Die Einreichung oder Vervollständigung der Schlußrechnung kann vom Vormundschaftsgerichte nicht erzwungen werden (gegen KG., OLG. **14** 268, vgl. JDR. **6** § 1892 BGB. Ziff. 2, 3).

2. Becker, BadNotZ. **07** 15. Den Grundbuchämtern sind die Zwangsbefugnisse des § 33 zum Zwecke der Einforderung von Hypothekenbriefen zwar nicht reichsgesetzlich, wohl aber in Preußen landesgesetzlich übertragen (Artt. 1, 15—17 PrFGG.).

3. Betreffs der Form des Protokolls über mündliche Androhung der Ordnungsstrafe vgl. § 16 Ziff. 2 b.

§ 34. **a)** PosMSchr. **07** 80 (KG.). Das Gericht darf grundsätzlich nur aus seinen eigenen, nicht aus fremden Akten Abschriften erteilen. Die Herbeischaffung fremder Akten behufs Erteilung von Abschriften kann auf Grund des § 34 nicht verlangt werden. **b)** OLG. **14** 150 (KG.). Auf die Erteilung von Abschriften der Protokolle über Zeugenvernehmungen bei Ehelichkeitserklärungen findet § 34 keine Anwendung, selbst wenn die Protokolle sich bei den Vormundschaftsakten befinden; die Ehelichkeitserklärung ist keine Angelegenheit der FG. Über die Erteilung der Abschriften kann nur im Verwaltungswege befunden werden. **c)** R. **09** Ziff. 358 (BayObLG.). Der Hypothekengläubiger hat kein berechtigtes Interesse an der Einsicht eines Tauschvertrags über das belastete Grundstück. **d)** WürttRpflZ. **49** 16 (Stuttgart). Die württembergischen Bezirkssteuerämter können auf Grund des § 34 Einsicht in die Akten des Nachlaßgerichts und, soweit dies zur Vereinfachung des Geschäftsganges dient, auch Auskunft aus den Akten beanspruchen. **e)** RJA. **9** 79, KGJ. **35** A 86, ZBlFG. **8** 696, DNotV. **08** 489, SeuffA. **63** 197, SeuffBl. **08** 107, R. **08** II Ziff. 1936 (KG.). Das Nachlaßgericht hat einem Beteiligten nach § 2264 BGB. eine vollständige Testamentsabschrift auf sein Verlangen auch dann zu erteilen, wenn er nur an einem Teile des Testaments rechtliches Interesse hat. § 34 FGG. kann zur Auslegung der Sondervorschrift des § 2264 BGB. nicht herangezogen werden.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 36. I. Josef, ZBlFG. **7** 510. Nach des Vaters Tode bleibt das Gericht seines letzten Wohnsitzes auch bei späterem Wohnsitzwechsel der Mutter für die Vormundschaft zuständig.

II. a) SächsOLG. **28** 148, SeuffBl. **07** 500, SeuffA. **62** 213 (Dresden). Bei der Vormundschaft oder Pflegschaft ist — im Gegensatze zu den im § 43 bezeichneten Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts — der für die Zuständigkeit maßgebende Zeitpunkt nicht derjenige, zu welchem das Gericht nach dem Bekanntwerden des für die Anordnung der Vormund- oder Pflegschaft bestehenden Bedürfnisses mit der Angelegenheit befaßt wird, sondern der Zeitpunkt, zu welchem nach den gesetzlichen Vorschriften die Anordnung der Vormund- oder Pflegschaft erforderlich geworden ist; ein zwischen diesem Zeitpunkt und der Einleitung der Vormund- oder Pflegschaft eingetretener Wechsel des Wohnsitzes des Mündels läßt die einmal begründete Zuständigkeit unberührt. **b**) OLG. **14** 151 (KG.). Für die Einleitung der Vormundschaft über ein zweites uneheliches Kind, das an einem anderen Orte geboren wird als das ältere, ist dasjenige Gericht zuständig, bei dem die Vormundschaft über das ältere Kind geführt wird, gleichviel, ob das ältere Kind sich jetzt mit der Mutter an dem Geburtsorte des jüngeren befindet. **c**) AM. R. **08** II Ziff. 2223 (BayObLG.). § 36 Abs. 1 Satz 2 ist nicht anwendbar, wenn die Geschwister zur Zeit der Anordnung der weiteren Vormundschaft den gleichen Wohnsitz haben (BayObLG. **6** 517); in diesem Falle kann die Vereinigung der Vormundschaften nur im Wege des § 46 FGG. herbeigeführt werden. **d**) SeuffA. **62** 175, SchlHolstAnz. **06** 349 (Kiel). § 36 Abs. 1 Satz 2 FGG. ist auch dann anzuwenden, wenn bereits für einen der älteren Mündel eine Vormundschaft anhängig ist; § 46 FGG. bezieht sich auf Abgabe der Vormundschaft im Falle später eintretender wichtiger Änderungen.

§ 37. DJZ. **07** 828 (KG.). Für die örtliche Zuständigkeit kommt es darauf an, ob die Tatsache, aus der das Fürsorgebedürfnis hergeleitet wird, in den örtlichen Bereich des Gerichts fällt, nicht darauf, ob diese Tatsache die Fürsorge begründet.

§ 43. I. Gegen Graesel, ThürBl. **51** 304, der ausführt, daß das Gericht mit einer Sache nicht schon durch Präsentation der eingehenden Anzeige oder ähnliche rein äußerliche Vorgänge, sondern erst durch die Verfügung befaßt wird, mit der es materiell zur Sache Stellung nimmt, Josef, R. **07** 618 Anm. 4, ferner Keidel (2), Komm. § 43 Anm. 5.

II. a) BayObLG. 8 513 (BayObLG.). Für die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts, die durch den Antrag der Mutter, ihr einen Beistand zu bestellen, erforderlich werden, ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Kindes zuständig, in dessen Interesse die Bestellung des Beistandes erfolgen soll. **b**) BadRpr. **07** 300 (Karlsruhe). Durch die Anhängigkeit einer Pflegschaft wird die Zuständigkeit für die Einleitung einer Vormundschaft über den Pflegling nicht begründet.

§ 44. KGJ. **36** A 3 (KG.). Aus der Ablehnung oder Unterlassung des Einschreitens gegen den Vormund durch das mit der Sache befaßte Vormundschaftsgericht darf ein anderes Gericht keinen Anlaß nehmen, seinerseits als Vormundschaftsgericht (auf Grund der §§ 1846 BGB., 44 FGG.) einzugreifen, insbesondere auch nicht durch Bestellung eines Pflegers zum Zwecke des Vorgehens gegen den Vormund. Wird von den Beteiligten ein Bedürfnis dafür bestritten, daß neben dem bereits mit der Sache befaßten Vormundschaftsgericht ein zweites Gericht als Vormundschaftsgericht einschreitet, so ist hierin eine Anfechtung nicht nur der örtlichen, sondern auch der sachlichen Zuständigkeit des zweiten Vormundschaftsgerichts zu finden. Die hierauf gestützte Beschwerde ist daher mit dem Ziele der Aufhebung

der von dem zweiten Vormundschaftsgericht eingeleiteten Pflegschaft zulässig (vgl. JDR. **4** § 7 II b und oben § 7 Ziff. 2 c).

§ 46. 1. Allgemeines. **a)** BayRpflZ. **07** 260 (BayObLG.). Der Antrag auf Übernahme der Vormundschaft kann erst gestellt werden, wenn die Vormundschaft besteht. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn das Gericht mit der Frage „befaßt" wird, ob eine Vormundschaft anzuordnen sei, sondern erst dann, wenn das Gericht die Vormundschaft „angeordnet" hat. **b)** ElsLothJZ. **07** 378, R. **07** 901 Ziff. 2170 (Colmar). Voraussetzung für die von dem gemeinschaftlichen oberen Gericht auf Grund des Abs. 2 zu treffende Entscheidung ist der erfolglose Versuch einer Verständigung zwischen dem abgebenden Vormundschaftsgerichte, demjenigen, an welches abgegeben werden soll und dem Vormunde. **c)** Ebenso R. **08** II Ziff. 2224 (BayObLG.). **d)** Anwendbarkeit auf das Fürsorgeerziehungsverfahren gemäß PrFürsErzG. vom 2. Juli 1900 (s. JDR. **5** § 46 II a). FrankfRundsch. **40** 214 (KG.). Wird die Vormundschaft an ein anderes Gericht abgegeben und von ihm übernommen, so geht auch ein bei dem abgebenden Gericht etwa anhängiges Fürsorgeerziehungsverfahren ohne weiteres auf das neue Gericht über. **e)** Unwiderruflichkeit der Übernahme vgl. § 18 Ziff. II a.

2. Kasuistik. **a)** BayObLG. 8 22, SeuffBl. **07** 305, R. **08** II Ziff. 1048 (BayObLG.). **b)** ElsLothJZ. **08** 149 (Colmar). **c)** R. **08** II Ziff. 1643 (BayObLG.). **d)** BayObLG. 8 224, SeuffBl. **07** 793, BayRpflZ. **07** 331, R. **07** 775 Ziff. 1724 (BayObLG.). **e)** R. **09** Ziff. 359 (BayObLG.). **f)** BayObLG. 8 58, SeuffBl. **07** 306 (BayObLG.). **g)** WürttZ. **07** 241 (Stuttgart). **h)** BadRpr. **07** 287 (Karlsruhe). **i)** WürttZ. **08** 202 (Stuttgart). **k)** R. **08** II Ziff. 2395 (BayObLG.). **l)** R. **08** II Ziff. 2718 (BayObLG.). **m)** R. **08** II Ziff. 2873 (BayObLG.). **n)** R. **08** II Ziff. 3082 (BayObLG.). **o)** R. **08** II Ziff. 3314 (BayObLG.). **p)** R. **08** II Ziff. 3678 (BayObLG.). — Die Wiedergabe dieser Einzelfälle bietet nicht einmal tatsächliches Interesse. Grundgedanke: Für die Übernahme sind in erster Linie die Interessen des Mündels maßgebend. Werden solche nicht verletzt, so kommen auch die Interessen des Vormundschaftsgerichts und des Vormundes an der Erleichterung der Geschäftsführung in Betracht.

§ 53. Literatur: Glatzer, Die Unterordnung des § 1812 Abs. 2 BGB. unter § 53 FGG. und das Beschwerderecht des Gegenvormundes im Falle des § 1812 Abs. 2 BGB., R. **07** 963. — Josef, Vormundschaftsgerichtliche Eingriffe oder eigene Rechte des Vormundschaftsgerichts, R. **08** 849.

1. Glatzer, R. **07** 963, gegen Josef, Komm. § 53 Anm. 1, bereits JDR. **6** § 1812 BGB. Ziff. 4.

2. Im Ergebnisse sich unter Aufgabe der bisherigen Ansicht anschließend Josef, R. **08** 850. § 53 FGG. findet auf den Fall des § 1812 Abs. 2 BGB. so wenig Anwendung wie auf den des § 1810. Das Vormundschaftsgericht greift im Falle des § 1812 Abs. 2 nicht in das Bestimmungsrecht des Gegenvormundes ein, sondern macht nur Gebrauch von seinem eigenen wahlweise neben dem des Gegenvormundes bestehenden Rechte, das auch bei Bereitwilligkeit des Gegenvormundes ausgeübt werden kann. Durch die Ersetzungsverfügung ist daher niemandes Recht beeinträchtigt, und es steht gegen sie niemandem die Beschwerde zu; das Gericht macht die Verfügung auch nach § 16 Abs. 1 FGG. nur dem Vormunde, nicht aber dem Gegenvormunde bekannt.

§ 54. OLG. **16** 158, DJZ. **08** 197 (KG.). Die Anwendbarkeit des § 54 setzt in Preußen voraus, daß das Grundbuch angelegt ist.

§ 55. I. Josef, BayRpflZ. **08** 331 ff. Ist die Wirksamkeit eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäfts zweifelhaft, so darf das Vormundschaftsgericht nicht um deswillen eine Sachentscheidung ablehnen; dagegen ist sie abzulehnen, wenn das Rechtsgeschäft nichtig oder deshalb unwirksam

ist, weil das Rechtsgeschäft gar nicht vom gesetzlichen Vertreter oder von diesem in einem Falle vorgenommen ist, wo er gesetzlich von der Vertretung ausgeschlossen war. Die bloße Möglichkeit, daß der gesetzliche Vertreter oder ein zu bestellender Pfleger die unbefugt abgegebenen Erklärungen genehmigen könnten, verpflichten das Gericht nicht zur Sachentscheidung über die Genehmigung des zur Zeit völlig unwirksamen Rechtsgeschäfts (gegen KGJ. **34** A 11 [KG.]).

II. DJZ. **07** 1029 (KG.). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist, obwohl obrigkeitlicher Akt, analog den Willenserklärungen des Privatrechts zu behandeln; ist bei der Niederschrift eines genehmigungsbedürftigen Vertrags eine Bestimmung nicht klar zum Ausdrucke gekommen, so wirkt die Genehmigung nicht weiter als der Genehmigungswille des Richters.

§ 57. Literatur: du Chesne, Berechtigtes und rechtliches Interesse, GruchotsBeitr. **51** 509. — S. die Literaturangaben oben zum FGG., insbesondere Unger, BuschsZ. **37** 415 ff. Besondere Regelung der Beschwerdebefugnis für einzelne Arten von Angelegenheiten.

1. Ziff. 1 und 3. **a)** *Unger, BuschsZ. **37** 416 ff. „Rechtliches Interesse" bedeutet hier den Vorteil, daß durch Beschaffung oder Erhaltung der gesetzmäßigen Vertretung des Mündels dem Beschwerdeführer der Schutz, der Gebrauch, die Weiterentwickelung oder die Endigung seiner Rechtsbeziehungen zu dem Mündel ermöglicht oder erleichtert wird. **b)** du Chesne, GruchotsBeitr .**51** 509. „Rechtliches Interesse" bezieht sich auf ein rechtlich anerkanntes und geschütztes Privatinteresse, also auf ein bestehendes Privatrecht. **c)** Ziff. 3. KGJ. **33** A 65, OLG. **14** 275 (KG.). Der Grundstückseigentümer, der mit seinem minderjährigen Hypothekengläubiger über eine Teilentpfändung verhandeln will, das aber nicht kann, weil der gesetzliche Vertreter des Gläubigers an der Besorgung dieser Angelegenheit verhindert ist, hat ein rechtliches Interesse an der Änderung der Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Pflegers hierfür abgelehnt hat. Entsprechendes gilt nicht für den noch nicht eingetragenen Käufer des Grundstücks.

2. Ziff. 6 und 7. **a)** Glatzer, R. **07** 963. Das Beschwerderecht des Gegenvormundes ist auf die Fälle des § 57 Ziff. 6, 7 beschränkt. **b)** Ziff. 7. OLG. **16** 30 (KG.). Die Herabsetzung des dem Vormunde für die Vergangenheit zugebilligten Honorars kann im Beschwerdewege verlangt werden. Der Mündel verliert sein Beschwerderecht nicht durch die Entlastungserklärung; diese ist eventuell im Prozeß auf Rückzahlung des zu viel gezahlten Honorars einzuwenden.

3. Ziff. 9. A. Sorge für die Person. **a)** *Unger, BuschsZ. **37** 425 ff. „Sorge für die Person" bezieht sich nur auf die gerichtliche Oberleitung speziell der Beförderung des leiblichen, geistigen und sittlichen Wohles des Mündels, nicht auf die Anordnung oder Aufhebung der Vormundschaft oder auf die Auswahl des Vormundes. **b)** Josef, ZBlFG. **9** 502. Die „Sorge für die Person" umfaßt nach dem BGB. (§§ 1630—1633, 1793, 1800) das Recht zur Erziehung, Beaufsichtigung, Aufenthaltsbestimmung und das Recht auf Herausgabe des Kindes (Mündels); nur gegen Verfügungen, die diese Ausflüsse des Sorgerechts betreffen, findet das erweiterte Beschwerderecht aus § 57 Ziff. 9 statt, nicht gegen Verfügungen allgemeinen Inhalts, wie die Auswahl und Entlassung des Vormundes, Abgabe und Aufhebung der Vormundschaft. Das ergibt Wortlaut und Entstehung der Vorschrift. Dagegen steht nach § 59 das selbständige Beschwerderecht dem Kinde (Mündel) in allen „seine Person" betreffenden Angelegenheiten zu, also auch gegen die bezeichneten Verfügungen allgemeinen Inhalts. **c)** Unger, BuschsZ. **37** 426. Berührt eine Angelegenheit sowohl die Person als das Vermögen, so ist zu unterscheiden: Ist Ziel der Handlung die Förderung des persönlichen Wohles, das Vermögen dagegen nur das Ausführungsmittel, dessen verfügbares Maß für die Art dieser Förderung zu berücksichtigen ist (z. B. bei Bestimmung des Aufwandes für Unterhalt

und Erziehung), so liegt eine die Person betreffende Angelegenheit vor; ist nächstes Ziel der Angelegenheit die Erhaltung und Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse und diese Erhaltung erst das Mittel zur Hebung des persönlichen Wohles (z. B. bei Verfolgung des Anspruchs des Kindes auf Unterhaltsgelder), so betrifft die Angelegenheit nur das Vermögen. Sind Förderung des persönlichen Wohles und der wirtschaftlichen Verhältnisse in gleichem Grade unmittelbare Ziele (z. B. bei Abschluß von Lehrverträgen, unter Umständen auch Arbeitsverträgen), so ist eine die Sorge für die Person betreffende Angelegenheit nicht deshalb der Vorschrift des § 57 Ziff. 9 entzogen, weil sie auch das Vermögen betrifft. **d)** Ebenso J o s e f , ZBlFG. **9** 506 ff.

B. B e r e c h t i g t e s I n t e r e s s e. **a)** *U n g e r , BuschsZ. **37** 428 ff. „Berechtigtes Interesse" ist eine Anteilnahme am Wohle des Mündels oder Kindes, die auf solchen besonderen Beziehungen zu ihm beruht, die eine tätige Teilnahme an der Sorge für Mündel oder Kind der allgemeinen Anschauung als sittliche Pflicht oder doch als unterstützungswertes Unternehmen erscheinen lassen. **b)** d u C h e s n e , GruchotsBeitr. **51** 509. „Berechtigtes Interesse" liegt überall vor, wenn ein Privatinteresse der behördlichen Förderung würdig ist. **c)** J o s e f , ZBlFG. **9** 512 ff. Während nach früherem preußischen Rechte die Beschwerde im Interesse des Mündels jedem zustand, der dessen Interesse wahrnehmen wollte, steht sie nach § 57 Ziff. 5 FGG. nur dem zu, der ein b e r e c h t i g t e s Interesse h a t , die Angelegenheit des Mündels wahrzunehmen. Daher steht die Beschwerde gegen Beschlüsse des Familienrats nicht dessen Mitgliedern, auch nicht dem Vormundschaftsrichter zu. Denn es ist nicht Aufgabe dieser, die Angelegenheiten des Mündels durch Beschwerde gegen Beschlüsse des Familienrats wahrzunehmen. Ebenso im Ergebnisse U n g e r , BuschsZ. **37** 430 Anm. 91 b.

C. E i n z e l n e F ä l l e. **a)** J o s e f , ZBlFG. **9** 505. Die Entscheidungen über die Genehmigung der Annahme an Kindesstatt, über die Volljährigkeitserklärung, über die Genehmigung des Antrags auf Entlassung des Kindes aus dem Staatsverbande fallen unter Ziff. 9, nicht dagegen die Entscheidungen über die Änderung der elterlichen Bestimmung der Unterhaltsgewährung (§ 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB.), über den Antrag der minderjährigen Frau auf Wiederherstellung der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 Satz 2 BGB.), über den Antrag des Mannes auf Ermächtigung zur Aufkündigung eines Dienstverhältnisses der Frau (§ 1358 BGB.). **b)** RJA. **9** 4, ZBlFG. **8** 407, R. **08** II Ziff. 231 (KG.). Der Ehemann ist berechtigt, Beschwerde gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts in einer Angelegenheit einzulegen, welche die Sorge für die Person des unehelichen Kindes seiner Frau betrifft. **c)** BayRpflZ. **08** 421 (BayObLG.). Der nach früherem (talmudischem) Rechte geschiedene Ehemann hat in einer Angelegenheit, welche die Sorge für die Person des aus der geschiedenen Ehe hervorgegangenen Kindes betrifft, das Beschwerderecht, auch wenn die Erziehung des Kindes durch Vertrag der Mutter überlassen ist. **d)** KGJ. **34** A 26, ZBlFG. **8** 155, PosMSchr. **07** 70, R. **07** 979 (KG.). Durch die Entziehung des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes verliert der Vater das Beschwerderecht aus Ziff. 9 (ebenso OLG. **16** 189 [KG.]). **e)** Beschwerderecht der Armenverwaltung. JDR. **5** § 57 Ziff. 2 f auch BayRpflZ. **07** 67 u. BayObLG. **7** 444 (BayObLG.). **f)** Beschwerderecht des Rechtsanwalts. JDR. **5** § 57 Ziff. 2 e = SeuffBl. **07** 118 (BayObLG.). **g)** KGJ. **36** A 32, OLG. **17** 362, R. **09** Ziff. 126 (KG.). Dem Gemeindewaisenrate steht gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch die es den vorgeschlagenen Vormund ablehnt und um Vorschlag eines neuen Vormundes ersucht, Beschwerde jedenfalls dann nicht zu, wenn er sie nicht im Interesse des Mündels aus besonderen, die Sorge für dessen Person betreffenden Gründen einlegt. **h)** BadRpr. **07** 42 (Karlsruhe). Die Auswahl des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht ist eine Entscheidung über

eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit (ebenso KGJ. **36** A 32 [KG]). Der Kreisverband, welcher das landarme Waisenkind in Armenpflege übernommen hat, kann gegen die Auswahl wegen Nichtberücksichtigung der Verwandten, das zuständige Pfarramt wegen Nichtberücksichtigung des religiösen Bekenntnisses des Mündels Beschwerde einlegen. **i**) OLG. **17** 281 (Hamburg). Der Mutter, der der Vater letztwillig die Verwaltung des von ihm dem Kinde hinterlassenen Vermögens entzogen hat, steht gegen die Auswahl des hierfür bestellten Pflegers kein Beschwerderecht zu. **k**) Kein Beschwerderecht der unehelichen Mutter wegen versagter Bestellung zum Vormunde. **RG.** JDR. **5** § 57 II b = BayObLG. **7** 442 = SeuffBl. **07** 201 = BayRpflZ. **07** 15 = **RG. 64** 288 = RJA. **8** 3 = ZBlFG. **7** 754 = PosMSchr. **06** 155. **l**) OLG. **16** 24 (KG.). Spricht das Vormundschaftsgericht die Anerkennung der Generalvormundschaft aus (Art. 78 PrAGBGB.), so enthält dies die Entscheidung, daß es von seiner Befugnis zur Bestellung eines anderen Vormundes keinen Gebrauch machen wolle. Hiergegen steht der Mutter des unehelichen Mündels die Beschwerde aus § 57 Ziff. 9 zu. **m**) OLG. **17** 361 (KG.). Der Anwalt des wegen Geisteskrankheit Entmündigten hat gegen die Bestellung des Vormundes kein Beschwerderecht im eigenen Namen. Die ihm vom Entmündigten erteilte Vollmacht ist unwirksam; die Vollmacht zur Erhebung der Anfechtungsklage gibt ihm keine Beschwerdebefugnis. **n**) OLG. **14** 152 (KG.). Gegen die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung steht wohl dem Vormund und Pfleger, nicht aber dem Vertragsgegner die Beschwerde zu, selbst wenn die Versagung nur ihm mitgeteilt ist. **o**) ZBlFG. **8** 44, R. **07** 1270 (Jena). Die Mutter und der Stiefvater haben kein Beschwerderecht gegen eine Verfügung, durch welche der Vormund der mit ihnen in Hausgemeinschaft lebenden minderjährigen Kinder darauf hingewiesen wird, daß die Fortgewährung eines von ihm zu den Haushaltungskosten zugesicherten Beitrags aus dem Mündelvermögen zu hoch und deshalb mit den Pflichten des Vormundes unvereinbar sei. **p**) KGBl. **08** 9 (KG.). Gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den es bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der Mutter und dem Vormund eines unehelichen Kindes bezüglich des Versuchs der zwangsweisen Beitreibung von rechtskräftig zuerkannten Alimenten ein Einschreiten gegen den Vormund ablehnt, steht der Mutter zwar nicht aus § 20, wohl aber aus § 57 Ziff. 9 die Beschwerde zu. **q**) Beschwerderecht des Gemeindewaisenrats gegen die Ablehnung einer Anordnung aus § 1666 Abs. 2 BGB. KGJ. **34** A 31, RJA. **8** 167, ZBlFG. **8** 77 (KG.) bereits JDR. **6** § 1666 BGB. Ziff. 3 d. **r**) Beschwerderecht des unehelichen Vaters im Verfahren aus § 1666 BGB. gegen die Mutter. JDR. **5** Ziff. 2 c = OLG. **14** 152 (Karlsruhe). **s**) KGJ. **34** A 40 (KG.). Dem Adoptierenden steht gegen die Verweigerung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Schließung eines Annahmevertrags durch den gesetzlichen Vertreter eines noch nicht vierzehn Jahre alten Kindes die Beschwerde zu (ebenso Josef, ZBlFG. **9** 505). Doch ist die Beschwerde unzulässig, wenn der Vormund dem Annehmenden die Verweigerung der Genehmigung bereits mitgeteilt hat (§§ 55, 62 FGG.).

§ 58. *Unger, BuschsZ. **37** 448. Hinsichtlich der Beschwerdeführung in Sachen der FG. beschränkt die Vorschrift des Abs. 1 sich nicht auf Beschwerden in Vormundschaftssachen.

§ 59. Literatur: S. die oben zum FGG. angeführte Literatur, insbesondere Unger, BuschsZ. **37** 433 ff. (Persönliche Fähigkeit zur Beschwerdeführung), und die zu § 12 erwähnte Abhandlung von Josef, BayRpflZ. **08** 331.

1. Abs. 1. **a**) *Unger, BuschsZ. **37** 433. Die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit im Privatrechtsverkehre, sowohl allgemeine als besondere, sind auch auf Verfahrenshandlungen und Beschwerdeführung in der FG. anwendbar. **b**) *Unger, BuschsZ. **37** 435, 437. Die Minderjährigen für gewisse Angelegen-

heiten gesetzlich erteilte Fähigkeit zur selbständigen Antragstellung in erster Instanz begreift auch die Fähigkeit zur selbständigen Beschwerdeführung gegen Abweisung der Anträge und umgekehrt die ihnen gesetzlich erteilte Fähigkeit zur selbständigen Beschwerdeführung auch die Fähigkeit zur selbständigen Stellung und Betreibung der entsprechenden Anträge in erster Instanz. c) *Unger, BuschsZ. **37** 438. Die Person des Kindes oder Mündels betreffen alle Angelegenheiten, in denen es sich um die Pflicht der Fürsorge des gesetzlichen Vertreters oder des Gerichts für dessen leibliches, geistiges oder sittliches Wohl handelt, ferner diejenigen, in denen das Gesetz dem Kinde oder dem Mündel einen tätigen Einfluß auf die vormundschaftsgerichtliche Tätigkeit gestattet (§§ 112, 113, 1304, 1308, 1337, 1358, 1612, 1635, 1636, 1714, 1727, 1729, 1731, 1741, 1750, 1751, 1770 BGB., § 56 FGG.), nicht aber die auf die Bevormundung oder den Bestand der elterlichen Gewalt überhaupt bezüglichen. **d**) SeuffBl. **08** 635, BayRpflZ. **08** 224, R. **08** II Ziff. 1444 (BayObLG.). Eine das Vermögen betreffende Beschwerde des Mündels selbst ist wirkungslos, kommt als Anrufung des Beschwerdegerichts nicht in Betracht und muß deshalb unberücksichtigt bleiben. Der Unterhalt betrifft die Sorge für die Person. **e**) *Unger, BuschsZ. **37** 442. Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 gilt auch dann, wenn der Mündel in erster Instanz gehört worden ist. **f**) Beschwerde vor Pflegschaftsanordnung. α. RJA. 8 170, KGJ. **34** A 11, ZBlFG. 8 79 (KG.). Das unter elterlicher Gewalt stehende Kind kann in Angelegenheiten, an deren Besorgung der Gewalthaber verhindert ist und in denen ein Mündel vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden soll, das Beschwerderecht selbständig ausüben, auch wenn ein Pfleger nicht bestellt ist. β. Dagegen Josef, BayRpflZ. **08** 331 ff. Das Beschwerderecht aus § 59 Abs. 1 Satz 2 FGG. steht nicht bloß einem Mündel, sondern auch dem unter Pflegschaft stehenden Kinde zu; da Voraussetzung der Beschwerde aber eine Angelegenheit ist, in der das Kind vor der Entscheidung gehört werden soll, dies also eine bereits bestehende Pflegschaft voraussetzt, so steht die Beschwerde nur dem bereits unter Pflegschaft gestellten, nicht dem erst unter Pflegschaft zu stellenden Kinde zu.

2. Abs. 2. **a**) **RG. 65** 199, RJA. 8 77, ZBlFG. **7** 889, JW. **07** 198, BayObLG. 8 40, SeuffBl. **07** 387, BayRpflZ. **07** 171. Der Antrag eines Geschäftsunfähigen auf Aufhebung einer für ihn angeordneten Pflegschaft ist nichtig, gleichgültig, ob der Antragsteller seinen Antrag in einer Weise zum Ausdrucke bringt, die das Verständnis für den Inhalt und den Willen, daß die Pflegschaft aufgehoben werden soll, erkennen läßt. § 664 ZPO., wonach der Entmündigte zur Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses befugt ist, läßt sich als Ausnahmebestimmung auf die Pflegschaft nicht übertragen (in Übereinstimmung mit BayObLG. 8 35 gegen KG., JDR. **5** § 59 Ziff. 2). **b**) OLG. **17** 361 (KG.). Gegen die Bestellung des Vormundes kann der wegen Geisteskrankheit Entmündigte kein Beschwerderecht ausüben.

§ 60. 1. Abs. 1. **a**) Ziff. 1. R. **08** II Ziff. 1644 (KG.). Zum Familienratsmitgliede berufen ist nur, wer von dem Vater oder der ehelichen Mutter des Mündels als Mitglied in der letztwilligen Verfügung benannt ist. Die Auswahl eines Mitglieds durch das Vormundschaftsgericht oder den Familienrat verschafft dem Ausgewählten die Stellung eines Berufenen selbst dann nicht, wenn der Ausgewählte sich auf Anfrage zur Übernahme des Amtes bereit erklärt hat. Solange ein vom Vormundschaftsrichter oder Familienrate zum Familienratsmitglied Ausgewählter noch nicht bestellt worden ist, kann die getroffene Auswahl geändert werden. **b**) Ziff. 3. KGJ. **36** A 35 (KG.). Die Beschwerde gegen die Bestellung eines Spezialvormundes, durch welche die Rechte und Pflichten des bisherigen Generalvormundes wegfallen, ist die sofortige, und zwar ohne Unterschied, ob sie von dem dergestalt entlassenen Generalvormunde selbst oder von der beteiligten Gemeindebehörde eingelegt wird. **c**) Ziff. 6. α. Josef, ZBlFG. **9** 499. Die sofortige Beschwerde findet gegen

alle Verfügungen statt, die ihrer Gattung nach erst mit der Rechtskraft wirksam werden, also auch dann, wenn die sofortige Wirksamkeit einer solchen Verfügung im Einzelfall angeordnet ist. Denn auch in diesem Falle greift der Zweck der sofortigen Beschwerde durch, baldigst die endgültige Unabänderlichkeit der Verfügung festzustellen (im Anschluß an Unger, BuschsZ. **37** 472, und im Gegensatze zu der bisher überwiegenden Meinung). β. WürttZ. **07** 201 (Stuttgart). Die sofortige Beschwerde findet auch statt gegen die auf Grund des § 1629 BGB. ergehenden Verfügungen, durch die auf Antrag die Ermächtigung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft ersetzt wird, einfache Beschwerde dagegen, wenn die Ermächtigung verweigert wird.

2. Abs. 2. *Unger, BuschsZ. **37** 482. a) Für andere zur Beschwerde gegen die Übergehung Befugte als den Übergangenen gilt dieser Fristbeginn nicht. b) Bezüglich der Aufhebung des Familienrats gilt dieser Fristbeginn für alle Beschwerdebefugten.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindesstatt.

§ 68. Unger, BuschsZ. **37** 471 (Anm. 205). Die sofortige Beschwerde gemäß § 68 Abs. 2 FGG. findet auch statt, wenn die Entscheidung über die Bestätigung wegen Mangels einer Verfahrensvoraussetzung (Zuständigkeit) abgelehnt wird. — Dagegen Josef, ZBlFG. **9** 499. Die sofortige Beschwerde ist nur vorgeschrieben gegen den Beschluß, durch den die Bestätigung des Adoptionsvertrags „versagt", d. h. aus sachlichen Gründen abgelehnt wird; denn nur ein Beschluß dieses Inhalts macht nach §§ 1754, 1770 BGB. den Vertrag hinfällig. Lehnt das Gericht die sachliche Entscheidung überhaupt ab, z. B. wegen Unzuständigkeit, so findet einfache Beschwerde statt.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

Literatur: Bender, Adoption und Adel im Verfahren der FG. nach badischem Rechte, BadNotZ. **08** 2. — Carlebach, Nachwort zur gleichen Frage, ebenda 8. — Frese, ZBlFG. **8** 459 ff., vgl. die Literaturangaben zum 10. Abschnitt. — Josef, Antrags- und Beschwerderecht im Verfahren zur Berichtigung der Standesregister, ZBlFG. **8** 641.

§ 69. a) HessRspr. **9** 42 (Darmstadt). Die Frage, ob jemand dem preußischen Adel angehört und berechtigt ist, das dazu gehörige Prädikat zu führen, ist allein vom preuß. Heroldsamte zu entscheiden und einer Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte selbst dann entzogen, wenn es sich um Berichtigung des Standesregisters handelt. b) KGJ. **36** A 54, OLG. **17** 31 (KG.). In Preußen ist die von der Adelsbehörde (Heroldsamt) über die Zugehörigkeit eines preußischen Untertanen zum Adelsstand oder zu einer bestimmten Adelsstufe getroffene Entscheidung für die Gerichte bei der Anordnung der Berichtigung einer Eintragung im Standesregister maßgebend (unter Aufgabe der Ansicht KGJ. **28** A 167, in Übereinstimmung mit der früheren Ansicht KGJ. **23** A 192). Vgl. hierzu auch Ziff. 7 zu § 12 BGB.

§ 70. Wiederberichtigung. JDR. **5** § 70 II a = OLG. **14** 146, RheinANB. **07** 45 (KG.).

§ 71. a) *Unger, BuschsZ. **37** 461. Unter diesen „Vorgängen" sind nur rechtsgeschäftliche Erklärungen zu verstehen, die zu der einzutragenden Rechtsänderung erforderlich sind. b) *Unger, BuschsZ. **37** 457. § 71 ermächtigt den Notar auch zum Antrage nach § 11 Abs. 3, nicht aber zu dem nach § 65 PStG. c) *Unger, BuschsZ. **37** 458 ff., unten FGG. § 129. d) Bender, BadNotZ. **08** 2, teilt einen nicht zur Entscheidung der Gerichte gelangten Fall mit, in dem ein Standesamt den Vermerk der Adoption trotz Vorlegung des bestätigten Adoptionsvertrags abgelehnt hat bis zur Berichtigung des Vertrags dahin, daß das durch von B. adoptierte Kind nicht, wie im Vertrage vorgesehen, den Familiennamen „von B.", sondern den Familiennamen „B." zu führen habe. Im Nachworte dazu hält Carlebach

den Standpunkt des Standesamts, daß es und eventuell auf Beschwerde das Gericht über das Recht, Adelsprädikate zu führen, selbständig zu entscheiden habe, im Gegensatze zum preuß. Heroldsamt (JDR. **6** § 12 BGB. Ziff. 6) de lege lata für zutreffend.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

Literatur: Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung (2). Breslau 1907. — v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts nach den Vorschriften des BGB. und des FGG. Hannover 1907.

§ 72. *v. Hugo aaO. aus dem Vorworte. Das BGB. sieht zur Regelung familien- und erbrechtlicher Verhältnisse in vielfacher Beziehung die Mitwirkung des Nachlaßgerichts vor. Dieselbe hat sich u. a. auf die Fürsorge zur Sicherung des Nachlasses, auf die Anordnung der Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, auf die Ermittelung der Erben, auf die Erteilung der zum Nachweise des Erbrechts erforderlichen Bescheinigungen, auf die Inventarerrichtung, sowie auf die Entgegennahme von Erklärungen zu erstrecken. Das BGB. bestimmt ferner, nach welchen Grundsätzen die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses und in Ansehung des Gesamtguts nach Beendigung der Gütergemeinschaft zu erfolgen hat, während das Auseinandersetzungsverfahren in dem FGG. geregelt wird. Letzteres entscheidet auch die Frage, welches Gericht als Nachlaßgericht zuständig ist.

§ 73. a) KGJ. **32** A 3, RheinNotZ. **51** 253 (KG.). Unter Aufenthalt im Sinne des Abs. 1 ist ein rein tatsächliches Verhalten zu verstehen, das körperliche Sein einer Person an einem Orte, ohne Rücksicht darauf, ob diese die Anwesenheit gewollt hat oder sich ihrer auch nur bewußt geworden ist. **b)** OLG. **14** 153, DNotV. **07** 324 (Dresden). Für die Erteilung eines Erbscheins nach einem im Inlande wohnenden Ausländer ist das Amtsgericht seines letzten Wohnsitzes zuständig (s. auch schon JDR. **5** Ziff. 1). **c)** Dagegen R. **09** Ziff. 127 (KG.). Ob und wie weit die Behandlung des Nachlasses den inländischen Gerichten obliegt, kann nicht auf Grund des § 73 FGG., sondern nur nach materiellem Rechte entschieden werden. Wird der Erblasser nach ausländischem Rechte beerbt, so kann, auch wenn er zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, ein nicht gegenständlich beschränkter Erbschein nach ihm nicht erteilt werden. **d)** ElsLothJZ. **08** 152, ElsLothNotZ. **08** 153 (Colmar). Ob und in welchem Umfange die Erben eines in Elsaß-Lothringen verstorbenen, daselbst wohnhaft gewesenen Franzosen bei einem els.-loth. Gericht einen unbeschränkten Erbschein erlangen können, ist weder im § 73 FGG., noch im § 2369 BGB. bestimmt, sondern richtet sich nach Artt. 25, 27 EGBGB. (ebenso ElsLoth. NotZ. **08** 16 [Colmar]). **e)** KGJ. **36** A 109 (KG.). Dem Testamentsvollstrecker ist für die im Inlande befindlichen Gegenstände, die zu der Erbschaft eines zuletzt im Auslande wohnenden, dort verstorbenen Ausländers gehören, von dem deutschen nach § 73 Abs. 3 zuständigen Gericht über seine Ernennung ein Zeugnis zu erteilen, in dem zum Ausdrucke zu bringen ist, daß der Testamentsvollstrecker die Befugnisse hat, die ihm nach dem maßgebenden ausländischen Rechte zustehen. Die formellen Voraussetzungen für die Erteilung eines solchen Zeugnisses bestimmen sich nach deutschem Rechte. **f)** JDR. **5** Ziff. 2 b (BayObLG.) auch DJZ. **07** 245.

§ 76. a) SächsOLG. **28** 229 (Dresden). Außerhalb des Verfahrens der FG. ist die Anfechtung der Anordnung einer Nachlaßverwaltung schlechthin unzulässig; der Verwalter kann deshalb im Prozesse nicht dem Einwand ausgesetzt werden, daß eine Nachlaßverwaltung nicht hätte eingeleitet werden dürfen. — **RG.** R. **07** 1324 Ziff. 3328 läßt die Frage dahingestellt. **b)** RJA. **9** 9, KGJ. **35** A 72, ZBlFG. **8** 411, DNotV. **08** 118 (KG.). Wird gegen die Anordnung einer Nachlaßverwaltung die sofortige Beschwerde eingelegt, so hat das Beschwerdegericht nur zu prüfen,

ob die Voraussetzungen für die Nachlaßverwaltung zur Zeit ihrer Anordnung gegeben waren, der in der Zwischenzeit erfolgte Wegfall einer dieser Voraussetzungen ist ohne Bedeutung. — Ebenso Kretzschmar, ZBlFG. **9** 451. **c)** KGJ. **36** A 70, OLG. **17** 365, R. **09** II Ziff. 128 (KG.). Die Beschwerde eines Nachlaßgläubigers gegen die Ablehnung seines Antrags auf Aufhebung der Nachlaßverwaltung ist unzulässig, wenn der Antrag darauf gestützt ist, daß bereits zur Zeit der Anordnung der Nachlaßverwaltung eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden gewesen sei. **d)** SeuffBl. **07** 1060, SächsOLG. **29** 52 (Dresden). Der Testamentsvollstrecker hat kein Beschwerderecht gegen die auf Antrag des Erben erfolgte Anordnung der Nachlaßverwaltung; er hat auch kein Recht darauf, selbst als Verwalter bestellt zu werden. **e)** ZBlFG. **9** 81, BayRpflZ. **08** 318 (BayObLG.). Der Vermächtnisnehmer hat kein Beschwerderecht gegen die auf Antrag der Erben des Beschwerten verfügte Nachlaßverwaltung.

§ 77. Abs. 3. *Unger, BuschsZ. **37** 484. Hat, nachdem auf Antrag eines Gläubigers eine Inventarfrist bestimmt war, ein anderer Gläubiger die Bestimmung einer neuen Inventarfrist beantragt, so läuft zur Beschwerde gegen die Entscheidung über diesen neuen Antrag die Frist von der Bekanntmachung nicht an den ersten, sondern an diesen anderen Gläubiger.

§ 78. *v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 60. Soll bei einer zu einem Nachlasse gehörenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld einer von mehreren Erben als neuer Gläubiger eingetragen werden, so genügt nach § 37 Abs. 1 GBO. zum Nachweise der Erbfolge und der Eintragungsbewilligung der Erben ein Zeugnis des Nachlaßgerichts. Das Zeugnis darf nur ausgestellt werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen und die Erklärungen der Erben vor dem Nachlaßgerichte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sind (§ 37 Abs. 2 aaO.). Die Vorschriften des § 37 finden entsprechende Anwendung, wenn bei einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die zu dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehört, ein Beteiligter, auf den das Recht bei der Auseinandersetzung übertragen ist, als neuer Gläubiger eingetragen werden soll (§ 38 aaO.). Nach § 99 aaO. kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß die Vorschriften der §§ 37, 38 entsprechende Anwendung finden, wenn bei einem zum Nachlaß oder zu dem Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft oder einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörenden Grundstück oder Erbbaurecht einer von den Beteiligten als Eigentümer oder Erbbauberechtigter eingetragen werden soll.

§ 81. **a)** R. **07** 332 Ziff. 776 (KG.). Ist der die Ernennung des Testamentsvollstreckers aussprechende Beschluß rechtskräftig geworden, so kann der Antrag auf Entlassung nicht darauf gestützt werden, daß nach dem Testamente die Ernennung unzulässig gewesen sei. **b)** DJZ. **07** 884, R. **07** 1211 Ziff. 3006 (KG.). Dem Nachlaßgerichte steht kein Aufsichtsrecht über die Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu. Überschreitet dieser seine Befugnisse, so können die Beeinträchtigten nur im Rechtswege gegen ihn vorgehen.

§ 82. Schaub, DJZ. **08** 700. Wie sind Meinungsverschiedenheiten mehrerer Mitvormünder oder Mittestamentsvollstrecker zu entscheiden? S. oben zu § 1797 BGB.

§ 83. I. Unger, R. **08** 222 ff. Die gesetzlichen Voraussetzungen des Eidesverfahrens müssen vom Gerichte festgestellt sein, ehe das Verfahren beginnen darf.

II. **a)** R. **07** 190 Ziff. 360 (BayObLG.). Die Feststellung, daß kein Grund zu der Annahme besteht, der Erbe oder Testamentsvollstrecker habe eine letztwillige Verfügung des Erblassers in Händen, genügt, um die Ablehnung des Antrags auf Abnahme des Offenbarungseids zu rechtfertigen, und kann mit der weiteren Beschwerde nicht angefochten werden. **b)** KGJ. **36** A 85 (KG.). Mangels entgegenstehen-

der Bestimmungen der Staatsverträge ist das inländische Gericht befugt, die Sicherstellung des im Inlande befindlichen Testaments eines verstorbenen Ausländers zu übernehmen und zu diesem Zwecke die Auslieferung des Testaments von dessen Besitzer, nötigenfalls unter Anwendung von Zwangsmaßregeln, zu verlangen (vgl. Josef, Komm. [2] § 73 Zus. und DNotV. **04** 211).

§ 84. I. a) Josef, BadNotZ. **07** 11. Das Überweisungszeugnis des Nachlaßgerichts aus §§ 37, 38 GBO. ist für das Grundbuchamt derart wirksam, daß dieses nicht den Nachweis verlangen kann, ob eine Auseinandersetzung erfolgt oder bestätigt ist, dagegen hat das GBA. die ihm erkennbare Unrichtigkeit des Zeugnisses hinsichtlich der Erbeneigenschaft zu berücksichtigen. Vgl. auch JDR. **6** GBO. § 37 Ziff. 1. b) Vgl. *v. Hugo zu § 78.

II. a) OLG. **16** 191, DNotV. **08** 499 (KG.). Nur die Kraftloserklärung eines Erbscheins ist, weil mit öffentlicher Bekanntmachung verbunden (§ 2361 Abs. 2 BGB.), der Beschwerde entzogen, nicht auch die Einziehung des Erbscheins oder der seine Aufhebung aussprechende Beschluß. b) KGJ. **36** A 116, R. **08** II Ziff. 2583 (KG.). Gegen die in der Beschwerdeinstanz angeordnete Einziehung des Erbscheins ist weitere Beschwerde mit dem Ziele der Erteilung eines neuen, mit dem eingezogenen gleichlautenden Erbschein auch nach geschehener Einziehung des alten und Erteilung eines anderweiten Erbscheins zulässig.

§ 85. Vgl. *v. Hugo zu § 78.

Literatur zum Auseinandersetzungsverfahren: v. Amelunxen, Die Auseinandersetzung unter Miterben, ElsLothJZ. **07** 379. — Derselbe, Die gerichtliche Erbteilung in ihren juristischen Grundlagen, DNotV. **07** 6 ff. (bereits JDR. **5** gebracht, aber in einigen nachträglich eingegangenen Selbstberichten des Verf. hier nochmals berücksichtigt). — Derselbe, Schuldrechtliche oder dinglich-rechtliche Wirkung der Erbauseinandersetzung? ZBlFG. 8 671. — Josef, Die Entscheidungspflicht des Nachlaßgerichts und das Beschwerderecht der Beteiligten beim Antrag auf Auseinandersetzung, BadRpr. **07** 21 ff. — Derselbe, Amtswegige Ermittelungs- und Entscheidungspflicht des Nachlaßgerichts bei der Auseinandersetzung, KGBl. **08** 3 ff., 16 ff. — Derselbe, Die rechtliche Bedeutung der Bestätigung, insbesondere im Auseinandersetzungsverfahren, BadNotZ. **07** 2. — Klumpp, Einige Fragen aus dem Gebiete des gerichtlichen Teilungsverfahrens, ElsLothNotZ. **07** 217. — Kretzschmar, Die Auseinandersetzung unter Miterben, SächsRpflA. **08** 129 ff., 153 ff. (die Verfahrensvorschriften sind 158 ff. behandelt). — Marcus, Die gerichtliche Erbteilung nach deutschem Rechte. In 8 Beispielen dargestellt. Berlin 1907. — Schefold, Die gerichtliche Beurkundung beim Teilungsverfahren, WürttJ. **20** 256 (Teil 7 der „Erörterungen zum ehelichen Güterrechte").

§ 86. I. Ermittelungs- und Entscheidungspflicht des Nachlaßgerichts (s. auch § 87 Ziff. I u. II). 1. Josef, BadRpr. **07** 21 ff. Das Nachlaßgericht hat die rechtliche Zulässigkeit des Auseinandersetzungsantrags von Amts wegen zu prüfen und, wenn es sie bejaht, den Verhandlungstermin anzuberaumen. Gegen diese Verfügung steht dem geladenen Beteiligten die Beschwerde zu. Diese Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß ist auch nach Beginn des Verhandlungstermins zulässig, sie ist aber ausgeschlossen, wenn in den vom Beschwerdeführer im Termin abgegebenen Erklärungen ein Verzicht auf die Beschwerde zu finden ist, oder wenn die Auseinandersetzung endgültig erfolgt ist; letzterenfalls findet nur die Beschwerde gegen den Bestätigungsbeschluß statt. Das Nachlaßgericht, das die Antragsberechtigung zu prüfen hat, kann vor der Beschlußfassung über die Eröffnung des Verfahrens verlangen, daß der Antragsteller seine Antragsberechtigung durch Vorlegung von Urkunden nachweise. Zu diesem Nachweise genügt nicht, daß der Antragsteller pflichtteilsberechtigt ist und nach § 2079 Satz 1 BGB. das Testament angefochten hat; denn mit der bloßen Anfechtung ist die Nichtigkeit des Testaments noch nicht nachgewiesen. — Erhebt ein Beteiligter gegen die Eröffnung des Verfahrens Widerspruch, bestreitet er insbesondere die Antragsberechtigung, so ist das Nachlaßgericht verpflichtet, selbständig über die Begründetheit dieses Wider-

spruchs zu entscheiden, es kann nicht vom Antragsteller nach § 87 Abs. 2 FGG. die Beibringung der Entscheidung des Prozeßgerichts, daß der Widerspruch beseitigt sei, verlangen. Eine solche Entscheidung des Prozeßgerichts gehört nicht zu den Unterlagen im Sinne des § 87; vielmehr ist daraus, daß § 95 die Aussetzung des Verfahrens vorschreibt, wenn im Verhandlungstermine sich Streitigkeiten ergeben, zu schließen, daß Streitigkeiten, wenn sie vor dem Termine sich ergeben, die Einstellung des Verfahrens nicht rechtfertigen sollen und daß dem Nachlaßgerichte die Pflicht obliegt, die Berechtigung des Widerspruchs zu prüfen, und, wenn es sie verneint, den Verhandlungstermin anzuberaumen. Der Widerspruch gegen die Eröffnung des Verfahrens ist nur dann zu beachten, wenn er sich auf die rechtliche Unzulässigkeit des Verfahrens gründet, nicht aber, wenn der Widersprechende lediglich geltend macht, daß er sich nicht auseinandersetzen wolle oder daß der Antragsteller die Auseinandersetzung zur Zeit nicht beanspruchen könne oder daß er aus dem Nachlasse nichts mehr zu fordern habe. Ein Widerspruch dieser Art betrifft nicht die rechtliche Zulässigkeit des Verfahrens, hindert folglich nicht dessen Eröffnung; eine auf Widerspruchsgründe dieser Art gestützte Beschwerde ist sonach als unbegründet zurückzuweisen.

2. Josef, KGBl. **08** 16 ff. Der Beschluß über die Einleitung des Verfahrens ist in der Ladung zum Verhandlungstermin (§ 89) enthalten und wird folglich mit der Bekanntmachung wirksam. Ist vorher gegen die Zulässigkeit des Verfahrens ein Widerspruch erhoben, so namentlich, weil der Antragsteller nicht erbberechtigt oder weil die Auseinandersetzung bereits erfolgt sei, und gibt das Nachlaßgericht dem Antragsteller nach § 87 Abs. 2 auf, als eine Unterlage des Antrags die Beseitigung des Widerspruchs durch Urteil nachzuweisen, so kann der Antragsteller mit der Beschwerde geltend machen, daß das Nachlaßgericht bei richtiger Würdigung der Sachlage selbständig über den Widerspruch habe entscheiden müssen. Ebenso ist jeder, der behauptet, daß durch die Einleitung des Verfahrens sein Recht beeinträchtigt sei, zur Beschwerde gegen die Einleitung, also gegen die Anberaumung des Verhandlungstermins, legitimiert. Kraft seiner Pflicht, während des ganzen Verfahrens die Legitimation des Beteiligten zu prüfen, hat das Nachlaßgericht einen Widerspruch gegen die Erbberechtigung auch nach dem Verhandlungstermine noch zu berücksichtigen, und es kann daher auf einen Widerspruch dieser Art auch noch nach dem Verhandlungstermine die Beschwerde gestützt werden.

3. Kretzschmar, SächsRpflA. **08** 153 ff. (159). Das Nachlaßgericht ist trotz eines Widerspruchs, welcher Art er auch sei, nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, das Auseinandersetzungsverfahren einzuleiten, wenn nur nach den beigebrachten Unterlagen das Erbrecht des Antragstellers dargetan ist.

4. Rechtsprechung. **a)** SeuffBl. **08** 902, R. **08** II Ziff. 2874 (BayObLG.). Das Nachlaßgericht darf seine Tätigkeit nicht deshalb ablehnen, weil ein Nachlaßvermögen nicht vorhanden oder die zufolge Todeserklärung für das Ableben des Erblassers begründete Vermutung angeblich nachträglich widerlegt ist. Diese Streitigkeiten sind unter den Interessenten im Prozeßweg auszutragen. **b)** R. **09** Ziff. 563 (Colmar). Wenn gegenüber dem Antrage des gesetzlichen Erben der Gegner die Verpflichtung zur Auseinandersetzung bestreitet, weil er alleiniger Testamentserbe sei, so kann das Nachlaßgericht nicht nur seine Entscheidung über den Antrag bis zur Austragung des Streites aussetzen, sondern auch, weil die Einleitung des Auseinandersetzungsverfahrens zwecklose Kosten verursachen würde, den Antrag zurückweisen und dem Antragsteller überlassen, die Entscheidung des Prozeßgerichts herbeizuführen. § 95 FGG. ist hier nicht anwendbar. **c)** BayObLG. **9** 34, SeuffBl. **08** 371, ZBlFG. **8** 616, SeuffA. **63** 215, BayRpflZ. **08** 14, DNotV. **08** 497, R. **08** II Ziff. 840 (BayObLG.). Bei der Auseinandersetzung bestimmt das Nachlaßgericht den Kreis der Beteiligten ebenso selbständig wie bei der Erteilung des Erbscheins,

ohne den Ausgang eines Rechtsstreits über das Erbrecht abwarten zu müssen. Zeigt sich nachträglich, z. B. zufolge Todeserklärung, daß ein als Beteiligter berücksichtigter Erbe den Erbfall nicht erlebt hat, so hat das Nachlaßgericht auf Antrag die Auseinandersetzung wieder aufzunehmen. Ergibt die Erbenermittelung nichts über das Vorhandensein von Abkömmlingen des für tot Erklärten, so reicht die bloße Möglichkeit ihrer Existenz nicht aus, sie als Beteiligte zu berücksichtigen. Dem Zwecke der Todeserklärung widerspräche es, den bekannten Beteiligten wegen einer solchen Möglichkeit den Erbanteil vorzuenthalten. Den etwa vorhandenen unbekannten Erben bleiben nur ihre Ansprüche gegen die ermittelten Erben.

II. Wesen und Wirkung der Auseinandersetzung. 1. *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **07** 379 ff. Liegt bereits eine freiwillige Auseinandersetzung vor, so kann wegen der ausgelassenen Gegenstände der Masse die Auseinandersetzung nachträglich angeordnet werden. Vorgängige Anfechtung ist nicht erforderlich, vielfach sogar unmöglich (vgl. jedoch JDR. **6** zu § 2050 BGB.). Sind aber in der gerichtlichen Auseinandersetzung Auslassungen untergelaufen, so erfolgt die Vervollständigung durch einfache Fortsetzung des Verfahrens (vgl. zu § 91). Die „Auseinandersetzung" des § 86 deckt sich mit derjenigen des § 2032 BGB. (vgl. hierzu JDR. **6** § 2032 BGB. Ziff. 3 a). § 86 begründet also die Zuständigkeit des Nachlaßrichters zur Entgegennahme der Auflassungsbewilligungen im Auseinandersetzungsvertrage.

2. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 14 ff., 21 ff. Das Auseinandersetzungsverfahren ist so lange nicht erledigt, als ein Rechtsverhältnis der Gesamthand fortbesteht (vgl. JDR. **6** zu BGB. §§ 749 Abs. 2, 2032 Abs. 2). Die Auseinandersetzung schließt die Beendigung des Gesamthandsverhältnisses an Grundstücken durch Auflassung ein. Die §§ 1 u. 86 FGG. begründen somit die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts, mit dem Auseinandersetzungsvertrage die Auflassung von Nachlaßgrundstücken unter den Teilungsgenossen zu beurkunden (ebenso v. Amelunxen, ZBlFG. 8 671 gegen ZBlFG. 7 828 [Dresden] = JDR. **6** § 37 GBO. Ziff. 2).

III. Antragsberechtigte. Beteiligte. 1. Klumpp, ElsLoth. NotZ. **07** 217. Wie der Pfandgläubiger berechtigt ist, die ihm verpfändete Sache ohne Rücksicht auf den Betrag seiner Forderung ganz zu veräußern, so kann auch der Erbengläubiger den für ihn gepfändeten Erbteil unbeschränkt durch die Höhe seiner Forderung und ohne Mitwirkung des Schuldners in vollem Umfang einziehen. Er ist im Teilungsverfahren der allein Verfügungsberechtigte; die Ladung und Zuziehung des Schuldners ist nicht nötig (vgl. JDR. **5** Ziff. I 2).

2. Pringsheim, DJZ. **07** 879, 880. Auch der Pfändungsgläubiger des Miterben ist zum Auseinandersetzungsantrage berechtigt. In den Pfandnexus des Gläubigers fallen aber nicht die dem Schuldner zugeteilten Nachlaßgegenstände selbst, sondern nur das Forderungsrecht des Miterben auf Aushändigung dieser Gegenstände.

3. Pflegerbestellung für mehrere minderjährige Erben, s. Weegmann, JDR. **6** § 181 BGB. Ziff. I.

4. Rechtsprechung. a) OLG. **14** 154, SchlHolstAnz. **07** 175, DJZ. **07** 361 (KG.). Der Erbe, der seinen Erbteil — selbst nur fiduziarisch — veräußert hat, gehört nicht zu den Erbauseinandersetzungsbeteiligten. b) PucheltsZ. **38** 286 (LG. Düsseldorf). Der Miterbe geht seines Rechtes, die Vermittelung der Auseinandersetzung zu beantragen, zwar nicht deshalb verlustig, weil auf Antrag eines anderen Miterben das Verfahren bereits eröffnet ist; der Antrag hat dann die Bedeutung, den Antragstellenden von denjenigen Miterben, auf deren Antrag das Verfahren bereits eröffnet ist, unabhängig zu machen, insbesondere ihn davor zu schützen, daß die anderen Miterben durch plötzliche Rücknahme ihres Antrags den Fortgang des Teilungsverfahrens hemmen. Haben dagegen diejenigen Miterben, auf deren An-

trag das Verfahren eröffnet ist, die übrigen Miterben zu den Auseinandersetzungsverhandlungen bereits geladen oder ist es gar schon zu Verhandlungen gekommen, so wird dadurch das Antragsrecht der übrigen Miterben beseitigt; denn in solchem Falle kann das Verfahren auch gegen den Willen der ersten Antragssteller von den übrigen Miterben fortgesetzt werden, und es hat deshalb auch der Antrag die Bedeutung verloren, diese vor der Willkür der ersten Antragsteller zu schützen. **c**) Keine Zuziehung des Nacherben. DJZ. **07** 300 (KG.), vgl. JDR. **6** § 2032 BGB. Ziff. 2 c.

IV. Überweisung an einen Notar (Art. 21 PrFGG.). **a**) KGJ. **35** A 125 (KG.). Dem Antrag auf Überweisung der Vermittelung der Auseinandersetzung an einen Notar darf nur entsprochen werden, wenn der Richter bei Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände, insbesondere der von den widersprechenden Beteiligten vorgebrachten Gegengründe, die Überzeugung erlangt, daß die beantragte Überweisung im Interesse aller Beteiligten zweckmäßig ist. **b**) Rechtliche Behinderung des Notars, Beschwerde gegen die Überweisung vgl. oben § 6 Ziff. 1 a.

§ 87. I. Josef, KGBl. **08** 16. Aus § 87 Abs. 2 ist zu folgern, daß bei der Auseinandersetzung der Antragsteller seine Antrags- und Erbberechtigung selbsttätig durch Vorlegung von Urkunden nachzuweisen hat, dem Gerichte hier also keine amtswegige Ermittelungspflicht obliegt.

II. Anders KGJ. **33** A 104, DNotV. **08** 126 (KG.). Der Antrag, die Auseinandersetzung zu vermitteln, kann wegen Verneinung des Antragsrechts oder wegen Vorhandenseins eines zur Bewirkung der Auseinandersetzung berechtigten Testamentsvollstreckers erst abgelehnt werden, nachdem das Nachlaßgericht diese Hinderungsgründe festgestellt und die zur Feststellung erforderlichen Beweise erhoben hat. Das Nachlaßgericht kann sich auch der Feststellung enthalten und das Verfahren einleiten oder die Erbringung des Nachweises verlangen, daß die Hinderungsgründe beseitigt sind (vgl. auch JDR. **5** § 86 Ziff. II a).

§ 91. I. Die Vereinbarung. 1. Form. Schefold, WürttJ. **20** 256. Die Vorschrift, daß das Teilungsverfahren zu beurkunden sei, ist eine an den Teilungsrichter gerichtete Verfahrensvorschrift, keine Formvorschrift für die Auseinandersetzung, die auch ohne Beurkundung gültig ist. Die Bedeutung der Beurkundung erschöpft sich darin, daß die Urkunde für die Parteierklärungen Beweis schaffen soll und die Grundlage für das Versäumnisverfahren bildet. Tatfrage ist, ob im Einzelfalle die Erklärungen der Beteiligten unbedingt oder nur unter der Voraussetzung des Vollzugs der Beurkundung abgegeben werden.

2. Inhalt und Wirkung. **a**) *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **07** 382. Da durch eine Reihe von Einzelteilungen die erschöpfende Auseinandersetzung erreicht werden kann, so steht jede materiell unvollständige Auseinandersetzung einer derartigen Einzelteilung gleich. Wegen Anfechtung vgl. oben § 86 u. JDR. **6** § 2050 BGB. **b**) KGJ. **35** A 74, ZBlFG. **8** 335, DNotV. **08** 129, OLG. **16** 192, SeuffBl. **08** 336 (KG.). Die Auseinandersetzung kann in der Weise erfolgen, daß einem Miterben die Erbteile der übrigen Miterben übereignet werden. Wird eine solche Übereignung von einem Miterben gemäß § 91 Abs. 1 Satz 2 FGG. vorgeschlagen nnd das Einverständnis der übrigen Miterben gemäß § 91 Abs. 3 angenommen, so ist mit der rechtskräftigen Bestätigung der Vereinbarung die Übereignung bewirkt. Nach Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses kann nicht mehr gerügt werden, daß die Vorschriften über das Verfahren nicht beobachtet seien. **c**) Die Entsch. JDR. **5** Ziff. II (KG.) jetzt auch DNotV. **07** 351.

II. Die Bestätigung. Vgl. zu § 93.

III. Das Versäumnisverfahren. 1. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 6 ff. Da der Ausbleibende die Auseinandersetzung nicht verhindern darf noch kann, so wird sein Ausbleiben als stillschweigende Zustimmung gedeutet (praesumtio iuris et de iure). Der Bestätigungsbeschluß ersetzt die rechtsgeschäftliche Form der

Zustimmungen und aller einzelnen in dem Auseinandersetzungsvertrag enthaltenden Rechtsänderungen, schließt aber die Anfechtung der Vereinbarung wegen Mangels im Willen nicht aus.

2. Rechtsprechung. a) DNotV. **08** 131, ElsLothJZ. **08** 600, ElsLothNotZ. **08** 21 (Colmar). Eine Zustellung gemäß § 91 Abs. 3 ist unwirksam, wenn sie nicht die in Satz 1 vorgeschriebene Benachrichtigung und den in Satz 2 vorgeschriebenen Hinweis enthält. **b)** Zustellung an den Bevollmächtigten? Vgl. § 16 Ziff. 3. **c)** Vgl. oben Ziff. I 2 b.

§ 93. I. 1. Josef, BadNotZ. **07** 2. Die Bestätigung der Auseinandersetzung durch das Nachlaßgericht ist nur ein Zeugnis darüber, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet sind. Daraus ergibt sich: a) Die Bestätigung heilt weder Mängel der Auseinandersetzung, die im materiellen Rechte wurzeln (Mängel des Erbrechts oder Alleinerbrechts der Beteiligten, der erforderlichen behördlichen Genehmigung, sowie Willensfehler), noch solche Mängel, die das Verfahren bei der Auseinandersetzung betreffen, wie den Mangel der Unterzeichnung des Auseinandersetzungsprotokolls. Die Bestätigung begründet vielmehr als amtliches Zeugnis nur die Vermutung dafür, daß die Vorschriften über das Verfahren beobachtet sind; ein Recht zur Nachprüfung ist hier nur soweit ausgeschlossen, als das Nachlaßgericht die Versäumnisfolgen ausgesprochen hat, da die Feststellung, ob eine Versäumnis vorliegt, nach Absicht des Gesetzes ausschließlich dem Nachlaßgerichte zusteht. b) Die Bestätigung ist nicht Voraussetzung der Bindung der Beteiligten an die bei der Auseinandersetzung abgegebene Erklärung. Diese sind vielmehr für die Beteiligten wirksam, auch wenn das Nachlaßgericht die Bestätigung aus einem formalen Grunde verweigert, es sei denn, daß nach dem Inhalte der Erklärungen diese als wirksam und bindend nur unter der Voraussetzung erfolgender Bestätigung abgegeben sind. c) Die Vorschrift, daß die Auseinandersetzung zu bestätigen ist, ist nicht derart zwingender Natur, daß die Bestätigung mangels entgegenstehender Rechtsgründe in jedem Falle erfolgen müßte. Das Nachlaßgericht kann vielmehr die Bestätigung unterlassen, wenn mit ihr Verzögerungen verbunden sein sollten, deren Vermeidung im Interesse der Beteiligten liegt.

2. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 21 ff. Die Auseinandersetzung kann im Wege mehrerer (unvollständiger) Teilungsvereinbarungen vor sich gehen. Das Verfahren ist so lange noch unbeendigt, als die vollständige Auseinandersetzung nicht erreicht ist, und demnach ohne neuen Beschluß oder Klage fortzusetzen (aM. OLG. **6** 486 [Colmar]). Im Bestreitungsfall ist nach § 95 zu verfahren (vgl. JDR. **6** zu BGB. §§ 749, 2032).

II. Rechtsprechung. a) DJZ. **07** 775 (BayObLG.). Die Übereignung eines Nachlaßgrundstücks an den Erben erfolgt nicht durch die Zuteilung im Plane, sondern durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. **b)** OLG. **16** 195, DNotV. **08** 130, ElsLothNotZ. **08** 18 (Colmar). Die Versäumniswirkung der bestätigten Auseinandersetzung umfaßt auch die von den nicht erschienenen Beteiligten abzugebende Vollmacht zur Auflassung. Auch diese Vollmacht bildet einen Teil der Auseinandersetzung. **c)** DNotV. **08** 131, ElsLothJZ. **08** 600, ElsLothNotZ. **08** 21 (Colmar). Wird der Beschluß, durch den die Auseinandersetzung bestätigt ist, aufgehoben, so wird die Bestätigung für alle Beteiligten hinfällig.

§ 95. Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 2 (KG.) jetzt auch DNotV. **07** 349.

§ 96. *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **07** 379 ff. Wegen der Frage grundbuchmäßiger Eintragungsfähigkeit vgl. JDR. **6** zu § 2032 BGB.

§ 97. I. 1. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 17. Die Nachprüfung hat sich zwar nicht auf den materiellen Inhalt der Auseinandersetzung, aber doch auf das Vorhandensein vorbehaltloser (ausdrücklicher oder stillschweigender) Zustimmungen zu erstrecken.

2. *Peiser, PosMSchr. **08** 3. Kontrahiert der Vormund unter Verletzung des § 181 BGB. mit sich selbst, so ist es ohne Wirkung, daß das Nachlaßgericht den Erbvergleich bestätigt. Denn die Bestätigung hat nur die Bedeutung, daß der Vertrag unter den zugezogenen Personen wirksam geworden ist. Eine Wirkung gegenüber denjenigen Personen, deren Zuziehung zu Unrecht unterblieb, ist dem Bestätigungsbeschlusse zu versagen. Das Grundbuchamt ist der Prüfungspflicht durch den Bestätigungsbeschluß nicht überhoben, sonst wäre § 37 GBO. überflüssig, wonach bei der Ausstellung eines bloßen Zeugnisses das Nachlaßgericht die Verantwortung der Richtigkeit trägt.

II. Abs. 2. WürttZ. **49** 14 (LG. Tübingen). Das Nachlaßgericht tritt an die Stelle des Vormundschaftsgerichts nur bei Beteiligten, die im Inlande keinen gesetzlichen Vertreter haben, sondern vormundschaftsgerichtlicher Fürsorge außerhalb des Inlandes unterstehen, nicht also bei minderjährigen Beteiligten, die unter elterlicher Gewalt stehen.

§ 99. a) Marcus, Bemerkungen zur Beurkundung und Durchführung gerichtlicher Auseinandersetzungen zwischen Teilnehmern einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, ZBlFG. 8 142. S. JDR. **6** § 1491 BGB. Ziff. 2. b) Schefold, WürttJ. **20** 256. S. oben § 91 Ziff. I 1. c) OLG. **14** 230 (Hamburg). Durch § 99 wird die sofortige Erhebung der Auseinandersetzungsklage betreffend das Gesamtgut nicht gehindert.

Sechster Abschnitt. Schiffspfandrecht.

§ 100. a) *Unger, BuschsZ. **37** 458 ff. s. unten zu § 129. b) RJA. 8 263, KGJ. **34** A 210, ZBlFG. 8 288 (KG.). Gegen die Verfügung, durch welche die Löschung des Pfandrechts an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe abgelehnt wird, findet Beschwerde statt, die nur dem Antragsteller zusteht; die für die Beschwerde geltenden Vorschriften der Grundbuchordnung sind unanwendbar.

§ 107. RJA. 8 263, KGJ. **34** A 210, ZBlFG. 8 288 (KG.). Die Löschung eines Schiffspfandrechts auf Grund der Bewilligung des Bevollmächtigten eines verstorbenen Gläubigers ist unzulässig, sofern sich nicht das Fortbestehen der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus aus der Vollmachtsurkunde ergibt oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

Literatur: Josef, Das Verhältnis des Offiziallöschungsverfahrens nach §§ 142—144 FGG. zur Anfechtung von Eintragungen durch Beschwerde, KGBl. **07** 62. — Derselbe, Die Einwirkung des Offiziallöschungsverfahrens auf die Beschwerde gegen Eintragungen im Handelsregister, HoldheimsMSchr. **07** 134. — Derselbe, Der Nachweis der Rechtsnachfolge und die Auskunftspflicht der Beteiligten gegenüber dem Registergerichte, HoldheimsMSchr. **07** 139. — Derselbe, Die Legitimation zur Beschwerde gegen die Löschung einer Firma, HoldheimsMSchr. **07** 292. — Marcus, Zum Ordnungsstrafverfahren des Registerrichters, ZBlFG. 8 683. — Derselbe, Unzulässigkeit der Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens seitens des Registerrichters trotz Vorliegens des Tatbestandes des § 37 Abs. 1 HGB., ZBlFG. 8 684. — Derselbe, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Registergerichts zum Einschreiten gegen unbefugten Firmengebrauch, R. **08** 205.

§ 125. Josef, R. **07** 755. Die Zuständigkeit des Gerichts der FG. zur Entscheidung von Streitigkeiten wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß nach dem Gesellschaftsvertrage Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen.

§ 126. a) KGJ. **34** A 133, RJA. 8 196, ZBlFG. 8 97, DNotV. **08** 753 (KG.). Anträge der Handelskammer aus § 37 HGB., § 140 FGG. fallen nicht unter § 126 FGG. Der Handelskammer steht gegen die Ablehnung nicht Beschwerde zu. Vgl. JDR. **6** zu § 37 HGB. Ziff. I 1. b) R. **08** II Ziff. 2225 (KG.). Die Handelskammer genießt für einen derartigen Antrag aus § 140 FGG. und für die Beschwerde gegen

die Ablehnung eines solchen in Preußen keine Gebührenfreiheit. c) Über das Beschwerderecht der Handelskammer neben dem des Verletzten vgl. § 20 Ziff. I 3.

§ 127. a) RJA. **9** 90, ZBlFG. 8 703, DNotV. **08** 756, R. **08** II Ziff. 2113 (KG.). Das Registergericht ist befugt, eine von ihm zu erlassende Verfügung bis zur Erledigung eines anderen anhängigen Verfahrens der FG. auszusetzen (vgl. auch § 12 Ziff. II 3). b) R. **08** II Ziff. 1050 (KG.). Der Aussetzungsbeschluß bedarf nach § 25 der Begründung, da die Aussetzung nur aus sachlichen Gründen in geeigneten Fällen angeordnet werden darf. Dies ist im Falle der Beschwerde zu verneinen, wenn diese unabhängig von dem präjudizierlichen Streitverhältnisse, das den Anlaß zur Aussetzung geben soll, gerechtfertigt ist.

§ 128. I. *Wiedemann, Ideale Vereine 438, 440. Wo die Anmeldung des Vereins zur Eintragung ins Vereinsregister gemäß dieser Vorschrift erfolgt (vgl. § 159 FGG.), fällt ihre Unterzeichnung durch die Vorstandsmitglieder und die durch den § 77 BGB. geforderte öffentliche Beglaubigung weg.

II. KGJ. **34** A 121 (KG.). Soll wegen eines durch Prozeßvergleich festgestellten Rechtsverhältnisses eine Eintragung in das Handelsregister erfolgen, so ist ein Eintragungsersuchen des Prozeßgerichts an das Registergericht nicht geeignet, die Anmeldung der Rechtsänderung zum Handelsregister durch die Beteiligten zu ersetzen.

§ 129. (S. auch unten § 161). 1. *Unger, BuschsZ. **37** 458. Die Ermächtigung umfaßt auch die Ermächtigung zur Beschwerdeführung gegen Abweisung des Antrags. Dies gilt auch dann, wenn der abgelehnte Eintragungsantrag nicht vom Notar gestellt war (459). — Unter den zur Eintragung erforderlichen Erklärungen sind nur die als wesentliche materiell-rechtliche Voraussetzungen einer jeden Eintragung der betreffenden Inhaltsgattung notwendigen, wie Bewilligungs- und Zustimmungserklärungen beim Grundbuch und beim Schiffsregister, die ihrem Inhalte nach einzutragenden Verträge, Beschlüsse und sonstigen Erklärungen beim Handels-, Genossenschafts-, Vereins- und Güterrechtsregister, nicht aber Legitimationsurkunden und Eintragungsanträge zu verstehen (460). — Sind zu einer Eintragung mehrere Erklärungen erforderlich, so genügt zur Begründung der Vermutung schon die Beurkundung bzw. die Behauptung einer dieser Erklärungen (462). — Die Vermutung gilt nur für die Person des Notars und nur, solange er sich im Amte befindet (460). — Der Notar gilt in den Fällen des § 15 GBO. und des § 129 FGG. als Vertreter auch eines solchen Antragsberechtigten, der an der beurkundeten Erklärung nicht teilgenommen hat (463). — Der Notar ist zu Anträgen und Beschwerden nicht in eigenem Namen berechtigt. Sind mehrere Beschwerdebefugte vorhanden, so ist die Beschwerde des Notars unwirksam, wenn nicht vom Notar erkennbar gemacht wird oder sonst erhellt, für welche von diesen Beschwerde eingelegt werde (465). — Die Aufnahme des Eintragungsantrags in die vom Notar beurkundete oder beglaubigte Erklärung schließt die Vermutung der Bevollmächtigung des Notars nicht aus; auch ist eine Wiederholung dieses Antrags durch den Notar nicht nötig, um ihn zur Beschwerdeführung zu befugen (464). — Die Vermutung der Vollmacht erlischt durch die gleichen Vorgänge, wie eine ausdrückliche Vollmacht (465).

2. *Wiedemann, Ideale Vereine 419. Der Notar, welcher die zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet oder beglaubigt, kann an Stelle des Vereinsvorstandes (§ 26 BGB.) einen idealen Verein rechtsgültig zur Eintragung ins Vereinsregister anmelden (§ 59 BGB.); eine andere Stellvertretung gibt es für den Vereinsvorstand bei der Anmeldung des Vereins zur Eintragung nicht (vgl. IDR. **6** zu § 59 BGB. Ziff. 1).

§ 132. I. 1. Allgemeines. Josef, KGBl. **07** 88. Das Ordnungsstrafverfahren ist stets Offizialverfahren; das Gericht entscheidet nicht über Anträge des angeblich Verletzten, sondern nimmt aus ihnen nur Anlaß zum Einschreiten.

2. Ermittelung der Erbeneigenschaft des Anmeldepflichtigen. Josef, HoldheimsMSchr. **07** 139. a) Das Registergericht darf das Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung von Anmeldungen nur einleiten, wenn es die Voraussetzungen des Verfahrens festgestellt hat; es hat daher nach § 12 FGG. von Amts wegen die Erbeneigenschaft der für anmeldepflichtig Erachteten, sowie ferner festzustellen, ob diese das Geschäft fortsetzen oder eingestellt haben. Aus der Feststellungspflicht des Registergerichts folgt aber keine Verpflichtung der angeblichen oder wirklichen Rechtsnachfolger zur Erteilung von Auskunft oder zur Beschaffung eines Erbscheins; daher findet gegen sie auch kein Zwang in dieser Richtung aus Artt. 15, 17 PrFGG. statt, die eine nach anderen gesetzlichen Vorschriften bestehende Verpflichtung des Beteiligten voraussetzen. Eine Auskunftsverweigerung hat also für diese Personen keine nachteiligen Folgen. Das Registergericht wird deshalb das Ordnungsstrafverfahren behufs Erzwingung einer Anmeldung durch die Erben nur einleiten, wo die Erbeneigenschaft durch öffentliches Testament oder Erbschein nachgewiesen oder glaubwürdig vom Beteiligten zugestanden ist. b) Das Registergericht hat vermöge seiner Amtspflicht, die Voraussetzungen des Ordnungsstrafverfahrens festzustellen, auch zu ermitteln, ob die als Erben des Firmeninhabers Berufenen endgültig Erben geworden sind, d. h. ob sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen haben. Dem Belangten liegt keine Beweislast für die Ausschlagung ob, da es im Verfahren der FG. überhaupt keine Beweislast, sondern nur amtswegige Ermittelungen gibt.

II. Rechtsprechung. a) R. **08** II Ziff. 3680 (KG.). Auch gegen die Verfügung, durch die das Registergericht ohne Einleitung des formellen Ordnungsstrafverfahrens zur Erfüllung einer Anmeldepflicht auffordert, ist Beschwerde unzulässig. **b**) RJA. **9** 250, R. **09** Ziff. 951 (KG.). Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts, durch welchen dem Registergericht aufgegeben wird, das Ordnungsstrafverfahren zur Eintragung einer Firma in das Handelsregister einzuleiten, ist unzulässig. **c**) Beschwerderecht der AG.: BayObLG., JDR. **5** § 132 Ziff. II 4 = BayObLG. **7** 446 = BayRpflZ. **07** 111. **d**) BadJustMinReskr. vom 16. Juni 1906, BadRpr. **07** 238, empfiehlt zurückhaltende Anwendung der Strafandrohungsbefugnis, insbesondere im Genossenschaftswesen.

§ 133. Marcus, ZBlFG. **8** 683. Erklärt der Beteiligte nach Ablauf der Frist, aber vor Festsetzung der Ordnungsstrafe seine Bereitwilligkeit, die Auflage zu erfüllen, so ist der Richter befugt, von der Festsetzung der Strafe abzusehen, weil diese Maßregel jetzt zwecklos wäre. Das gleiche gilt, wenn der Beteiligte in der Zwischenzeit die angesonnene Verpflichtung bestreitet; in diesem Falle ist das Bestreiten als Einspruch zu behandeln und nach § 134 FGG. Termin anzuberaumen, da der formlose Widerspruch, als der sich der Einspruch darstellt, wegen Verspätung der Geltendmachung für das einheitlich zu behandelnde Verfahren nicht jede Wirkung verliert.

§ 135. BayObLG. **8** 59. Hat das Registergericht im Ordnungsstrafverfahren in einem Falle, in dem wegen Fristversäumung nach § 133 FGG. die angedrohte Ordnungsstrafe festzusetzen und zugleich die frühere Verfügung unter Androhung einer erneuten Ordnungsstrafe zu wiederholen war, eine Entscheidung gleichen Inhalts unter Verwerfung des Einspruchs nach § 135 Abs. 2 FGG. erlassen, so kann diese Entscheidung nicht mit Erfolg angefochten werden.

§ 139. a) OLG. **14** 154 (Karlsruhe). Zu der durch § 139 ausgeschlossenen Nachprüfung der materiellen Voraussetzungen der Straffestsetzung gehört auch die Prüfung, ob die Strafe in der verhängten Höhe begründet war. **b**) Hess. Rspr. **8** 27 (Darmstadt). Auch wenn die Strafandrohung durch Nichteinlegung des Einspruchs unanfechtbar geworden ist, braucht nicht unter allen Umständen die Strafe festgesetzt zu werden; vielmehr ist auch hier noch zu prüfen, ob eine schuldhafte Zuwiderhandlung vorliegt. Die Beschwerde kann darauf gestützt werden, daß die Ver-

fügung ohne Verschulden der Beteiligten durch Umstände, welche bei der Strafandrohung noch nicht eingetreten waren, unausgeführt geblieben ist (aM. Weißler, zu § 139 Abs. 2).

§ 140. I. a) Marcus, ZBlFG. 8 684. Das Ordnungsstrafverfahren ist trotz Vorliegens des Tatbestandes des § 37 Abs. 1 HGB. unzulässig, wenn dieser Tatbestand unter Mitwirkung des Registerrichters, der die unzulässige Firma durch Eintragung sanktioniert hatte, verwirklicht war. Der Beteiligte braucht den richterlich approbierten Firmengebrauch nicht mehr zu rechtfertigen; deshalb versagt § 140 in allen Fällen, wo eine im Sinne der §§ 18 ff. HGB. unzulässige Firmeneintragung bewirkt ist. Der Registerrichter kann vielmehr nur gemäß § 142 einschreiten. b) Marcus, R. **08** 205. Für die Fälle des § 37 Abs. 2 HGB. ist das Ordnungsstrafverfahren nicht gegeben. Es handelt sich hier nicht wie im § 37 Abs. 1 HGB. um öffentlichrechtliche, sondern um Privatrechtskollisionen. Den Interessenten des § 37 Abs. 2 steht, soweit nicht etwa auch ein genügender Tatbestand des § 37 Abs. 1 vorliegt, lediglich der Prozeßweg offen.

II. Rechtsprechung. a) KGJ. **35** A 145 (KG.). Die Handelskammer ist in den Fällen des § 140 weder antrags- noch beschwerdeberechtigt (vgl. auch KGJ. **34** A 133 [KG.]). b) BadRpr. **08** 304 (Karlsruhe). Soll dem Vorgehen des Registerrichters deshalb entgegengetreten werden, weil ein Grund zum Einschreiten wegen unzulässiger Firmenführung nicht vorgelegen habe, so hat dies im Wege des Einspruchs gegen die Untersagung und Strafandrohung (§ 132), nicht im Wege der sofortigen Beschwerde gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe (§ 139) zu geschehen. c) ZBlFG. **9** 72, BayRpflZ. **07** 474 (BayObLG.). Das Bestehen einer Gesellschaftsfirma, die den Vor- und Zunamen eines Gesellschafters und einen das Gesellschaftsverhältnis bezeichnenden, gesetzlichen Zusatz enthält und in das Handelsregister eingetragen ist, hindert einen Einzelkaufmann mit demselben Vor- und Zunamen nicht, am gleichen Orte seinen Vor- und Zunamen als neue Firma zu führen. Ob solche Firmenführung nach § 8 UnlWG. zu beanstanden ist, kann nur im Rechtswege, nicht im Wege des Ordnungsstrafverfahrens entschieden werden, das zur Feststellung der Absicht, Verwechselungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen, nicht bestimmt ist.

§ 141. *Wiedemann, Ideale Vereine 740. Diese Vorschrift findet auch Anwendung auf die eingetragenen Vereine. Über die verschiedene Bedeutung des Widerspruchs und der diesen zurückweisenden Verfügung beim Fehlen von begriffswesentlichen und beim Fehlen bloß legalwesentlicher Eintragungsvoraussetzungen vgl. die Bemerkungen zu § 55 BGB. in JDR. **6**.

§ 142. I. 1. Verhältnis zum Beschwerderecht. a) Josef, KGBl. **07** 62. Die für das Offiziallöschungsverfahren getroffenen Vorschriften der §§ 142—144 FGG. bezwecken allgemein den Schutz der durch eine Eintragung geschaffenen Rechtslage und gelten daher auch für den Fall, daß der Beeinträchtigte die Beseitigung der Eintragung durch Beschwerde beantragt. Es steht in seiner Wahl, das Offiziallöschungsverfahren anzuregen oder gegen die Eintragung unmittelbar Beschwerde einzulegen (vgl. aber JDR. **5** § 142 Ziff. II). b) Josef, Holdheims MSchr. **07** 134. Der durch eine Eintragung im Handelsregister Beeinträchtigte kann, statt deren Löschung im Offizialverfahren der §§ 142, 144 FGG. anzuregen, gegen die Eintragung Beschwerde führen. Die für das Offiziallöschungsverfahren getroffenen Vorschriften, wonach die Löschung nur stattfindet, wenn die Eintragung wegen Verletzung wesentlicher gesetzlicher Voraussetzungen unzulässig war, oder wenn der eingetragene Gesellschaftsbeschluß auf Verletzung zwingender gesetzlicher Vorschriften beruht und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint, und auch nur, wofern das Vorhandensein dieser Voraussetzungen unter Festsetzung einer Widerspruchsfrist gegen den Betroffenen festgestellt ist, bezwecken allgemein

den Schutz der durch eine Eintragung geschaffenen Rechtslage; daher gelten sie auch für den Fall, daß der Beeinträchtigte die Beseitigung der Eintragung durch Beschwerde beantragt. c) Josef, HoldheimsMSchr. **07** 134. Das Gericht der weiteren Beschwerde hat, wenn es die Voraussetzungen der Löschung einer Eintragung als vorhanden ansieht, die Löschung anzuordnen; die Bestimmung der Widerspruchsfrist liegt ihm aber nach der Natur des auf Prüfung der Rechtsfrage beschränkten Rechtsmittels nicht ob. d) Josef, HoldheimsMSchr. **07** 134. Soweit lediglich der Beschwerdeführer von der beabsichtigten Löschung betroffen wird, können das Registergericht wie auch die Beschwerdegerichte die Löschung ohne jedes vorhergehende Verfahren auf Grund des § 18 FGG. anordnen.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **07** 48. Der Registerrichter ist befugt, gegen eine GmbH. das Verfahren auf Löschung der Firma zu eröffnen, weil deren Personenfirma eine erschlichene ist bzw. gegen das Wettbewerbsgesetz verstößt.

3. *Wiedemann, Ideale Vereine 704. Diese Vorschrift findet auch Anwendung auf die eingetragenen Vereine. Über die verschiedene Bedeutung der Exoffiziallöschung beim Fehlen von begriffswesentlichen und beim Fehlen von bloß legalwesentlichen Eintragungsvoraussetzungen vgl. die Bemerkungen zu § 55 BGB. in JDR. **6**.

II. Rechtsprechung. 1. Wesentliche Voraussetzung. a) KGJ. **34** A 125, OLG. **14** 158, DNotV. **08** 757, R. **07** 259 Ziff. 517 (KG.). § 142 kommt nicht nur zur Anwendung, wenn eine Eintragung unter Verletzung einer Verfahrensvorschrift erfolgt ist, sondern auch in Fällen objektiv unrichtiger Eintragungen, die unter Beobachtung der formalen Verfahrensvorschriften bewirkt sind. b) BayRpflZ. **08** 481, R. **08** II Ziff. 3315 (BayObLG.). Der Umstand, daß ein kaufmännischer Angestellter entgegen § 60 Abs. 1 HGB. eine Konkurrenzfirma eröffnet, macht dessen Eintragung als Vollkaufmann nicht zu einer unzulässigen. c) BayObLG. **8** 200, RJA. **9** 31, KGJ. **35** A 366, ZBlFG. **8** 427, OLG. **16** 111, LeipzZ. **07** 752, DNotV. **08** 800, R. **08** II Ziff. 240, SeuffBl. **07** 994 (BayObLG.). Die für das Anerkenntnis des Anspruchs eines Genossen auf das Ausscheiden erforderte beglaubigte Form ist nicht eine wesentliche Voraussetzung der Eintragung im Sinne der §§ 142, 147 FGG., die trotz Mangels der Beglaubigung erfolgte Eintragung darf daher nicht aus diesem Grunde von Amts wegen gelöscht werden.

2. Beschwerde. a) Kein Beschwerderecht Dritter (z. B. des Gläubigers einer eingetragenen Firma), vgl. JDR. **5** Ziff. IV b auch KGJ. **33** A 140, DNotV. **08** 752 (KG.). b) RJA. **9** 254, R. **09** Ziff. 953 (KG.). Dem Aktionäre steht ein Beschwerderecht zu gegen den Beschluß, durch den sein Antrag auf Herbeiführung der Löschung eines im Handelsregister eingetragenen, seine Individualrechte verletzenden Generalversammlungsbeschlusses abgelehnt wird.

§ 143. I. *Wiedemann, Ideale Vereine 704. Diese Vorschrift findet auch Anwendung auf die eingetragenen Vereine (vgl. die Bemerkungen JDR. **6** zu § 55 BGB.).

II. R. **08** II Ziff. 2875 (BayObLG.). In Bayern steht der Polizeibehörde kein Beschwerderecht gegen die Ablehnung einer Firmenlöschung zu.

§ 144. I. a) *Enzmann, Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft (Leipzig 1907). Die Löschung ist nur zulässig wegen Fehlens oder durch gesetzwidrigen oder in sich widerspruchsvollen Inhalt verursachter Nichtigkeit einer der nach § 182 Abs. 2 HGB. wesentlichen Bestimmungen des Statuts (74). b) *Wiedemann, Ideale Vereine. Vgl. die Bemerkungen zu § 182 HGB. in JDR. **6**.

II. a) RJA. **9** 254, R. **09** Ziff. 953 (KG.). Der Registerrichter ist nicht befugt, einen Generalversammlungsbeschluß einer AG. als nichtig zu löschen, der nicht durch seinen Inhalt, sondern nur durch die Art des Zustandekommens zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt. b) PosMSchr. **08** 138 (KG.). Eine GmbH., die sich

nicht nach Inhalt ihrer Satzungen als Religionsgesellschaft darstellt, kann nicht schon deswegen gelöscht werden, weil sie tatsächlich die Ziele einer solchen verfolgt.

§ 145. 1. SeuffA. **63** 46, OLG. **16** 196, BauersZ. **15** 88, BuschsZ. **38** 426 (Dresden). Die Abberufung eines Liquidators kann nicht im Wege einstweiliger Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO. beantragt werden (vgl. auch JDR. **5** Ziff. 2).

2. *Wimpfheimer, Gesellschaften des Handelsrechts 43. Bei einem Antrag auf Abberufung eines Liquidators nach § 147 HGB. braucht der Liquidator nicht Antragsgegner zn sein.

§ 147. Literatur: Schmidt-Bardeleben, Prüfung der Urkunden über Generalversammlungsbeschlüsse der Genossenschaften durch das Registergericht, R. **08** 660.

Schmidt-Bardeleben, R. **08** 660. Das Registergericht hat vor Eintragung eines Generalversammlungsbeschlusses einer Genossenschaft die formelle Ordnungsmäßigkeit der Urkunde, die sachliche Zuständigkeit des beschließenden Genossenschaftsorgans und die materielle Gesetzmäßigkeit des Beschlusses zu prüfen.

§ 158. Josef, BadNotZ. **07** 6. Die Bestätigung der Dispache ist nur die amtliche Erklärung, daß die Vorschriften über das Verfahren befolgt sind. Die Beteiligten können also ihre Erklärungen wegen Irrtums im Prozeßweg anfechten, soweit nicht § 767 Abs. 2 ZPO. entgegensteht.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

§ 159. I. Pitel, ZBlFG. 8 273. Welches Gericht ist für die weitere Registerführung zuständig, wenn der Verein seinen Sitz an einen Ort verlegt, der außerhalb des Bezirks des für die Ersteintragung des Vereins zuständig gewesenen Gerichts liegt? S. JDR. **6** zu § 55 BGB. Ziff. 3.

II. R. **07** 123 Ziff. 125 (BayObLG.). Gegen die Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen ein Vorstandsmitglied des Vereins steht nur dem Vorstandsmitgliede, nicht dem Verein ein Beschwerderecht zu.

§ 160. R. **08** II Ziff. 2451 (BayObLG.). Lehnt das Beschwerdegericht einen Antrag auf einstweilige Sistierung der angeordneten und bereits anberaumten Mitgliederversammlung bis zur rechtskräftigen Erledigung der Beschwerde ab, so ist gegen diese Ablehnung selbständige weitere Beschwerde formell zulässig; auf bloße tatsächliche Zweckmäßigkeitsgründe kann sie aber nicht gestützt werden.

§ 161. I. *Unger, BuschsZ. **37** 463. Der Notar gilt hier als Bevollmächtigter der Antragsberechtigten.

II. a) DNotV. **07** 698, ElsLothNotZ. **07** 134 (LG. Straßburg). Der den Ehevertrag beurkundende Notar ist auch dann berechtigt, den Antrag auf Eintragung des Ehevertrags in das Güterrechtsregister ohne Vorlegung einer Vollmacht zu stellen, wenn im Ehevertrag ein Eintragungsantrag der Parteien nicht enthalten ist (so Franz, Notariat 326; aM. Planck, Staudinger, Komm. zu § 1560 BGB., ElsLothNotZ. **02** 228, OLG. **6** 286 [Colmar]). b) ElsLothNotZ. **08** 144, ElsLothJZ. **08** 263, OLG. **17** 368, DNotV. **08** 430, **09** 99 (Colmar). Ist im Ehevertrag ein Eintragungsantrag nicht beurkundet, so kann der den Ehevertrag beurkundende Notar den Eintragungsantrag nur unter Vorlegung der Vollmacht stellen, da die Vorschriften der §§ 1560, 1561 BGB. materiell-rechtlicher Natur sind und der Eintragungsantrag eine „zur Eintragung erforderliche Erklärung" im Sinne des § 129 FGG. darstellt (dagegen Weißler, DNotV. **08** 431).

Neunter Abschnitt. Offenbarungseid. Untersuchung und Verwahrung von Sachen. Pfandverkauf.

§ 163. Literatur: Unger, Die Unterschiede des Offenbarungseidsverfahrens der freiwilligen von dem der streitigen Gerichtsbarkeit, R. **08** 222.

1. Unterschiede des freiwilligen Offenbarungseids-

verfahrens vom streitigen. Unger, R. **08** 222. a) Einleitung des Verfahrens in der ZPO. nur auf Antrag, in der FG. mit der Ausnahme des § 83. b) Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit und für die Fälle des § 83 FGG. und § 2006 BGB. ausschließliche, in der übrigen FG. (§§ 261, 2028, 2057 BGB.) wahlweise. c) Einleitung des Eidsverfahrens in der streitigen Gerichtsbarkeit auf einseitiges Verlangen, dessen Berechtigung nachzuweisen ist, in der FG. (mit Ausnahme des § 83, vgl. dort) weder auf Einigung der Beteiligten noch auf einseitigen Antrag, sondern nur unter den unten Ziff. 3 angegebenen Voraussetzungen. d) Verschiedenheiten bei der Ladung. e) Nichterscheinen des Schwurpflichtigen: Zwang in der streitigen Gerichtsbarkeit und im § 83 FGG., in der übrigen FG. Abschluß des Verfahrens. f) Einwände des erschienenen Eidespflichtigen sind in der streitigen Gerichtsbarkeit und im Falle des § 83 FGG. nach den betreffenden Verfahrensarten zu erledigen, unterstehen aber in den übrigen Fällen der FG. nicht der Entscheidung des Gerichts. Abänderung der Eidesnorm in der FG. regelmäßig zulässig, in der streitigen Gerichtsbarkeit regelmäßig unzulässig. Eidesweigerung führt in Antragsfällen der FG. Abschluß des Verfahrens, in allen übrigen Fällen die Einleitung von Zwangsmaßregeln herbei. g) Sofortige Beschwerde in der ZPO., einfache im FGG. h) Akteneinsicht: nur bei rechtlichem Interesse in der ZPO., schon bei berechtigtem in der FG.

2. Zuständigkeit. Unger, R. **08** 222 ff. Es muß trotz des scheinbar entgegenstehenden Wortlauts des § 261 BGB., des § 889 ZPO. und des § 163 FGG. als vernünftiger Wille des Gesetzgebers angenommen werden, daß die Verurteilung zur Leistung des Offenbarungseids an sich die sachliche Zuständigkeit der Behörde der FG. nicht aufhebt, sondern die Zuständigkeit des Prozeßgerichts nur daneben tritt; denn eine Verurteilung kann den Gläubiger nicht zwingen, von dem Urteile Gebrauch zu machen, ebensowenig dem Schuldner verbieten, ohne Vollstreckung zu leisten, und beide Teile können unter besonderen Umständen des einzelnen Falles ein Interesse daran haben, den Eidestermin und die in diesem möglichen Verhandlungen von dem ihnen geeigneter erscheinenden Einzelrichter der FG. abhalten zu lassen (so auch Schultze-Görlitz, Komm. Anm. 2 zu § 163; aM. die meisten Kommentatoren, insbes. Rausnitz, Anm. 3 u. 4 zu § 163).

3. Voraussetzungen der Einleitung. Unger, R. **08** 222 ff. Man wird als Wille des Gesetzes ansehen müssen, daß das Gericht nicht auf eine Einigung der Beteiligten, noch weniger auf einen einseitigen Antrag hin, wohl aber dann zur Einleitung des Verfahrens verpflichtet sein soll, wenn eine vorzunehmende Erörterung der Sachlage erstens ein solches Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten, in dem die Eidespflicht überhaupt in Frage kommen kann, als wahrscheinlich ergibt, zweitens die besonderen die Eidespflicht nach der Behauptung des Antragstellers begründenden Umstände als möglich erscheinen läßt.

4. Abgrenzung der richterlichen Tätigkeit. BayObLG. **7** 531, BayRpflZ. **07** 133 (BayObLG.). Das Verfahren nach § 163 bietet, wenn die Verpflichtung zur Eidesleistung bestritten wird, keinen Raum zu einer Entscheidung darüber, ob das Verlangen des Eides begründet war und ob der Antragsteller die durch den unbegründeten Antrag verursachten Kosten dem Gegner zu erstatten hat. Die Verrichtung des AG. beschränkt sich auf die Bestimmung eines Termins, die Ladung beider Teile und die Abnahme des Eides, falls der Auskunftspflichtige hierzu bereit ist.

§ 165. Josef, ABürgR. **32** 363. Bei der Festsetzung der Vergütung gemäß Abs. 2 hat das Amtsgericht Ansprüche und Einwendungen, die sich auf andere, als die gesetzlichen Voraussetzungen (z. B. auf die rechtsgeschäftliche Abrede einer bestimmten Vergütung oder auf einen Verzicht des Verwahrers) stützen, unberücksichtigt zu lassen. Über diese Ansprüche und Einwendungen entscheidet nur das Prozeßgericht.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

Vorbemerkung: Die nachstehenden Berichte über das „Deutsche Notariat nach Reichsrecht" von Franz bringen die Stellungnahme des Werkes zu den bekannten Streitfragen des Beurkundungsrechts naturgemäß lediglich in den Ergebnissen. Es sei deshalb besonders darauf hingewiesen, daß das Werk zu jeder einzelnen Streitfrage nicht nur eingehende Begründungen bringt, sondern auch die gesetzgeberischen Materialien und die bis Anfang 1907 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur in der sorgsamsten Weise nahezu vollständig verwertet.

Literatur: Franz, Das deutsche Notariat nach Reichsrecht. Leipzig 1907. — Frese, Feststellung der Abstammung, Veränderung der Standesrechte, Anerkennung der Vaterschaft, ZBlFG. **8** 459 ff. (insbes. 481 ff. betr. Beurkundung der Anerkennung und Schlußfolgerungen). — Das Urkundenwesen der deutschen Staaten. Herausgegeben vom Deutschen Notar-Verein. Leipzig 1907 (Sammelwerk über das Urkundenwesen in den deutschen Bundesstaaten und in Österreich. Behandelt: Formalakte nach Reichs- und Landesrecht, Urkundenämter und Urkunde, Dienstrecht der Notare, Gebührenwesen, Verkehrs-, Stempel- und Erbschaftssteuerwesen).

Zu §§ 167 ff. I. Materielles Geltungsgebiet (s. JDR. **5** vor § 167 Ziff. II). 1. Andere Urkundspersonen. WürttZ. **07** 270 (Stuttgart). Die Vorschriften der §§ 168 ff. gelten nach Reichsrecht nur für die rechtsgeschäftlichen Beurkundungen, bei denen ein Richter oder ein Notar mitwirkt, nicht für Beurkundungen anderen Inhalts, und für Beurkundungen, die auf Grund reichsrechtlicher oder landesrechtlicher Anordnungen von anderen Personen vorgenommen werden.

2. Sonstige Tatsachen. Wittstock, DNotV. **08** 161. Der Notar darf in Preußen, obwohl nach Art. 31 PrFGG. zur Beurkundung sonstiger Tatsachen zuständig, die Höhe der Auflage einer Zeitung nicht beurkunden, weil er die Feststellung der Auflage nicht ohne umständliche Schlußfolgerungen, Berechnungen und Urteile vornehmen kann.

3. Anderweites Verfahren. a) Prozeßverfahren. α. Franz, Notariat 99 ff. Die Beurkundung nach Maßgabe der Vorschriften der streitigen Gerichtsbarkeit ersetzt jede beliebige, für das betreffende Rechtsgeschäft vorgeschriebene Beurkundungsform, sowohl die „öffentliche" und die „gerichtliche oder notarielle" Beurkundung wie die Beglaubigung, gleichgültig, ob die bezüglichen Formvorschriften auf Reichsrecht oder Landesrecht beruhen. Auch die Auflassung kann im Rahmen der streitigen Gerichtsbarkeit (z. B. im Prozeßvergleiche) wirksam beurkundet werden (aM. in letzterer Hinsicht Josef, Komm. [2] Vorbem. IV zum 10. Abschnitt, Dronke, BuschsZ. **30** 56 und BayObLG., DJZ. **05** 78). β. Josef, BuschsZ. **37** 42 (s. auch JDR. **6** § 141 BGB. Ziff. 1). Ein vor dem Prozeßgerichte geschlossener Vergleich ist nach den Vorschriften der ZPO. zu beurkunden, nicht dagegen die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Sofern indes der Prozeß bei einem AG. schwebt und dies als allgemeines Urkundsamt die Beurkundung bewirkt, liegt eine anläßlich eines Zivilprozesses zufällig hervorgetretene Angelegenheit der FG. vor, deren Beurkundung nach §§ 168 ff. zu erfolgen hat. b) Verfahren der FG. α. Franz, Notariat 104 f. Die Vorschriften der §§ 168 ff. gelten nicht nur für die selbständige, sondern auch für die innerhalb eines Verfahrens der FG. erfolgende Beurkundung von Rechtsgeschäften (mit Polemik gegen Frese, ZBlFG. **2** 699, **3** 477). β. FrankfRundsch. **41** 85, R. **07** 1270 Ziff. 3189 (Frankfurt). Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 168—182 finden nicht schlechthin auf die Beurkundung aller einzelnen Rechtsgeschäfte Anwendung. Sie gelten nicht für die Beurkundung solcher Rechtsgeschäfte, die in einem besonders und eigenartig geordneten Verfahren als Teile dieses Verfahrens aufgenommen werden und für deren Aufnahme überdies eine ausschließliche Zuständigkeit begründet ist (so bei der Aufnahme von Schuld- und Pfandverschreibungen nassauischen Rechtes).

II. Örtliche Zuständigkeit. Franz, Notariat 88 ff. Die Regelung der örtlichen Zuständigkeit zur Vornahme von notariellen Beurkundungen zählt zu den dem Landesrecht überlassenen Vorschriften, deren Nichtbeobachtung nach § 200 auf die Gültigkeit der Beurkundung ohne Einfluß ist. Zu diesen Vorschriften gehört z. B. Art. 33 PrFGG. Davon zu scheiden ist die Frage, welche Bedeutung dem Umstande beizumessen ist, daß der Notar die Beurkundung außerhalb seines Amtsbezirks vorgenommen hat, eine Frage nicht der örtlichen Zuständigkeit, sondern der Urkundverfassung, die ausschließlich, also auch hinsichtlich der Folgen einer Amtsbezirksüberschreitung, landesrechtlicher Regelung untersteht. Das Landesrecht kann hiernach bestimmen, daß trotz Überschreitung des Amtsbezirks die innerhalb des Staatsgebiets erfolgte Beurkundung wirksam sein soll; es kann ausdrücklich auch das Gegenteil bestimmen. Mangels ausdrücklicher Bestimmung ist die Unwirksamkeit der Beurkundung anzunehmen, weil die außerhalb des Amtsbezirks vorgenommene „Amtshandlung" nichts anderes ist als die Handlung einer Privatperson.

III. Beurkundung von Rechtsgeschäften zweifelhafter Wirksamkeit. a) *Frese, ZBlFG. 8 459. Darf der Urkundsbeamte (Richter, Notar, Standesbeamte) die Beurkundung einer Anerkennung der Vaterschaft ablehnen, wenn sie von einem Minderjährigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters erklärt wird? (zu vgl. OLG. 3 397, RJA. 2 158, ZBl. FG. 2 368 [BayObLG.], OLG. 4 220 [Hamm]; Sartorius, Standesa. 1 110, Schmidt, ZBlFG. 4 317). Der Grundgedanke, von dem das BayObLG. aaO. ausgeht, daß die Anerkennung der Vaterschaft nicht bloß ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, sondern zugleich das Geständnis der außerehelichen Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit, ist richtig. Unmöglich ist es aber, mit dem BayObLG. in der Beurkundung einer Anerkennung durch den Standesbeamten gemäß § 25 PStG. etwas anderes zu sehen als in einer anderen öffentlichen Beurkundung der Anerkennung. Die zu beurkundende „Anerkennung" ist, gleichviel wer die Beurkundung vornimmt, überall dieselbe Erklärung, und bei der Beurkundung des Standesbeamten handelt es sich ebenso wie bei der eines Richters oder Notars um die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde, mit deren Vollendung für die abgegebene Erklärung eine Beweisurkunde geschaffen, das beabsichtigte Rechtsgeschäft aber überhaupt erst in die Form gebracht ist, in der es „zur Begründung rechtswirksamer Rechtsverhältnisse" geeignet ist. Unverständlich ist es deshalb, wenn das BayObLG. sagt, für den Standesbeamten liege „in der nach § 25 PStG. ihm erteilten Ermächtigung, die vor ihm erklärte Anerkennung der Vaterschaft zu beurkunden, nicht die Übertragung der Verpflichtung, zur Begründung rechtswirksamer Rechtsverhältnisse mittätig zu werden, sondern nur die Übertragung der Befugnis, die Erklärung entgegenzunehmen und als nebensächlichen Bestandteil der Geburtsanzeige zu beurkunden; bei Entgegennahme der Erklärung" handle er demnach „nur als Urkundsperson, nicht als Beamter der FG.". Die „Erklärung", die der Standesbeamte „entgegenzunehmen" hat, wird nach heutigem Rechte zu einem Rechtsgeschäfte durch die Beurkundung (§ 125 Satz 1 BGB.). Bei der Beurkundung der Anerkennung wird der Beurkundende immer als Urkundsperson tätig, der Richter und der Notar ebenso wie der Standesbeamte, und zwar wird dabei die Urkundsperson immer „zur Begründung rechtswirksamer Rechtsverhältnisse mittätig", denn sie gibt dem Rechtsgeschäfte die zu seiner Gültigkeit erforderliche Form. Richtig ist es freilich, daß die Urkundsperson hier wie überall die Beurkundung nicht schon um deswillen ablehnen darf, weil ihr „Zweifel an ihrer Rechtswirksamkeit" kommen oder Mängel vorliegen, die nachträglich noch beseitigt oder geheilt werden können. Aber auch das BayObLG. hält die Ablehnung der Beurkundung nur mit einer Beschränkung für unzulässig, nämlich „sofern die Anerkennungserklärung nur überhaupt von einem

Willensfähigen abgegeben wird", und nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. PrFGG. Art. 40 Abs. 2, SächsAG. vom 15. Juni 1900 § 49 Abs. 3) hat jede Urkundsperson, auch der Standesbeamte, Recht und Pflicht, die Beurkundung eines offenbar ungültigen Geschäfts abzulehnen. — Es ist ein Irrtum, wenn das BayObLG. die Anerkennungserklärung eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen, soweit die Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur ist, für eine Willenserklärung hält, die „durch Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nachträglich wirksam werden kann (§ 184 BGB.)". Das gilt nur für Verträge (§ 108 BGB.), die Anerkennung aber gehört zu den einseitigen Rechtsgeschäften, und diese sind und bleiben unter allen Umständen unwirksam, wenn sie ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung (vorherige Zustimmung, § 183 BGB.) des gesetzlichen Vertreters vornimmt (§ 111 Satz 1 BGB.). Ein offenbar ungültiges Rechtsgeschäft ist die von einem Minderjährigen erklärte Anerkennung jedoch nur dann, wenn offenbar ist, daß ihm dazu die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters fehlt. Diese Einwilligung ist an keine Form gebunden (§ 182 Abs. 2 BGB.), und der Standesbeamte ist ebensowenig wie irgendeine andere Urkundsperson befugt, die Beibringung der Einwilligung zu erfordern und, wie Sartorius aaO. meint, die Beurkundung so lange abzulehnen, als nicht die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nachgewiesen ist. Wohl aber ist der Standesbeamte ebenso wie jede andere Urkundsperson berechtigt und verpflichtet, die Gültigkeit des zu beurkundenden Geschäfts mit dem Beteiligten zu erörtern, und gibt dieser dabei selbst an, daß ihm zu der Anerkennung die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters fehle, so darf der Standesbeamte die Anerkennung als Rechtsgeschäft mit Recht als offenbar ungültig bezeichnen. — Als zu beurkundendes Geschäft erscheint jedoch die Anerkennung nicht bloß in ihrer Eigenschaft als Rechtsgeschäft, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Geständnis. Als Geständnis ist die Anerkennung keine Willenserklärung, keine Erklärung, die für das Recht von materieller Bedeutung ist, sondern ein tatsächlicher Vorgang, eine Erklärung, die nur für den Beweis von Rechten formelle Bedeutung hat; eine solche Bedeutung, eine gewisse Beweiskraft kann sie aber auch dann haben, wenn sie von einem nur beschränkt Geschäftsfähigen abgegeben worden ist, und durch die Beurkundung im Standesregister erlangt sie sogar die Beweiskraft des § 15 PStG. Insofern ist die von einem Minderjährigen erklärte Anerkennung also nicht offenbar ungültig, und wenn ein Minderjähriger deshalb trotz der Bedeutung, daß seine Erklärung als Rechtsgeschäft ungültig sei, auf der Beurkundung seiner Erklärung besteht, so darf die Urkundsperson sein Verlangen nicht zurückweisen. Das gilt wie für jede andere Urkundsperson so auch für den Standesbeamten, gleichviel ob die Beurkundung in besonderer Urkunde oder zum Standesregister verlangt wird, und unbeschadet der besonderen Bedeutung, die einer Beurkundung zum Standesregister nach § 15 PStG. zukommt. Insbesondere verlangt das PStG. nirgends für mündliche Anzeigen oder Erklärungen zum Standesregister die Volljährigkeit des Erklärenden (vgl. auch oben zu §§ 1718 ff. BGB.). **b**) Zu Art. 40 PrFGG. und §§ 1, 2 PrG. betr. den Austritt aus der Kirche vom 14. Mai 1873. KGJ. **35** A 49 (KG.). Bestehen bei der Aufnahme der Erklärung des Austritts aus einer Kirche Zweifel, ob der Antragsteller der betreffenden Kirche angehört, so soll der Richter dem Antragsteller die Zweifel mitteilen und den Inhalt der Mitteilung sowie die vom Antragsteller darauf abgegebenen Erklärungen im Protokolle feststellen. Verlangt der Antragsteller trotzdem die Aufnahme der Austrittserklärung, so darf der Richter die Aufnahme nicht wegen dieser Zweifel ablehnen, es sei denn, daß die Erklärung offenbar ungültig ist.

§ 168. Literatur: Josef, Der Ehemann als Beurkundungsbeteiligter, Bad. NotZ. **07** 186.

I. Josef, BadNotZ. **07** 186. Der Ehemann, der einen Grundstücksverkauf

seiner Frau protokollarisch genehmigen soll, ist nicht in demselben Sinne und mit denselben Folgen Beurkundungsbeteiligter wie die Frau. Während beim Fehlen der Unterschrift der letzteren ein wirksamer Kaufvertrag überhaupt nicht vorliegt, hat das Fehlen der Unterschrift des Mannes nur die Folge, daß seine Erklärung nicht beurkundet ist.

II. a) OLG. **14** 155 (KG.). Die bloße Niederschrift eines Vertrags ohne Protokollsform ist keine Beurkundung im Sinne des § 168. **b)** KGJ. **35** A 253, DNotV. **09** 79, SeuffBl. **08** 56 (KG.). Die Auflassung bedarf der Beurkundung nach Maßgabe der §§ 168 ff. FGG.

§ 170. I. Franz, Notariat 108. Die Mitwirkung einer ausgeschlossenen Person ist unschädlich, wenn es deren Zuziehung nicht bedurft hätte (aM. Rausnitz Anm. 2 zu § 170 FGG. und Güthe Anm. 2 zu § 29 GBO.).

II. R. **07** 1270 Ziff. 3190 (Frankfurt). Der Umstand, daß der Richter oder Notar bei der Beurkundung eines Vertrags geisteskrank war, macht die Urkunde zu einer nichtöffentlichen.

§ 171. I. 1. Franz, Notariat 112 ff., schließt unter Besprechung der gesamten einschlägigen Rechtslehre und Rechtsprechung sich hinsichtlich der Streitfrage, was unter Verfügungen zugunsten einer Person im Sinne des § 171 zu verstehen sei, der Ansicht von Fuchs, JDR. **5** Ziff. 1, an, hält aber die Bevollmächtigung der Urkundsperson für eine Verfügung zu deren Gunsten (mit KGJ. **24** A 6 und Güthe Anm. 54 zu § 29 GBO.).

2. Dorst, RheinNotZ. **52** 298. Weder eine Erklärung zugunsten des Notars noch eine Vollmacht liegt vor, wenn die Beteiligten in dem von ihm beurkundeten Vertrag über den Verkauf eines Mündelgrundstücks beantragen, daß das Vormundschaftsgericht die Verfügung, durch welche die Veräußerung genehmigt wird, dem Notar zusende (gegen KG. unten Ziff. II b).

II. a) KGJ. **34** A 11 [19], DNotV. **08** 423 (KG.). Unter dem Begünstigten im Sinne des § 171 FGG. ist die Person zu verstehen, der in der Urkunde von den Beteiligten ein Recht gewährt wird. Die in einem Erbteilungsvertrage getroffene Abrede, daß ein Miterbe, dem der Aktivnachlaß übereignet wird, sich zur Bezahlung der einzeln aufgeführten Nachlaßschulden verpflichtet, enthält keine zugunsten der Nachlaßgläubiger getroffene Verfügung, bei deren Beurkundung die Nachlaßgläubiger oder deren Angehörige von der Mitwirkung als Dolmetscher (§ 180) ausgeschlossen sind. **b)** ZBlFG. 8 54, DNotV. **07** 691, RheinNotZ. 52, 205 (KG.). Der Grundsatz, daß ein Notar eine Vollmacht auf sich selbst nicht beurkunden kann (vgl. darüber JDR. **5** § 171), gilt auch für eine vom Pfleger und dem Vertragsgegner erteilte Ermächtigung, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für den Pfleger entgegenzunehmen, sie dem Vertragsgegner mitzuteilen und namens des letzteren zu empfangen (aM. Dorst, oben Ziff. I 2).

§ 173. Franz, Notariat 125. Auch solche im Gesetze nicht bezeichnete Personen sind als Zeugen ungeeignet, denen gewisse natürliche Eigenschaften mangeln, die für die Wahrnehmungsfähigkeit unerläßlich sind. Bei nachweisbarer Wahrnehmungsunfähigkeit eines Zeugen ist die Beurkundung nichtig.

§ 174. Literatur: Josef, Die sog. „unitas actus" bei öffentlichen Beurkundungen, ElsLothJZ. **07** 212.

1. Franz, Notariat 127 f. a) Sind mehrere mitwirkende Personen vorhanden, so muß jede in Gegenwart der anderen die Urkunde unterzeichnen. „Unterzeichnung" im Sinne des § 174 bedeutet Unterzeichnung nicht nur der Beteiligten, sondern auch der Mitwirkenden (so Jastrow Anm. 2, Schultze-Görlitz Anm. 2 c, Weißler, Wellstein Anm. 2; aM. Josef Anm. 3, Schneider Anm. 3). b) Aus dem Mangel persönlichen Verhandelns der Urkundsperson mit den Parteien

kann, wenn nur § 174 beobachtet ist, die Rechtswirksamkeit der Beurkundung nicht angefochten werden.

2. Anders Josef, ElsLothJZ. **07** 212 ff. § 174 FGG. verlangt die Anwesenheit der Mitwirkenden nur bei der Unterzeichnung durch die Beteiligten, nicht aber braucht jeder Mitwirkende bei der Unterschrift der anderen Mitwirkenden zugegen zu sein. Hierauf deuten sowohl die Worte „Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung" hin, die sich offenbar an den Abs. 1 des § 177 anlehnen, als auch die Bemerkung der Denkschrift, wonach diese Bestimmung sich an den Rechtszustand des früheren preußischen Rechtes anschließen soll (gegen Oppler, JDR. **5** Ziff. 2). Zu den Mitwirkenden gehört nicht der Dolmetscher. Die Anwesenheit des Dolmetschers ist also nur soweit erforderlich, als die Wiedergabe der Erklärungen der Beteiligten dies gebietet, und die Beurkundung ist rechtswirksam, auch wenn die Unterschrift der Beteiligten in Abwesenheit des Dolmetschers erfolgt ist.

§ 175. 1. Sukzessivverhandlungen. a) Franz, Notariat 134. Erscheinen mehrere Beteiligte zur Abgabe ihrer Erklärungen zu verschiedenen Zeiten oder an verschiedenen Orten, so ist es unzulässig, behufs Beurkundung dieser gesonderten Erklärungen nur ein, mit mehreren Daten versehenes Protokoll aufzunehmen. b) PucheltsZ. **38** 659, RheinA. **105** 61, RheinNotZ. **53** 212, ElsLothNotZ. **08** 297 (Düsseldorf). Ein Erbverzichtsvertrag ist nichtig, wenn zunächst der Erblasser und nach seinem Weggange der Erbe vor dem Notar erschienen ist und der Notar beider Erklärungen in einer Urkunde zusammengefaßt hat. Es bedarf der Aufnahme zweier vollständiger Urkunden, einer über den Antrag und einer über die Annahme. c) Die Entsch. zu b aufgehoben durch **RG. 69** 130, JW. **08** 520, DJZ. **08** 1034, DNotV. **09** 77, ElsLothNotZ. **08** 304, RheinA. **105** 251. Soweit das Gesetz nicht gleichzeitige Anwesenheit der Vertragschließenden fordert, kann die Beurkundung eines Vertrags in demselben Protokolle geschehen, auch wenn die Vertragschließenden nicht zugleich, sondern nacheinander vor dem Notar erscheinen. Die beurkundete unrichtige Fassung, daß beide Parteien ihre Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit abgegeben haben, macht die Urkunde nicht ungültig (die Entsch. wird von Neumann, JW. **08** 535, für bedenklich, von Josef, R. **09** 205, für besonders glücklich gehalten; nach Meinung des letzteren wird die Lehre von der Konversion der Rechtsgeschäfte hier zu einer Konversion der Verfahrensvorschriften umgestaltet).

2. Franz, Notariat 131. Das Protokoll über die Verhandlung kann auch in der Weise zustande kommen, daß einer die Erklärungen der Parteien enthaltenden Privatschrift durch den Urkundsbeamten die Eingangs- und Schlußworte beigefügt werden. Der vom KG. (RJA. **2** 209, KGJ. **22** A 202) für die Rechtsmitteleinlegung ausgesprochene Grundsatz, daß ein derartiges Verfahren seitens des Gerichtsschreibers eine „Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers" nicht verwirkliche, ist — entgegen der Ansicht Wellsteins in JDR. **5** zu § 175 — auf die Beurkundungen nach Abschn. 10 FGG. nicht auszudehnen.

§ 176. Literatur: Josef, Die Feststellung der Nämlichkeit der Beteiligten bei öffentlichen Urkunden, KGBl. **07** 101. — Derselbe, Die Bezeichnung der Beteiligten bei gerichtlichen und notariellen Beurkundungen, KGBl. **07** 109. — Pitel, Zur Auslegung des § 176 Abs. 3 Satz 1 FGG., ZBlFG. **7** 869. — Weißler, Sachliche Unrichtigkeit formeller Feststellungen, DNotV. **07** 264.

I. Abs. 1. 1. Allgemeines. a) Franz, Notariat 139. Durch die Unrichtigkeit der im § 176 Abs. 1 Ziff. 1—3 vorgeschriebenen Protokollangaben wird die Beurkundung nicht nichtig. b) Weißler, DNotV. **07** 264. Das Gesetz verlangt hier drei Beurkundungen bestimmter Art. Fehlt eine davon, so ist die Urkunde nichtig. Aber mehr als die Beurkundung verlangt das Gesetz nicht. In der Beurkundung erschöpft sich die Form. Auf die sachliche Richtigkeit kommt es für

die Frage der Gültigkeit der Urkunde bei der Datierung ebensowenig an wie bei der Erklärung der Beteiligten (ebenso Josef, JDR. **5** Ziff. I a).

2. Ort und Tag der Verhandlung. **a)** Josef, ElsLothJZ. **07** 212 ff. § 176 FGG. verlangt wohl die Angabe des Tages der Verhandlung, aber er verlangt nicht bei Strafe der Nichtigkeit die Angabe, daß die Verhandlung sich auf mehrere Tage erstreckt habe, oder daß ein einzelner Teil der Verhandlung, z. B. die Unterschrift der Mitwirkenden, an einem späteren als dem angegebenen Tage erfolgt sei. **b)** DNotV. **09** 81, HessRspr. **9** 109, NaumburgAK. **08** 85 (LG. Mainz). Das Erfordernis der Angabe des Tages der Verhandlung ist trotz unrichtiger Datierung jedenfalls dann erfüllt, wenn das richtige Datum aus dem übrigen Inhalte der Urkunde entnommen werden kann.

3. Bezeichnung der Beteiligten und der Mitwirkenden. **a)** Josef, KGBl. **07** 109 (unter Aufgabe der Ansicht JW. **04** 443). Zur Erfüllung der Formvorschrift der Bezeichnung der Beteiligten bedarf es nicht notwendig der Angabe seines Namens, noch weniger der seines Berufs und Wohnorts. Die Bezeichnung braucht auch nicht eine solche zu sein, die eine sichere Unterscheidung des Bezeichneten von anderen ermöglicht, noch eine solche, die der Notar nach seinem Ermessen zur genauen Feststellung der Persönlichkeit für genügend ansehen konnte. Sonach ist die Formvorschrift der Bezeichnung erfüllt durch das, was der Notar im Einzelfalle zwecks Bezeichnung hingeschrieben hat. Ist dies zur Persönlichkeitsfeststellung nicht ausreichend, so kann die Feststellung auf andere Weise unter Berücksichtigung außerhalb der Urkunde liegender Umstände, namentlich auch dadurch erfolgen, daß der Notar über die Person des Bezeichneten ein Nachtragszeugnis ausstellt. So ist z. B. die Ausschlagungsfrist gewahrt, wenn auch nur die wegen mangelhafter Bezeichnung des Erben im Beglaubigungsvermerke nicht genügende Urkunde innerhalb der Frist eingereicht ist (aM. KG., KGJ. **29** A 3, vgl. auch Weißler, DNot.V **06** 283). **b)** OLG. **16** 265 (Dresden). Der Urkundsbeamte ist, auch ohne daß in der Urkunde auf ihn besonders Bezug genommen wird, genügend bezeichnet, wenn die Urkunde ergibt, daß er das Protokoll selbst verfaßt hat, mithin bei der Verhandlung zugegen gewesen sein muß.

II. Abs. 2. Protokollanlage. **a)** Franz, Notariat 148. Karten, Zeichnungen, Pläne, Muster können nicht Teile des Protokolls im Sinne des § 176 Abs. 2 werden, weil sie zwar „Urkunden", aber nicht „Schriften" sind, die in Worten oder Zahlen geschrieben sein müssen. Solche Urkunden können dem Protokolle behufs Erläuterung der Parteierklärungen beigefügt werden, erlangen aber dadurch nicht den Charakter einer öffentlichen Urkunde. Wird eine Parteierklärung lediglich durch die Bezugnahme auf solche Urkunden überhaupt verständlich, so ist die Beurkundung sachlich unvollständig und wird die im einzelnen Falle durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebene Form der notariellen Beurkundung nicht erfüllt. **b)** Franz, Notariat 149 f. Die Anlage muß vorgelesen werden. Die Vorlesung der Anlage braucht aber, da die Anlage ohnehin einen Teil des Protokolls bildet, nicht besonders und ausdrücklich festgestellt zu werden. Die Anlage muß in der Sprache des Protokolls abgefaßt sein. **c)** DNotV. **09** 83, BreslauAK. **08** 55 (LG. Beuthen). Die Protokollanlage (Verzinsungs- und Tilgungsplan der Schuldurkunde über ein Hypothekendarlehen der Schlesischen Provinzialhilfskasse) unterliegt dem Vorlesungszwange, auch wenn sie von dem Beteiligten selbst übergeben und ihr Inhalt ihm bekannt ist. Dagegen Weißler, DNotV. **09** 83. Man kann dem Protokoll eine Urkunde beifügen, lediglich um ihre Identität zu sichern und ohne sie als Teil des Protokolls betrachtet wissen zu wollen. In solchem Falle, der hier vorliegt, ist die Vorlesung entbehrlich. **d)** R. **09** II Ziff. 726 (Hamburg). Aus § 176 Abs. 2 in Verb. mit § 177 FGG. ist nicht zu folgern, daß, wenn dem Protokoll eine Anlage beigefügt

wird, die Unterzeichnung am Schlusse der Anlage zu erfolgen habe; die Unterzeichnung hat vielmehr am Schlusse des Protokolls selbst zu erfolgen.

III. Abs. 3. Identitätsfeststellung. 1. Franz, Notariat 140 ff. Die Bezeugung der Tatsache, daß eine bestimmte Person erschienen sei, beweist diese Tatsache, mag ein Legitimationsvermerk überhaupt fehlen oder mag er unvollständig sein.

2. Josef, KGBl. **07** 101. Die Angabe des notariellen Protokolls, daß jemand vor dem Notar erschienen sei, beweist nach §§ 415, 418 ZPO. die Tatsache, daß der vom Notar Bezeichnete und kein anderer erschienen ist, auch dann, wenn der Notar dem § 176 Abs. 3 FGG. zuwider nicht oder nur unvollständig angegeben hat, ob er den Beteiligten kennt oder wie er sich über dessen Person Gewißheit verschafft hat. Die — frühere — Ansicht des KG. (KGJ. **31** A 245 = JDR. **5** § 176 Ziff. III d), daß ein Verstoß gegen diese Vorschrift die Beweiskraft der Urkunde hinsichtlich der Identitätsfeststellung beseitige, verbietet sich einmal durch die Fassung der Vorschrift als bloße Sollvorschrift; denn diese Fassung wird nur da gewählt, wo durch einen Verstoß gegen die Vorschrift weder die materielle Gültigkeit noch die formelle Wirksamkeit (Beweiskraft) der Urkunde in Frage gestellt werden soll. Ebenso spricht gegen jene Ansicht das überall hervorgetretene Bestreben des Gesetzgebers, Unwirksamkeiten der Urkunde in allen Beziehungen, also auch hinsichtlich ihrer Beweiskraft, abzuwenden (ebenso JDR. **5** § 176 Ziff. III a—c; Franz, Notariat 142, 145; Keidel, Komm. [2] § 176 Anm. 6 a).

3. Pitel, ZBlFG. **7** 869 ff. Die im § 176 Abs. 3 Satz 1 erforderten Angaben sind nicht notwendig, um den Identitätsnachweis sicherzustellen. Was zum Nachweise der Identität des Beteiligten gefordert werden muß, ist die bestimmte Beurkundung des Urkundsbeamten, daß er von dieser Identität überzeugt sei; wie er zu seiner Überzeugung kommt, ist seine Sache.

4. Rechtsprechung. **a)** RJA. **9** 224, KGJ. **36** A 151, ZBlFG. **9** 300, DNotV. **08** 413 (KG.). Die Vorschriften über die Art und Weise der Identitätsfeststellung sind nur Ordnungsvorschriften. Wenn der Richter oder Notar bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts im Protokoll in unzweideutiger Weise beurkundet, daß eine bestimmte Person vor ihm erschienen sei und eine Erklärung abgegeben habe, so erstreckt sich die Beurkundung auch auf die Feststellung der als erschienen und erklärend aufgeführten Persönlichkeit. Die Urkunde ist demgemäß auch hinsichtlich der Identität des Erschienenen dem Grundbuchamte gegenüber voll beweiskräftig (unter Aufgabe der Ansicht JDR. **5** § 176 Ziff. III d). **b)** Ebenso OLG. **16** 198 (Colmar). **c)** ÖstNotZ. **08** 13, DNotV. **08** 422 (ÖstDiszplSen.). Persönliche Bekanntschaft zwecks Identitätsfeststellung setzt ein bereits länger dauerndes Kennen der betreffenden Person voraus, eine persönliche Verbindung mit ihr, die jeden Zweifel an der Persönlichkeit ausschließt. **d)** Zu Art. 40 PrFGG. KGJ. **35** A 199, SeuffBl. **08** 643, DNotV. **08** 422 (KG.). Die Tatsache, daß eine notarielle Urkunde Feststellungen in bezug auf Zweifel über die Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten nicht enthält, verpflichtet das Grundbuchamt nicht, eigene begründete Zweifel hierüber fallen zu lassen.

§ 177. Literatur: Josef, Vergessene Unterschriften, ZBlFG. **9** 1. — Schreiber, Formalismus, DNotV. **08** 721 (§ 3: reichsrechtliche Förmlichkeiten der Protokolle der FG. und der Testamente). — Vgl. ferner die Literaturangaben zu §§ 167 ff. und 174.

I. Abs. 1. Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift der Beteiligten. 1. Franz, Notariat 155. Der Notar hat das Protokoll selbst vorzulesen, damit er die Vorlesung beurkunden kann. Ein Verstoß hiergegen beeinträchtigt die Gültigkeit der Beurkundung aber nur, wenn die Vorlesung inkorrekt oder unvollständig ist.

2. Josef, BadNotZ. **07** 186. Verweigert der zwecks Erteilung seiner Einwilligungserklärung zugezogene Ehemann seine Unterschrift, so ist dies auf die formelle Gültigkeit des Vertrags ohne Einfluß. Materiell ist die Verweigerung der Unterschrift dann unerheblich, wenn der Mann vorher bereits unter Verzicht auf den Widerruf (§ 183 BGB.) zugestimmt hatte, erheblich, wenn der Widerruf noch gestattet war.

3. Franz, Notariat 157 ff. Die Unterzeichnung in fremden Schriftzeichen oder in Kurzschrift ist unzulässig, Unterzeichnung der Frau mit dem Mädchennamen zulässig. Der Einzelkaufmann, nicht aber der Vertreter einer oHG. oder einer AG., kann nur mit der Firma unterzeichnen. Der Bevollmächtigte hat seinen eigenen Namen zu zeichnen.

4. Franz, Notariat 161. Auch der Blinde hat das Protokoll zu unterzeichnen, sofern er nicht erklärt, nicht schreiben zu können. Blindsein und Nichtschreibenkönnen ist nicht dasselbe (gegen Schultze-Görlitz, JDR. **5** Ziff. I 3).

5. Franz, Notariat 151 ff., tritt hinsichtlich der Frage, ob der Vollziehungsvermerk den Unterschriften der Beteiligten nachfolgen darf, der bejahenden Entsch. **RG. 62** 1 (JDR. **5** Ziff. II a) bei und bekämpft die Begründung der im Ergebnisse gleichen Ansicht von Güthe, ZBlFG. **2** 612.

6. Rechtsprechung. **a)** PucheltsZ. **38** 478, R. **07** 259 Ziff. 518 (Colmar). Es ist zulässig, daß in einem Protokolle mehrere voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte in der Weise beurkundet werden, daß die auf jedes einzelne Rechtsgeschäft bezüglichen Erklärungen getrennt abgegeben und nur von den bei dem einzelnen Rechtsgeschäfte Beteiligten genehmigt und unterschrieben werden (vgl. den Bericht der RTKomm. zum FGG. 66, Wellstein § 177 Anm. 2 a, Rausnitz § 177 Anm. 1, Franz, Notariat 155; aM. Jastrow, Notariatsrecht Anm. 3 b zu § 177). Anders verhält es sich aber, wenn sowohl die Verkaufs- und Kaufs-, wie die Auflassungserklärungen und die Erklärungen über Annahme der Auflassungen hinsichtlich mehrerer Parzellen ungetrennt — jede dieser Gruppen von Erklärungen in einem Satze — beurkundet werden und der Akt sich deshalb schon äußerlich als ein einheitliches Ganzes darstellt, auch materiell als ein solches insofern gedacht war, als die Verkäufer an jeden Käufer nur unter der Voraussetzung verkaufen wollten, daß auch die übrigen Verkäufe zustande kämen. In diesem Falle wird durch das Fehlen der Unterschrift auch nur eines Beteiligten das Zustandekommen des ganzen Aktes gehindert. **b)** KGJ. **35** A 253, DNotV. **09** 79, SeuffBl. **08** 56 (KG.). Die Unterschrift muß der Erklärung räumlich nachfolgen. Unwirksam ist deshalb eine Urkunde, in der die Beteiligten ihre Namensschrift vor die beurkundete Erklärung auf die erste Seite des Protokolls gesetzt haben und in der es am Schlusse heißt: „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben. Unterschriften auf der Vorseite". **c)** DNotV. **08** 420, RheinNotZ. **53** 13 (LG. Crefeld). Ein von einem Notar in der Rheinprovinz aufgenommenes Auflassungsprotokoll ist gültig, wenn es von einer Ehefrau nur mit ihrem Mädchennamen unterzeichnet ist, weil der Gebrauch des Mädchennamens durch Ehefrauen dort im Verkehr üblich ist.

II. Abs. 2. Schreibensunkunde. **a)** BayObLG. **8** 28. Die Erklärung, nicht schreiben zu können, kann auch in der Weise festgestellt werden, daß der Beteiligte das die Feststellung seines Schreibunvermögens enthaltende Protokoll genehmigt und diese Genehmigung beurkundet wird (ebenso **RG.** das. 34 Anm., ferner **RG. 56** 366, Josef, Komm. [2] 242 Anm. 12, Wellstein, Komm. [2] 371). **b)** Die Entsch. zu a gebilligt **RG. 65** 372, DNotV. **08** 81, gegen KGJ. **20** 130, **26** 42 (KG.). **c)** **RG.** JW. **08** 527, ElsLothNotZ. **08** 309. Ohne die protokollierte Genehmigung des Schreibensunkundevermerks ist aber die Feststellung unzulässig. **d)** ThürBl. **55** 110 (Jena). Die Feststellung des Schreibunvermögens ist gleichwertiger Ersatz für die Feststellung der Erklärung

des Beteiligten, nicht schreiben zu können. Sie kann auch im Einzelfalle den Sinn haben, daß der Beteiligte die Erklärung abgegeben und der Richter die Überzeugung ihrer Richtigkeit gewonnen habe (mit eingehenden Nachweisungen zur Literatur und Rechtsprechung). e) Über Vorlesung und Genehmigung des Vermerks der Schreibensunkundeerklärung (für Testamente) s. JDR. **5** Ziff. II d = **RG. 63** 31, ebenso MecklZ. **26** 34 (Rostock). **f)** Schreiber, DNotV. **08** 721 ff., bespricht die Entwickelung der Rechtsprechung des RG. in bezug auf die räumliche Stellung des Feststellungsvermerks (s. JDR. **5** Ziff. II a), des Schreibensunkundevermerks (s. JDR. **5** Ziff. II d, **RG. 63** 35) und in bezug auf die Frage, ob die Erklärung, nicht schreiben zu können, durch die Feststellung des Schreibunvermögens ersetzt wird (s. oben a—c).

III. Abs. 3. Unterschrift der Mitwirkenden. 1. Josef, ElsLothJZ. **07** 212 ff. Die Beurkundung ist rechtswirksam, auch wenn die Mitwirkenden zeitlich oder räumlich vor den Beteiligten unterschrieben haben; denn § 177 schreibt eine bestimmte Reihenfolge der Unterschriften nicht zwingend vor. Hat aber der Mitwirkende durch seine Unterschrift das Protokoll abgeschlossen, also die Beurkundungsverhandlung beendigt, so ist eine nachträgliche Unterschrift des Beteiligten ausgeschlossen, da die Urkunde hierdurch inhaltlich geändert, zu einer anderen Urkunde würde, eine solche Änderung der abgeschlossenen öffentlichen Urkunde aber unzulässig ist.

2. Franz, Notariat 163. Durch nachträgliche, in Abwesenheit der Beteiligten erfolgte Unterzeichnung des Protokolls seitens der Mitwirkenden wird die Gültigkeit der Beurkundung nicht berührt.

3. Josef, ElsLothJZ. **07** 212 ff. Der § 177 Abs. 3 FGG. schreibt eine zeitliche Grenze für die Unterschrift der Mitwirkenden nicht vor, daher kann jeder Mitwirkende die versäumte Unterschrift zeitlich unbeschränkt nachholen, solange ihm der Beurkundungshergang gegenwärtig ist. Dagegen muß, obwohl auch § 2242 Abs. 3 BGB. eine zeitliche Grenze für die Unterschrift bei Testamenten nicht vorschreibt, diese dennoch als Abschluß der Beurkundungsverhandlung erfolgen, denn nach § 2239 müssen die Mitwirkenden bei der ganzen Verhandlung zugegen sein. Zu dieser gehört aber auch die Unterschrift der Mitwirkenden, so daß jeder Mitwirkende nur in Gegenwart der anderen, also nur während der Beurkundungsverhandlung unterschreiben darf.

4. Josef, ZBlFG. **9** 1 ff. a) Da die Gesetze eine zeitliche Grenze für die Unterschrift der Mitwirkenden nicht vorschreiben, so kann jeder Mitwirkende die versäumte Unterschrift zeitlich unbeschränkt nachholen, solange ihm der Sachhergang gegenwärtig ist. — Die Unterschrift der Mitwirkenden bei Testamenten (§ 2242 Abs. 3) muß jedoch als Abschluß der Beurkundungsverhandlung erfolgen. b) Die Zulässigkeit nachträglicher Unterschrift wird durch die bloße Veränderung der dienstlichen Beschäftigung des Richters bei demselben Gerichte niemals ausgeschlossen. Auch der Umstand, daß der Richter nicht mehr bei demselben Gerichte, sondern bei einer anderen Staatsbehörde amtiert, schließt grundsätzlich nicht die Zulässigkeit nachträglicher Vollziehung einer versäumten Unterschrift aus. Wenn diese sich aber als Erlaß einer Entscheidung, Ausstellung eines Zeugnisses (Unterschriftsbeglaubigung) darstellt, oder durch die versäumte Unterschrift rechtsgeschäftliche oder andere Erklärungen öffentlich beurkundet werden sollen, für die Unterschrift also eine bestimmte Amtsstelle zuständig ist, ist die Nachholung der versäumten Unterschrift nur zulässig, wenn der Richter noch bei derselben Behörde ist, die er zur Zeit der Vornahme des Amtsgeschäfts vertrat. c) Insoweit die Notare nicht behördlich, sondern als Einzelbeamte tätig sind, können sie eine versäumte Unterschrift nachholen, auch wenn sie inzwischen ihren Amtsitz gewechselt haben, wofern sie überhaupt nur noch innerhalb des Staatsgebiets das Amt eines Notars bekleiden. d) Der Gerichtsschreiber kann

die versäumte Unterschrift rechtsgültig nachholen, auch wenn er inzwischen bei einer anderen Staatsbehörde tätig ist; die Gültigkeit des Protokolls ist überhaupt nicht dadurch bedingt, daß der Gerichtsschreiber gerade dem zuständigen Gericht angehört.

5. **RG. 68** 297, HessRspr. **9** 33, JW. **08** 337, DNotV. **08** 419, R. **08** II Ziff. 2067. Es ist nicht unter allen Umständen erforderlich, daß die Unterschriften der zugezogenen Zeugen zusammen mit der Unterschrift des Richters oder Notars gerade die letzten Worte des Protokolls bilden. Unschädlich ist, wenn sie unter ihre Unterschriften noch den Vermerk setzen, daß sie unterschrieben haben (zu § 2242 BGB.).

§ 179. Literatur: Heß, Der § 179 FGG., BayNotZ. **9** 67 ff., 130 ff. (erörtert Anwendungsgebiet und rechtliche Natur des § 179, Voraussetzung seiner Anwendung und seine einzelnen Förmlichkeiten). — Wagner, Justiz und Politik in der Dolmetscherfrage, DNotV. **08** 624. — Weißler, Der Kampf um den Dolmetscher, DNotV. **08** 334.

1. Franz, Notariat 176 ff. a) Das Protokoll braucht nur die Feststellung zu enthalten, daß der Beteiligte nach seiner Erklärung der deutschen Sprache nicht mächtig sei. b) Ein Dolmetscher ist auch zuzuziehen, wenn ein Beteiligter eine der Urkundsperson unverständliche deutsche Mundart spricht. c) Der Notar ist nicht berechtigt, die Beurkundung abzulehnen, weil er von der Unwahrheit der Erklärung des Beteiligten, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, überzeugt ist. d) Die auf die mitwirkenden Personen bezüglichen Vorschriften finden auf den Dolmetscher nicht allgemein, sondern nur insoweit Anwendung, als dies ausdrücklich vorgeschrieben ist (81 ff.). Ein Zeuge kann nicht zugleich Dolmetscher sein. e) Das Protokoll braucht in deutscher Sprache nicht vorgelesen zu werden, wenn lediglich sprachfremde Beteiligte in Frage stehen und außer dem beurkundenden Notar weitere mitwirkende Personen nicht vorhanden sind. f) Die Nichtzuziehung eines Dolmetschers beeinträchtigt nach Abs. 5 die Gültigkeit der Beurkundung auch dann nicht, wenn das Protokoll die Erklärung des Beteiligten enthält, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein.

2. Heß, BayNotZ. **9** 67 ff., 130 ff. a) Geltungsstärke. Die Vorschrift des § 179 ist (mit Ausnahme der Bestimmung des Abs. 5) zwingender Natur, und zwar nicht nur auf dem Gebiete der rechtsgeschäftlichen Beurkundungen, für das sie kraft Reichsrechts gilt, sondern auch insoweit, als sie (wie für Beurkundung nicht rechtsgeschäftlicher Erklärungen) lediglich kraft Landesrechts Geltung hat (so auch Schultze-Görlitz, Komm. Anm. 2a zu § 200, Keidel, Komm. Anm. 2 zu § 200, Franz, Notariat 76, anders Meikel, BayNotZ. **3** 13, und Dennler in Kaisenbergs Komm. zum BayNotG. 460). b) Voraussetzung der Anwendbarkeit ist die Erklärung des Beteiligten, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, gleichgültig, ob sie der Wahrheit entspricht. Ist der Urkundsbeamte von der Wahrheitswidrigkeit der Erklärung überzeugt, so darf er die Beurkundung nicht schon deshalb, sondern nur bei offenbar schikanösem Verhalten des Beteiligten ablehnen (anders OLG. **1** 408 [KG.], Josef, JDR. **5** § 179 Ziff. 2). Der Ausdruck „deutsche Sprache" umfaßt alle deutschen Mundarten; § 179 ist daher unanwendbar, wenn ein Beteiligter nur einer dem Urkundsbeamten nicht verständlichen Mundart der deutschen Sprache mächtig ist (so auch Keidel Anm. 2, aM. Franz s. oben Ziff. 1). Die Erklärung der Sprachfremdheit kann durch konkludentes Verhalten abgegeben werden. Nicht die Tatsache, sondern nur die Erklärung der Sprachfremdheit muß trotz Abs. 3 im Protokolle festgestellt werden (s. zu der Streitfrage einerseits Jastrow Anm. 21, Rausnitz Anm. 4, Dorner Anm. 6, Fuchs Anm. 3d, Schultze-Görlitz Anm. 4 Abs. 3, Weißler Anm. 1, DNotV. **08** 343, Wellstein Anm. 1a, Keidel Anm. 7b [wie hier], andererseits Josef Anm. 1, Birkenbihl Anm. und Eccius, GruchotsBeitr. **43** 297, 537, **45** 178, Boethke, ebenda **45** 185, Dronke, DJZ. **01** 495). Die Feststellung muß vorgelesen, genehmigt und unterschrieben werden. c) Von den

einzelnen Förmlichkeiten ist die wichtigste, die Zuziehung des Dolmetschers, durch die Vorschrift des Abs. 5 zu einer nicht zwingenden geworden. Abs. 5 bedeutet: die Beurkundung ist selbst dann nicht unwirksam, wenn der Urkundbeamte trotz der Erklärung des Beteiligten, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, die Zuziehung eines Dolmetschers unterlassen hat (anders Entstehungsgeschichte, Josef Anm. 16, Keidel Anm. 4, Güthe, GBO. Anm. 48 zu § 29, OLG. **2** 202 [KG.]). Der Dolmetscher gehört nicht zu den mitwirkenden Personen (so Keidel Anm. 1 zu § 174; aM. KGJ. **22** A 19 [KG.]). Eine andere mitwirkende Person (zweiter Notar oder Zeuge) kann nicht zugleich Dolmetscher sein (so Josef Anm. 8, Keidel Anm. 6, Franz s. oben, aM. Weißler Anm. 2c). Die Feststellung der Beeidigung im Protokoll ist nicht vorgeschrieben (so Keidel Anm. 6, Franz 183; aM. Weißler Anm. 2a und KG., OLG. **1** 458), aber ratsam. Unterlassene Beeidigung des zugezogenen Dolmetschers macht die Beurkundung nichtig. Der Vortrag des Protokolls in fremder Sprache (auch bei Taubheit des Sprachfremden notwendig) muß im Protokoll, aber nicht notwendig in dem dem Vollziehungsvermerk vorangehenden Teile festgestellt werden. Das Protokoll muß in jedem Falle auch deutsch vorgelesen werden (so Keidel Anm. 7a, Weißler Anm. 4, einschränkend Jastrow Anm. 15, Franz s. oben und KG., DNotV. **01** 437). Die Bezeichnung des Dolmetschers im Protokoll ist nicht notwendig, es genügt seine Unterschrift mit dem Zusatze Dolmetscher; erforderlich ist nur, daß aus der Unterschrift die Beobachtung des Abs. 4 ersehen werden kann.

3. Weißler, DNotV. **08** 334. Die wahrheitswidrige Erklärung des Beteiligten, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, enthält keine Ungebühr im Sinne des § 179 GVG. AM. Wagner, DNotV. **08** 624, für den Fall, daß dadurch die Verhandlung vor Gericht zu politischer Agitation mißbraucht wird. — Beide Aufsätze sind nur von politischem Interesse.

4. Rechtsprechung. a) **RG.** R. **07** 837 Ziff. 1892. Hat ein der deutschen Sprache nicht Mächtiger, ohne dies zu erklären, einen notariellen Akt getätigt, so ist die Beurkundung nicht deswegen unwirksam, weil kein Dolmetscher zugezogen ist. b) KGJ. **35** A 83 vgl. oben zu § 2244 BGB.

§ 181. Franz, Notariat 188 ff. wie JDR. **5** § 181 Ziff. 2.

§ 183. Literatur: Busch, Wesen der öffentlichen Beglaubigung. Gesetzliche Behinderung der Urkundsperson, DJZ. **08** 515. — Josef, Das Wesen der öffentlichen Beglaubigung und die Beglaubigung einer Blankettunterschrift, SeuffBl. **08** 922. — DNotV. **08** 163, Darf der Notar eine Unterschrift beglaubigen, wenn er die Urkunde selbst nicht aufnehmen dürfte? (Äußerungen von Meyßner, Neumann, Rausnitz und Weißler).

I. Gesetzliche Behinderung der Urkundsperson (s. JDR. **5** Ziff. 1 c). 1. Busch, DJZ. **08** 515. Die Urkundsperson ist an der Vornahme einer Beglaubigung gemäß § 6 FGG., der nach § 1 FGG., Art. 84 PrFGG. auch auf die Beglaubigung Anwendung findet, nicht nur dann gesetzlich behindert, wenn es sich um Beglaubigung ihrer eigenen Unterschrift oder der naher Angehöriger handelt, sondern auch dann, wenn ihr von einem Dritten eine Urkunde zur Beglaubigung vorgelegt wird, die zu ihren oder ihrer Angehörigen Gunsten Verfügungen enthält. Denn das Wesen der Unterschriftsbeglaubigung erschöpft sich nicht in der Bescheinigung, daß eine Namensschrift von einer bestimmten Person herrührt, sondern ihr Zweck geht weiter dahin, eine schriftlich abgefaßte Willenserklärung durch Beglaubigung der in Gegenwart der Urkundsperson hinzugefügten oder anerkannten Unterschrift des Erklärenden zu einer öffentlich beglaubigten Erklärung zu gestalten; die Amtshandlung der Urkundsperson umfaßt also auch die Erklärung, indem sie für die tatsächliche Abgabe dieser sichere Gewähr bietet.

2. Neumann, DNotV. **08** 165 ff. Um „Sachen" einer der Urkundsperson

im Sinne des § 6 nahestehenden Person handelt es sich auch dann, wenn die Erklärung, unter der die von ihr zu beglaubigende Unterschrift sich befindet, die Rechtsverhältnisse einer mit ihr in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandten oder verschwägerten Person betrifft. Die Urkundsperson ist somit behindert, die Unterschrift unter einer solchen Erklärung zu beglaubigen, gleichgültig, ob sie den Entwurf der Erklärung selbst gefertigt hat oder nicht. Die Wirksamkeit der Beglaubigung wird durch einen Verstoß gegen § 6 nicht beeinträchtigt (§ 7). Es treten nur Disziplinarwirkungen ein, die natürlich ausgeschlossen sind, wenn der Urkundsbeamte den Inhalt der Erklärung nicht kannte und nicht kennen mußte.

3. Ebenso Meyßner, DNotV. **08** 163 ff. Ein Verhältnis der im § 6 bezeichneten Art schließt den Notar von der Beglaubigung einer Unterschrift auch dann aus, wenn er die Urkunde, unter welcher die Unterschrift sich befindet, weder entworfen hat, noch ihren Inhalt kennt oder kennen muß.

4. Rausnitz, DNotV. **08** 167 ff. Die aus dem Inhalte der beglaubigten Urkunde entnommenen Ausschließungsgründe des § 6 FGG. greifen jedenfalls dann durch, wenn der Notar die Urkunde selbst entworfen hat. Denn Entwerfen und Beglaubigen ist eine einheitliche Amtstätigkeit des Notars und fällt unter Art. 84 PrFGG., demzufolge § 6 FGG. anwendbar ist.

5. Anders Weißler, DNotV. **08** 173. Die Beglaubigung besteht nur in dem Zeugnisse, daß eine Person eine Unterschrift geleistet oder anerkannt habe. Dieses Zeugnis, nicht die Privaturkunde, von der der Notar nach Art. 60 PrFGG. nicht einmal Kenntnis nehmen darf, ist die Angelegenheit, die den Notar beschäftigt. Der Inhalt der Urkunde steht zu seiner Amtshandlung in keiner Beziehung (Argument: Zulässigkeit der Beglaubigung einer Blankettnamensschrift). Die Ausschließungsgründe des § 6 können deshalb bei Beglaubigungen nicht aus dem Inhalte der Urkunde, sondern nur aus der Person des Unterzeichners hergeleitet werden.

6. Franz, Notariat 275. Als „Beteiligter" oder Partei kommt ausschließlich diejenige Person in Betracht, deren Unterschrift beglaubigt wird, nicht auch diejenigen Personen, die im Texte der zu beglaubigenden Urkunde aufgeführt werden.

II. Blankettunterschriften. 1. Busch, DJZ. **08** 515. Die Beglaubigung einer Blankettunterschrift ist keine Beglaubigung einer „Unterschrift" im Sinne des § 183 FGG. Denn Unterschrift ist nicht eine Namensunterschrift schlechthin, sondern die für eine bestimmte Stelle der Urkunde vorgesehene Namensschrift, durch die eine schriftliche Erklärung räumlich abgeschlossen wird. Dies trifft auf die Blankettnamensunterschrift nicht zu (vgl. Schultze-Görlitz, FGG. 360, Birkenbihl, FGG. 585, Predari, GBO. 493, Güthe, GBO. § 29 Anm. 94; andererseits Josef, Komm. § 183 Anm. 2, Weißler, FGG. 229, Rausnitz 590, Wellstein, FDR. **5** § 183 Ziff. 2).

2. Dagegen Josef, SeuffBl. **08** 922 ff. Die Beglaubigung der Unterschrift unter Erklärungen, die lückenhaft sind, kann nicht abgelehnt werden, mag auch die Erklärung infolge der Lücken so bedeutungslos sein, daß sie überhaupt nicht mehr als Erklärung gelten kann. Folglich ist auch die Beglaubigung einer Unterschrift, die sich auf einem leeren Blatte befindet, zulässig; anderenfalls könnte der Beteiligte die Weigerung des Notars, die Unterschrift zu beglaubigen, dadurch beseitigen, daß er bedeutungslose Worte über seine Namensunterschrift setzt. Das Wort „Unterschrift" im § 129 BGB. und im § 183 FGG. bedeutet nur Namensunterschrift, steht also der Beglaubigung der Blankettunterschrift nicht entgegen; § 129 BGB. besagt nicht, daß Voraussetzung der Beglaubigung eine zu diesem Zeitpunkte bereits vorhandene Erklärung ist, er will vielmehr ausweislich der Vorarbeiten nur klarstellen, was das Gesetz unter öffentlicher Beglaubigung versteht. Diese bezieht sich demgemäß nur auf die Unterschrift und enthält keine Bescheinigung, daß die Er-

klärung so, wie sie über der Namensschrift steht, vom Erklärenden tatsächlich abgegeben ist.

3. Auch Franz, Notariat 267 ff., hält die Beglaubigung einer Blankettunterschrift für zulässig.

III. Voraussetzungen der Beglaubigung. Pflichten der Urkundsperson. 1. **a)** Franz, Notariat 267. Der Mangel einer in Gegenwart der Urkundsperson erfolgten Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift macht die Beglaubigung nicht unwirksam. **b)** Franz, Notariat 278. Bloße Anerkennung der Unterschrift genügt auch für die Beglaubigung einer Unterschriftszeichnung nach § 12 HGB. (anders **RG. 54** 168).

2. Rechtsprechung. **a)** OLG. **17** 371, DNotV. **09** 82 (Posen). Zur Identitätsfeststellung bei Beglaubigungen genügt nach herrschender Praxis die Vorstellung durch eine dem Urkundsbeamten bekannte Person, die, wenn nicht besondere Bedenken entgegenstehen, auch der Mitkontrahent sein darf. **b)** Muß die Beglaubigung unmittelbar nach Vollziehung der Unterschrift vorgenommen werden? JDR. **5** Ziff. 1 b (Colmar) jetzt auch OLG. **16** 199.

IV. Beglaubigungsvermerk. 1. Franz, Notariat 277. Erforderlich ist die Angabe des Datums der Ausstellung des Beglaubigungsvermerks, nicht auch eines davon verschiedenen Datums der Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift.

2. Josef, KGBl. **07** 109. Ist der Beteiligte im Beglaubigungsvermerke nur nach Stand und Wohnort, aber ohne Namensnennung bezeichnet, so kann der unvollständige Beglaubigungsvermerk nicht aus der über ihm stehenden Namensschrift ergänzt werden. Denn die Ergänzung würde nur ergeben, daß der lediglich nach Stand und Wohnort Bezeichnete die über dem Vermerke befindliche Unterschrift eigenhändig angefertigt hat, nicht dagegen, daß der Fertiger der Unterschrift gerade der ist, der den Namen führt.

3. SächsOLG. **29** 353 (Dresden). Der Beglaubigungsvermerk braucht nicht unmittelbar unter der Unterschrift zu stehen, zu der er gehört. Es schadet nichts, wenn sich Beglaubigungsvermerke oder Erklärungen anderer Beteiligter dazwischen schieben, sofern der Vermerk nur genau angibt, auf welche Unterschrift er sich bezieht (aM. Kloß, Beurkundungswesen 160 Anm. 6).

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 188. *v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 61, 62. Nach § 1 G. betr. das Reichsschuldbuch vom 31. Mai 1891 (RGBl. 321) können Schuldverschreibungen der Reichsanleihen in Buchschulden des Reichs auf den Namen eines bestimmten Gläubigers umgewandelt werden. Die Umwandlung erfolgt gegen Einlieferung zum Umlaufe brauchbarer Reichsschuldverschreibungen durch Eintragung in das bei der Reichsschuldenverwaltung zu führende Reichsschuldbuch (§ 2 Abs. 1 aaO.). Mit der Eintragung erlöschen die Rechte des Inhabers an den eingelieferten Schuldverschreibungen (§ 5 Abs. 1 aaO.). In dem Reichsschuldbuche sind nach § 2 Abs. 3 aaO. auch die in dem Schuldverhältnis eintretenden Veränderungen zu vermerken. Zur Stellung von Anträgen auf Übertragung eingetragener Forderungen auf ein anderes Konto, auf Eintragung und Löschung von Vermerken über Veränderungen im Schuldverhältnisse (§ 2 Abs. 3), sowie auf Ausreichung von Schuldverschreibungen gegen Löschung der eingetragenen Forderung sind nach § 7 Abs. 1 aaO. u. a. diejenigen Personen berechtigt, auf welche die eingetragene Forderung von Todes wegen übergegangen ist. Rechtsnachfolger von Todes wegen haben sich, sofern ihre Berechtigung auf der gesetzlichen Erbfolge beruht, durch eine Bescheinigung als Erben, sofern dieselbe auf letztwilliger Verfügung beruht, durch eine Bescheinigung

darüber auszuweisen, daß sie über die eingetragene Forderung zu verfügen befugt sind (§ 11 Abs. 1 aaO.).

§ 191. 1. Schwarzschild, BadNotZ. **07** 178, teilt einen Beschluß des OLG. Karlsruhe mit, durch den einem Ortsstatute, das die nach § 191 FGG., § 42 BadFGG. für Baden dem Bürgermeister zustehende Beglaubigungsbefugnis einem anderen städtischen Beamten überträgt, die Wirksamkeit abgesprochen ist. Dazu BadNotZ. **08** 25 Kritik des durch die Entsch. veranlaßten Gesetzentwurfs betreffend „die Übertragung des Gemeinderichteramts und des Amtes eines Schiedsmanns an besondere Gemeindebeamte sowie die Stellvertretung der Gemeinderichter und der Schiedsmänner". — Carlebach, BadNotZ. **08** 173, bespricht unter Mitteilung der Entstehungsgeschichte das die Stellvertretung regelnde Gesetz vom 11. September 1908 (Text 189 das., Begründung in der Sitzung der 2. Kammer vom 19. Juni 1908 S. 179 das.).

2. **RG.** RheinZ. **1** 118. In Elsaß-Lothringen ist der Bürgermeister zur Beglaubigung der Unterschriften von Privatpersonen nicht zuständig.

3. BlGenossWes. **07** 124. Form der von den Gemeindevorstehern und Polizeibehörden auf Grund des § 8 der Bundesratsbekanntmachung betr. Führung des Genossenschaftsregisters vom 1. Juli 1899 bewirkten Unterschriftsbeglaubigungen (s. JDR. **6** zu § 157 GenG. Ziff. 1).

§ 194. Rechtshilfe in Nachlaßsachen in Baden. Vgl. § 2 Ziff. III a und JDR. **5** zu § 194.

§ 199. Literatur: Lindemann, Eine Zuständigkeitsfrage der FG., R. **08** 482.

1. Einlegung der weiteren Beschwerde beim örtlichen OLG. BayObLG. 8 550, R. **08** II Ziff. 144 (BayObLG.). Steht die Entscheidung über die weitere Beschwerde dem BayObLG. zu, so kann sie bei dem OLG. auch nicht wirksam eingelegt werden.

2. Beschwerde gegen erstinstanzliche Beschlüsse des LG. **a)** RJA. **9** 1, KGJ. **34** A 3, ZBlFG. **8** 405, R. **08** II Ziff. 230 (KG.). Für die Entscheidung über die Beschwerde gegen einen vom LG. in erster Instanz erlassenen Beschluß, durch den in einer Angelegenheit der FG. die Bewilligung des Armenrechts verweigert wird (das Armenrechtsgesuch war zugleich mit Einlegung der Beschwerde gegen eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts gestellt), ist dasjenige OLG. zuständig, dem durch Landesgesetz die Entscheidung über die weitere Beschwerde zugewiesen ist (aM. Rausnitz, Komm. § 14 Anm. 31). **b)** Dagegen Lindemann, R. **08** 482. Für die Beschwerde gegen solche vom LG. im Beschwerdeverfahren erlassenen Verfügungen, bei denen es sich nicht um Nachprüfung einer entsprechenden Maßregel der Vorinstanz handelt, die vielmehr das Wesen erstinstanzlicher Verfügungen haben (z. B. Entscheidungen betreffend Zeugnisverweigerung, Bestrafung ungehorsamer Zeugen, Ablehnung von Sachverständigen, Armenrechtsbewilligung) ist nicht das KG., sondern das örtliche OLG. zuständig.

§ 200. 1. Mangel sachlicher Zuständigkeit bei Beurkundungen (s. JDR. **5**). Franz, Notariat 93 f. Hat die Landesgesetzgebung allgemein oder für gewisse Klassen von Rechtsgeschäften entweder die Gerichte oder die Notare von der Beurkundung ausgeschlossen, so ist eine gleichwohl von der sachlich unzuständigen Urkundsperson vorgenommene Beurkundung nur nichtig, wenn das Landesrecht die Nichtigkeit als Folge der sachlichen Unzuständigkeit ausgesprochen hat. Ein solcher Ausspruch braucht aber nicht notwendig ausdrücklich zu erfolgen; insbesondere wird bei einer auf Grund des Art. 141 EGBGB. getroffenen Zuständigkeitsregelung auch ohne besondere Vorschrift anzunehmen sein, daß das Landesrecht die Erfüllung der allein noch in Frage kommenden Beurkundungsform bei Strafe der Nichtigkeit vorsehen will.

2. Kosten (zu Art. 9 PrFGG.). KGBl. **07** 128 (KG.). In Angelegenheiten der FG. kann der Antrag, die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise einem der Beteiligten aufzuerlegen, nicht mehr gestellt werden, wenn die Hauptsache bereits erledigt ist.

3. Taxation. (Zu § 16 II. 6 PrAGO.) KGJ. **35** A 330, DNotV. **09** 119 (KG.). Die Taxation von Bauland (Grundbesitz, für den ein Bebauungsplan festgestellt ist und die Bebauung in absehbarer Zeit in Aussicht steht) erfolgt gemäß § 16 Abs. 3, 4 II. 6 PrAGO. durch Aufnahme einer Grundtaxe, d. h. durch eine Abschätzung, bei der der Wert des Grund und Bodens unmittelbar, mit Umgehung einer Reinertragsermittelung, festgestellt wird. Bei Bauland ist für die Taxation zu unterscheiden zwischen Baustellen, die vermöge ihrer Anbaureife bereits einen selbständigen Vermögensgegenstand bilden, und Baugelände, einer Mehrheit von Parzellen, die eine derartige wirtschaftliche Selbständigkeit noch nicht erlangt haben. Bei der Einzeltaxe der Baustellen sind die für gleichartige Baustellen gezahlten Einzelkaufpreise zur Vergleichung heranzuziehen, bei der Gesamttaxe von Baugelände dagegen die für gleichartige Grundstückskomplexe gezahlten Preise, so daß hierbei die zugehörigen Parzellen nicht als selbständige Taxobjekte, sondern nur als unselbständige Abschätzungsfaktoren in Betracht kommen.

Das Reichs-Haftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Die im Nachstehenden behandelten Fragen besitzen vielfache Beziehungen zu gleichen und verwandten Thematen, die im Zusammenhange auch an dementsprechenden Stellen des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse Aufnahme gefunden haben. (Vgl. insbesondere §§ 254, 276, 249 BGB.) Auch wo im Folgenden nicht ausdrücklich auf die in Betracht kommenden Stellen zurückverwiesen worden ist, sind deshalb zweckmäßig die erwähnten Materien mitheranzuziehen.

Literatur: Dronke, Eigenes Verschulden, EisenbE. **25** Sonderheft 33. — Gorden, Der deutsche Regierungsentwurf über die Automobilhaftpflicht und der Gegenentwurf des Kaiserlichen Automobilklubs, EisenbE. **25** 230. — Guyer, Die rechtliche Behandlung der Automobile, EisenbE. **24** 309—415. — Handtmann, Automobilhaftpflicht, HirthsAnn. **08** 2. — Hilse, Zur Haftpflicht der Automobilhalter, EisenbE. **25** (Sonderheft) 98. — Kittel, Die Ansprüche der Reichspostverwaltung und ihrer Angestellten für Schäden aus Eisenbahnunfällen, EisenbE. **24** 420. — Königslöw, Zur Auslegung der Bestimmung „in Ausführung der Dienstverrichtungen" im § 2 RHaftpflG., EisenbE. **24** 208 — Krückmann, Das Verhältnis von Eisenbahnhaftung und Tierhalterhaftung, EisenbE. **25** 200.

§ 1. I. Betriebsunfälle. 1. **RG.** EisenbA. **08** 485. Wenn auch mit dem Stillstehen des Eisenbahnzugs die vorzugsweise die Gefahrenquelle des Bahnbetriebs bildende Beförderungstätigkeit der Eisenbahn aufhört, so können doch auch beim Aussteigen der Fahrgäste gewisse gefährliche Eigentümlichkeiten des Betriebs Unfälle erzeugen, die alsdann unter § 1 fallen. Dahin gehört namentlich die durch den Betrieb der Eisenbahn, die baldigst zu erwartende Weiterbewegung des Zuges auf Zwischenstationen gebotene Eile. Unfälle dagegen, die der Fahrgast nach dem Aussteigen auf dem Bahnsteig erleidet, gehören nicht hierher. Wohl können Gedränge und Eile eines Reisenden auf dem Wege zum Zuge den ursächlichen Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetriebe herstellen, nicht aber das Verlangen, schnell den Zug und das Gedränge des Bahnhofsverkehrs hinter sich zu lassen, wenn er am Bestimmungsort angelangt ist.

2. **RG.** JW. **08** 722, EisenbVereinsZ. **08** 1467, EisenbA. **09** 491. Ein Mord in einem Eisenbahn-Wagenabteil ist kein Betriebsunfall. Denn die dem Eisenbahnbetrieb eigene erhöhte Gefährlichkeit, für die den Unternehmer eine gesteigerte zivilrechtliche Verantwortlichkeit trifft, umfaßt nur solche Gefahren, die durch die technische Seite des Betriebs, insbesondere durch die Schwere der Transportmittel und deren Bewegungsart sowie durch die dem Betrieb eigene außerordentliche Eile begründet werden.

3. **RG.** EisenbA. **08** 762, EisenbE. **24** 286. Die Eisenbahnverwaltung ist für die Verletzung eines Reisenden durch ein während der Fahrt aus dem Gepäcknetze fallendes Paket haftbar, auch wenn das Paket von einem Dritten nicht ordnungsmäßig in das Gepäcknetz gelegt war.

4. **RG.** EisenbE. **24** 382. Die Eisenbahn haftet nicht für einen Unfall, der durch einen auf dem Bahnsteige verkehrenden Handwagen der Post verursacht wird.

5. **RG.** EisenbVereinsZ. **08** 490, EisenbE. **24** 280, JW. **07** 845. Wenn jemand aus persönlichen Gründen sich beeilt, um die Abfahrt eines Zuges nicht zu versäumen, und ihm hierbei eine Verletzung zustößt, so liegt ein Betriebsunfall nicht vor.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1103. Vorkommnisse, die wie das Herabfallen von Telephon- oder Telegraphendrähten auf die Leitungsdrähte einer elektrischen Bahn infolge von Naturereignissen oder menschlicher Tätigkeit sich mit einer gewissen Häufigkeit wiederholen, ergeben sich aus der Natur des Betriebs von selbst und müssen deshalb vom Unternehmer von vornherein vorausgesehen und vertreten werden.

II. Kausalzusammenhang. 1. **RG. 68** 47, EisenbE. **24** 399, JW. **08** 306. Die Haftung aus §1 ist nicht gegeben, wenn eine Person infolge des Schrecks über einen Eisenbahnbetriebsunfall, den ein Dritter erleidet, geisteskrank wird.

2. **RG.** EisenbE. **25** 180, JW. **08** 526, R. **08** II 537, KleinbZ. **08** 782. Die Verschlimmerung eines durch einen Unfall hervorgerufenen Nervenleidens infolge der Aufregung über einen durch die Zahlungsverweigerung des Schadensersatzpflichtigen veranlaßten Prozeß steht mit dem Unfalle selbst in ursächlichem Zusammenhange. Vgl. auch RG. KleinbZ. **08** 781.

3. **RG.** EisenbE. **24** 276, JW. **07** 750. Wird der Tod durch eine infolge des Unfalls notwendig in der Narkose zu vollziehende Operation herbeigeführt, so steht der Tod mit dem Unfall in ursächlichem Zusammenhange.

4. **RG.** EisenbE. **24** 271. Ist jemand von einem daherfahrenden Straßenbahnwagen erfaßt und überfahren worden, so liegt ein Unfall vor, der unmittelbar durch einen, der eigentümlichen Beförderungstätigkeit der Eisenbahn angehörenden Betriebsvorgang herbeigeführt ist. In solchem Falle bedarf es nicht eines besonderen Nachweises des ursächlichen Zusammenhanges mit der den Eisenbahnen eigentümlichen Betriebsgefahr, sofern nur ein solcher Zusammenhang als möglich erscheint.

III. Betriebsunternehmer. 1. **RG. 66** 376. Die herkömmliche Begriffsbestimmung, daß als Betriebsunternehmer einer Eisenbahn derjenige anzusehen sei, der den Eisenbahnbetrieb auf eigene Rechnung und Gefahr und zum eigenen Vorteil ausübe, genügt in vielen Fällen nicht zur Prüfung, wer als Betriebsunternehmer zu gelten hat. Zu einem zuverlässigen Ergebnisse gelangt man nur, wenn man als Betriebsunternehmer des Eisenbahnbetriebs denjenigen bezeichnet, der die Eisenbahn für eigene Rechnung betreibt und dem die Verfügung über den Betrieb zusteht.

2. **RG.** EisenbA. **08** 215. Der Unternehmer führt den Betrieb dann für eigene Rechnung, wenn ihm die Betriebseinnahmen und die Betriebsausgaben zufallen.

IV. Höhere Gewalt. 1. **RG.** EisenbE. **25** 41. Ereignisse, die an sich unter den Begriff der höheren Gewalt fallen würden, gelten nicht als solche, wenn sie mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren und bei der Natur des Betriebs unvermeidlich sind. Dazu gehören bei Eisenbahnen, die ohne Abschließung des Bahnkörpers mit verhältnismäßig großer Geschwindigkeit durch verkehrsreiche Straßen fahren und, weil sie an die Geleise gebunden sind, nicht ausweichen können, Zusammenstöße mit Menschen, Tieren und Gegenständen aller Art, denen die Straße zur Fortbewegung dient, namentlich mit Fahrzeugen, auch wenn dabei deren Lenkern eine größere oder geringere Fahrlässigkeit zur Last fällt.

2. **RG.** EisenbE. **24** 392, R. **08** 183. Der Eisenbahnunternehmer kann sich auf höhere Gewalt nicht berufen, wenn ein Unfall infolge der — nicht vereinzelt vorkommenden — Überfüllung der Abteile eingetreten ist.

3. **RG.** EisenbE. **25** 165. In dem plötzlichen Auftauchen eines Betrunkenen vor einem fahrenden Straßenbahnwagen ist keine höhere Gewalt zu erblicken.

4. **RG.** 25. 1. 08, KleinbZ. **08** 400, JW. **08** 210. Höhere Gewalt liegt nicht vor, wenn ein Unfall durch unvorsichtiges, aber nicht schuldhaftes Verhalten des Verletzten hervorgerufen und dieses Verhalten durch die Handlung eines Dritten, außerhalb des Betriebs Stehenden veranlaßt worden ist.

V. Eigenes Verschulden. 1. Dronke, EisenbE. **25** (Sonderheft) 33 (s. a. BGB. § 254 Ziff. 1b). Eigenes Verschulden im Sinne des BGB. und des HaftpflG. trifft denjenigen Schadensgläubiger, der vorsätzlich oder fahrlässig Rechte seines Schuldners verletzt. Der Umfang dieser Schuldnerrechte ist verschieden je nach der Art des Schuldverhältnisses, ebenso auch subjektiv das Maß der Sorgfalt, das der Gläubiger nach der Verkehrssitte seinem Schuldner gegenüber aufzuwenden hat. Auch bei Annahme einer Gläubigerpflicht bestimmten Inhalts und eines objektiven Zuwiderhandelns gegen diese Pflicht braucht ein Verschulden noch nicht vorzuliegen. Dies ist vielmehr stets noch besonders zu prüfen, wobei man regelmäßig davon ausgehen darf, daß niemand einem widerrechtlichen Schädiger gegenüber zu größerer Sorgfalt verpflichtet ist, als er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es darf ferner keine Vermengung der Schuldfrage mit der des ursächlichen Zusammenhanges eintreten; vielmehr muß jede für sich klargestellt und beantwortet werden, und dann erst kann neben den anderen Umständen auch der Tatsache, ob das Verschulden des Schädigers oder das eigene Verschulden des Beschädigten das schwerere war, in geeigneter Weise Rechnung getragen werden. Da die Rechtsprechung darauf hinausgeht, den Begriff der unerlaubten Handlung und damit des Verschuldens im zivilrechtlichen Sinne dahin zu erweitern, daß auch die Fälle einer Schadenshaftung ohne Verschulden darunter mitzuverstehen sind, so muß auch ein Tatbestand, der auf Seite des Haftpflichtigen „Verschulden" ist, auch beim Geschädigten als Verschulden, als „eigenes Verschulden" angesehen werden. Vor allem liegt in diesem Sinne eigenes Verschulden eines durch einen Dritten geschädigten Eisenbahnunternehmers vor, wenn das schädigende Ereignis sich bei ihm als Betriebsunfall darstellt. Eigenes Verschulden des Gläubigers ist also nicht nur die vorsätzliche und fahrlässige Verletzung von Schuldnerrechten, sondern auch jede andere bei seiner Schädigung mitwirkende Ursache, die, für sich allein betrachtet, einen der zivilrechtlichen Haftungsgründe enthalten würde. Dies muß für den Begriff des eigenen Verschuldens nicht bloß des BGB., sondern auch des HaftpflG. gelten.

2. Krückmann, EisenbE. **25** 200. Die Tierhalterhaftung muß auch gegenüber der Eisenbahnhaftung zur Geltung gebracht werden und zwar in der Weise, daß auf den eigenen Schadensanspruch des Tierhalters die Gefährdungsaufrechnung analog § 254, auf seinen Rückgriffsanspruch § 840 Abs. 3 analog zur Anwendung kommt (s. auch oben BGB. § 254 Ziff. 1c).

3. **RG.** 29. 6. 07, GruchotsBeitr. **52** 699. Wer einem anderen das Leben zu retten versucht, darf nicht auf Gefahr des haftpflichtigen Betriebsunternehmers ohne jede Vorsicht und Überlegung und ohne jede Aussicht auf Erfolg handeln. Wer sich selbst in Lebensgefahr begibt, um andere zu retten, handelt nur dann ohne Verschulden, wenn er nach den Umständen des Falles annehmen durfte, sein Vorhaben werde von Erfolg begleitet sein, und nur beim Vorliegen solcher Umstände kann von Erfüllung einer sittlichen Pflicht die Rede sein (s. auch BGB. § 254 Ziff. 10e bei γ).

4. **RG.** EisenbE. **24** 278. Ein Fahrgast, der schwer bepackt von einem bereits wieder fahrenden Zuge abspringt, handelt grobfahrlässig, und es muß, wenn er dabei zu Schaden kommt, die Abwägung seines eigenen schuldhaften Verhaltens mit der durch keine besonderen Umstände, insbesondere nicht durch ein Verschulden der Eisenbahnbediensteten erhöhten Betriebsgefahr dazu führen, dem Verletzten jeden Anspruch auf Schadensersatz zu versagen. Dies gilt um so mehr dann, wenn der Verletzte überhaupt säumig beim Aussteigen gewesen ist. Will ein Fahrgast auf einer Haltestelle, an der, wie jedermann weiß, der Zug nur ganz kurze Zeit hält, aussteigen, so gebietet es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß er sein Gepäck und die sonst von ihm mitgeführten Sachen im Augenblicke des Anhaltens des Zuges bei der Hand hat, um ohne Verzug aussteigen zu können (s. auch BGB. § 254 Ziff. 10a bei α).

5. **RG.** EisenbE. **24** 277. Hat e i n Fahrgast, der von einer Straßenbahn absteigen will, dies dem Schaffner eröffnet, und hält darauf der Wagen, so ist es Sache des Schaffners, zu beobachten, ob das Ein- und Aussteigen überhaupt beendet ist. Wenn daher ein anderer Fahrgast wegen des Anfahrens beim Aussteigen verletzt wird, so ist es ihm nicht als Verschulden anzurechnen, wenn er nicht besonders dem Schaffner seine Absicht des Aussteigens kundgegeben hat.

6. **RG.** EisenbE. **24** 260, DJZ. **07** 1322 (s. BGB. § 254 Ziff. 10a bei α aE). Wenn eine Person, durch Handgepäck und Kleidung beschwert, in einen bereits in Bewegung gesetzten Zug zu springen versucht und hierbei getötet wird, so ist ihr Verschulden so groß, daß die Betriebsgefahr als Ursache gänzlich zurücktritt und die Eisenbahn nicht haftpflichtig ist.

7. **RG.** KleinbZ. **08** 720, EisenbE. **25** 45; **RG.** 1. 6. 08, EisenbE. **25** 77, SächsRpflA. **08** 386. Das Aufspringen auf einen in der Fahrt begriffenen elektrischen Motorwagen stellt sich als schweres eigenes Verschulden des Verletzten dar, außer wenn der Fahrgast die Griffe schon erfaßt hatte, als der Wagen noch stand.

8. EisenbE. **25** 35 (Frankfurt). Dies gilt in noch höherem Maße vom Aufspringen auf einen fahrenden Eisenbahnzug (s. auch BGB. § 254 Ziff. 10a bei α).

9. EisenbE. **25** 66 (Hamburg), R. **08** II 360. Das im allgemeinen den Ersatzanspruch gegen den Unternehmer gänzlich ausschließende eigene Verschulden des Beschädigten durch Abspringen von einem noch fahrenden Straßenbahnzug ist bei jugendlichem Alter des Beschädigten (Kindern) unter Umständen nur als mitwirkendes Verschulden anzusehen.

10. **RG.** 2. 7. 08, EisenbE. **25** 188, R. **08** 530. Ist jemand bei dem Versuch, auf einen fahrenden Zug zu springen, verunglückt, so kann weder der Umstand, daß infolge Zugverspätung der Zug kürzere Zeit als gewöhnlich hielt, noch der Umstand, daß es sich um einen Betrieb zur Nachtzeit handelte, ein mitwirkendes Verschulden der Bahn begründen.

11. **RG.** EisenbE. **24** 364. Wenn der Wunsch eines Fahrgastes, von einem Straßenbahnwagen abzusteigen, durch Glockenzug dem Wagenführer zu erkennen gegeben ist und der Wagen darauf anhält, so trifft den Fahrgast kein Verschulden, wenn er absteigt, ohne weitere Erkundigungen anzustellen, ob das Halten erfolgt, um ihm das Absteigen zu ermöglichen.

12. **RG.** EisenbE. **24** 269, R. **07** 1397. Das Betreten eines Straßenbahngeleises kurz vor einem herankommenden Straßenbahnwagen wird regelmäßig als ein grobes Verschulden zu erachten sein, und es wird, wenn infolgedessen ein Unfall eintritt, für gewöhnlich die Annahme gerechtfertigt sein, daß der Unfall durch überwiegendes Verschulden des Verletzten verursacht sei. Hat der letztere indes nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge und unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erwarten dürfen, daß er ohne Gefahr das Geleis noch überschreiten könne, und ist er hieran nur dadurch gehindert worden, daß er durch einen ihn erschreckenden Zuruf verwirrt gemacht und dadurch zu Bewegungen veranlaßt worden ist, die ihn dem Straßenbahnwagen zu nahe brachten, so ist sein Verschulden zum mindesten als ein geringeres anzusehen.

13. EisenbE. **25** 47 (Cöln). Ein Fußgänger, der den Fahrdamm einer mit den Geleisen einer elektrischen Straßen- oder Kleinbahn durchzogenen Straße betritt, darf erwarten, daß sich das Herannahen eines Wagens der Bahn durch deutlich wahrnehmbares Geräusch, insbesondere durch die vorgeschriebenen Glockenzeichen so zeitig ankündigt, daß er sich außer Gefahr bringen kann.

14. **RG.** 28. 10. 07, EisenbE. **24** 278. Wenn auch die Fahrstraßen in erster Reihe für den Fuhrwerksverkehr bestimmt und angelegt sind und deshalb nicht allgemein verlangt werden kann, daß die mit Straßenbahnen belegten Straßen von den Wagenführern aus Vorsicht gemieden werden, so ist doch ein Verschulden auf Seite des Fuhrmanns anzunehmen, der, wissend, daß die Pferde des von ihm geleiteten Fuhrwerkes im höchsten Grade vor dem Läuten und dem allgemeinen Getöse der Straßenbahnwagen scheuen, seinen Weg an der Straßenbahn entlang nimmt, obschon er, wenn auch mit einigem Zeitverluste, Straßen benutzen kann, durch welche keine Straßenbahn fährt.

15. ElsLothJZ. **08** 6, EisenbE. **25** 3 (Colmar). Ein Kind, das beim Bahnbetriebe verletzt wird, ist im Sinne der §§ 1 und 3 a ein „Verletzter". Sein Ersatzanspruch wird weder durch die gesetzliche Unterhaltspflicht des Vaters noch dadurch ausgeschlossen, daß der Vater die Kosten für die Heilung usw. ausgelegt hat. Von dem Verschulden eines Kindes kann keine Rede sein. Ein Mitverschulden des Vaters kann von der ersatzpflichtigen Bahn nicht geltend gemacht werden, sie hat nur ein Rückgriffsrecht gegen den Vater (s. auch BGB. § 254 Ziff. 3).

16. **RG.** WarneyerJ. **08** 18. Bei Entscheidung der Frage, ob die Ablehnung ärztlicher Behandlung zur Verminderung der Unfallfolgen ein eigenes Verschulden des Verletzten darstellt, sind im Einzelfalle die konkreten Verhältnisse zu würdigen, wobei es hauptsächlich auf die Beschaffenheit des Leidens, die Schwere und Gefährlichkeit einer etwa erforderlichen Operation, die mehr oder mindere Sicherheit des Erfolges ankommen wird, möglicherweise aber auch noch andere, besondere Umstände in Betracht zu ziehen sind (s. auch BGB. § 254 Ziff. 5).

17. **RG.** EisenbE. **25** 76, JW. **08** 495. Beweispflichtig dafür, daß der Unfall durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht wurde, ist der Betriebsunternehmer. Der Beweispflicht kann dann, wenn der Unfall nicht aufgeklärt ist, auch genügt sein, wenn die Sachlage mit höchster Wahrscheinlichkeit darauf hinweist, daß der Verletzte ohne eigene Schuld nicht verunglückt sein kann. Solchenfalls hat der Verletzte sich zu entlasten und darzutun, daß nach den besonderen Umständen sein Verhalten nicht schuldhaft war (s. auch BGB. § 254 Ziff. 2 k α).

18. **RG.** EisenbE. **24** 272. Wenn das Verhalten des Verletzten dem äußeren Hergange nach sich als ein verbotswidriges oder unvernünftiges und für den Unfall ursächliches darstellt, so liegt es dem Verletzten ob, anderweitige Umstände darzulegen, welche zu seiner Entlastung dienen können (s. auch BGB. § 254 Ziff. 2 k β u. γ).

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. (s. auch BGB. § 254 Ziff. 7). 1. **RG.** EisenbE. **25** 188, JW. **08** 552, R. **08** II 506. Unzutreffend ist die Annahme, der Unternehmer werde „nur" dann von der Haftung ganz frei, wenn das eigene Verschulden des Verletzten so überwiegend die Ursache eines Unfalls bildet, daß die Betriebsgefahr als Ursache völlig in den Hintergrund tritt. Wofern sich hier eine allgemeine Norm überhaupt aufstellen läßt, so wäre es eher die, daß, wenn neben der gewöhnlichen Eisenbahngefahr ein grobes Verschulden des Verletzten mitgewirkt hat, für die Regel eine Haftpflicht des Unternehmers überhaupt auszuschließen sein wird.

2. **RG.** 17. 10. 07, EisenbE. **24** 271. Eine Teilung der Schadensersatzpflicht gemäß § 254 BGB. ist je nach den Umständen auch dann zulässig, wenn einem mitwirkenden Verschulden des Verletzten nur die allgemeine, dem Eisenbahnbetrieb an sich anhaftende Gefährlichkeit gegenübersteht. Ist aber in einem konkreten Falle die Betriebsgefährlichkeit der Bahn eine über das gewöhnliche Maß hinaus gesteigerte gewesen, so ist dieser Umstand zugunsten des Verletzten noch besonders in die Wagschale zu werfen.

3. **RG.** EisenbA. **08** 218, EisenbE. **24** 265. Der Versuch, vor einem fahrenden Eisenbahnzuge noch über das Geleise zu gelangen, stellt sich im Falle des Mißlingens als grobes eigenes Verschulden des Verletzten dar. Bei einem derartigen Verhalten des Verletzten kann eine Teilung des Schadens nach § 254 BGB. durch die allgemeine, mit jedem Eisenbahnbetriebe verknüpfte Gefahr nicht begründet werden, vielmehr müßten hier schon besondere Umstände vorliegen, die bei der Abwägung zu Lasten des Eisenbahnunternehmens in die Wagschale fallen würden, entweder ein von diesem zu vertretendes unrichtiges Verhalten der Bahnbediensteten oder sonstige die Betriebsgefahr im konkreten Falle erhöhende Momente.

4. **RG.** WarneyerJ. **08** 332. Die Eisenbahnverwaltung ist verpflichtet, ihre Einrichtungen so zu treffen, daß der Fahrgast ungefährdet auf der Station ein- und aussteigen kann, und der Reisende darf im allgemeinen darauf vertrauen, daß hierfür in entsprechender Weise Sorge getragen ist. Erfahrungsgemäß kann es allerdings vorkommen, daß ein Bahnzug wegen seiner Länge oder der Kürze des Bahnsteigs nach der Anfahrt so zu stehen kommt, daß ein Teil der Fahrgäste nicht unmittelbar auf den Bahnsteig aussteigen kann. Erfolgt hierbei ein Unfall, so ist das von dem Verletzten nach Maßgabe der im Eisenbahnverkehr auch vom Publikum anzuwendenden Sorgfalt beobachtete Verhalten mit in Betracht zu ziehen.

5. **RG.** EisenbE. **24** 281. Die allgemeine Gefährlichkeit eines Straßenbahnbetriebs wird nicht unwesentlich gesteigert, wenn die Wagen nur von dem Wagenführer bedient und nicht auch von einem Schaffner, der die Haltestellen abruft und das Ab- und Aufsteigen überwacht und gegen ein gefährliches Abstürzen durch sein Einschreiten die Fahrgäste sichert, begleitet wird. Diese Erhöhung der Betriebsgefahr ist im Falle eines mitwirkenden Verschuldens des Verletzten bei Abwägung dieses Verschuldens und der von dem Eisenbahnunternehmer zu vertretenden Betriebsgefahr in Betracht zu ziehen.

6. **RG.** EisenbE. **24** 242. Die Frage, ob die mit jedem Straßenbahnbetriebe regelmäßig verbundene Gefahr im Einzelfall eine gesteigerte war, ist nur nach objektiven Momenten zu beurteilen.

7. **RG.** EisenbE. **24** 272. Wenn der Verletzte aus einem Eisenbahnzug ausgestiegen ist, ohne die hierfür angebrachten Sicherheitshandhaben zu benutzen, so ist hierin ein eigenes mitwirkendes Verschulden auf seiner Seite zu erblicken, das sich noch erhöht, wenn er bereits beim Einsteigen wahrgenommen hatte, daß sich auf den Trittbrettern Glatteis bildete oder diese durch Regen oder Unwetter

besonders glatt geworden waren. Dieses Verschulden ist gegenüber der Betriebsgefahr gemäß § 254 BGB. abzuwägen.

8. **RG.** EisenbE. **24** 259, DJZ. **07** 1322. Konnte nach der Sachlage der mit der Örtlichkeit und den Einrichtungen der Bahn genau vertraute Verletzte den Unfall mit auch nur einiger Aufmerksamkeit und der allergewöhnlichsten Vorsicht vermeiden, so ist sein Verschulden derartig, daß § 254 nicht zur Anwendung kommt und der Ersatzanspruch gänzlich zurückgewiesen werden muß.

9. **RG.** EisenbE. **25** 76. Was hinsichtlich der erforderlichen Einsicht für die Frage der Deliktsfähigkeit nach § 828 BGB. gilt, muß auch Anwendung finden, wenn eine Person im Alter zwischen 7 und 18 Jahren gegen einen anderen Schadensersatzansprüche erhebt und es sich darum handelt, ob ihr auf Grund von § 254 BGB. der Anspruch wegen eigenen Verschuldens ganz oder teilweise zu versagen ist. Die im § 828 geforderte Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit wird in diesen Fällen durch die Einsicht der Erkenntnis der Gefahr gedeckt, der sich der Minderjährige durch seine Handlung aussetzt (s. BGB. § 254 Ziff. 3 a).

10. **RG.** EisenbE. **25** 74, R. **08** II 459. Wenn eine Berufsgenossenschaft einen für die Folgen des Unfalls ersatzpflichtigen Dritten in Anspruch nimmt, kann dieser durch Berufung auf eigenes Verschulden des Verletzten seine Ersatzpflicht nur abwenden, wenn dieses eigene Verschulden für so erheblich zu erachten ist, daß bei der gemäß § 254 BGB. vorzunehmenden Abwägung auf dieses Verschulden eine größere Quote entfällt, als derjenigen Minderung der Erwerbsfähigkeit entspricht, für die seitens der Berufsgenossenschaft Rente nicht gewährt wird.

§ 2. 1. **RG. 67** 229, EisenbE. **24** 287, JW. **08** 115, DJZ. **08** 305. Elektrizitätswerke sind Fabriken im Sinne von § 2 HaftpflG. Ein Unfall im Betrieb eines solchen Werkes liegt auch dann vor, wenn der Unfall vermöge des elektrischen Stromes an einem Orte eintritt, auf den sich der Betrieb des Werkes erstreckt, also auch wenn er sich an der Verbrauchsstelle der Abnehmer des Elektrizitätswerkes ereignet, da die Stromzuleitungsvorrichtungen nur funktionieren, wenn das Werk selbst in Betrieb ist, und somit als Bestandteile des Gesamtwerkes anzusehen sind.

2. **RG.** EisenbE. **24** 380, JW. **08** 107, R. **08** II 109. Zwar ist die Anwendung des § 2 auf Arbeiten, die der Fabrikunternehmer außerhalb der Fabrikräume ausführen läßt, nicht schlechthin auszuschließen. Sie kann gerechtfertigt sein, wenn die betreffenden Arbeiten lediglich einen Teil des über die eigentlichen Fabrikräume hinausreichenden Fabrikbetriebs oder eine Ausstrahlung desselben darstellen, so bei Außenarbeiten eines Elektrizitätswerkes, einer Gasanstalt, eines Röhrenleitungsbetriebs, dagegen nicht, wenn es nicht nur an jeder räumlichen Beziehung der betreffenden Tätigkeit zu der Fabrik, sondern auch an dem erforderlichen inneren Zusammenhange mit der Fabrikanlage und der Gefährlichkeit des Betriebs derselben fehlt, insbesondere wenn die Tätigkeit außerhalb des Herrschaftsgebiets des Betriebsunternehmers liegt, so daß ihm die Möglichkeit, Sicherheitsvorkehrungen gegen die Betriebsgefahr zu treffen, nicht zu Gebote steht.

3. v. Königslöw, EisenbE. **24** 208 ff. Die schuldhaft schädigende Verrichtung muß zum Kreise derjenigen Dienstverrichtungen gehören, welche auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vertragsabsicht zu dem Geschäftskreise der leitenden Aufsichtsperson gehören, also zu denjenigen Dienstverrichtungen, deren Leitung und Beaufsichtigung ihr vertraglich nicht nur zustand, sondern auch oblag, über deren Vornahme oder Unterlassung sie also die verantwortliche Entscheidung zu treffen hatte (gegen **RG.** JW. **07** 673).

§§ 3, 3 a. 1. **RG.** EisenbE. **25** 72, R. **08** II 398. Bei der der Witwe und den Kindern eines Verunglückten zuzubilligenden Entschädigung sind in Anrechnung zu bringen die Bezüge, die der Witwe und den Kindern seit dem Tode des Ehemanns und Vaters zufließen, z. B. eine etwaige Pension, ferner die entsprechenden

Quoten der Einkünfte aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen, die bei Lebzeiten des Verunglückten zum Unterhalte der Ehefrau und anteilmäßig auch zum Unterhalte der Kinder mit verwendet worden wären und die nach dem Tode des Ehemanns und Vaters für diesen Zweck verwendbar geblieben sind.

2. **RG.** EisenbE. **25** 192, R. **08** 521. Weder die Versicherungssumme aus einer Lebensversicherung des Getöteten, noch mangelnde Bedürftigkeit der Witwe kann der Haftpflichtige gegenüber deren Unterhaltsanspruch geltend machen.

3. **RG.** WarneyerJ. **08** 38. Solange nicht feststeht, daß das volljährige Kind eines Getöteten außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, besteht nur die Möglichkeit, daß der Getötete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig werden konnte, und es kann dann nicht die Verurteilung zur Zahlung einer den Unterhalt ersetzenden Rente, sondern nur die Feststellung gefordert werden, daß, im Falle die erwähnte gesetzliche Voraussetzung später eintreten sollte, die Ersatzpflicht des Beklagten besteht.

4. **RG.** EisenbE. **24** 371. Der Vermögensnachteil aus der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten besteht in dem Unterschiede des *möglichen* Erwerbes vor und nach dem Unfalle. Hat der Verletzte vor dem Unfalle von seiner Arbeitskraft dauernd keinen oder nur geringen Gebrauch gemacht, so muß er dartun, daß er in Zukunft seine Arbeitskraft verwertet haben würde. Andererseits muß der Ersatzpflichtige nachweisen, daß der Verletzte in Zukunft auch ohne den Unfall nichts oder weniger verdient haben würde, wenn feststeht, daß er vor diesem Ereignis einen bestimmten und dauernden Erwerb gehabt hat.

5. **RG.** EisenbE. **25** 164. Die Einbuße an Erwerbsfähigkeit besteht in dem Unterschiede zwischen demjenigen, was der Verletzte ohne den Unfall verdient haben würde, und dem, was er nach dem Unfalle noch verdienen kann. Der frühere Verdienst des Klägers ist nicht allein maßgebend. Es kann unter Umständen sehr wohl sein, daß sich der Verdienst des Verletzten nach dem Unfalle sogar höher beläuft als vor dem Unfall und er trotzdem schadensersatzberechtigt ist, weil er eben ohne den Unfall jetzt noch mehr verdienen würde.

6. SeuffA. **63** 20, EisenbE. **24** 244 (Dresden). Der Verletzte braucht seine beeinträchtigte Erwerbsfähigkeit durch die Wahl eines anderen Berufs nur insoweit auszugleichen, als er dieselbe hierbei „angemessen" betätigen kann.

7. **RG.** EisenbE. **24** 387, JW. **08** 140. Die Zubilligung einer Rente auf Lebenszeit kann dann erfolgen, wenn die Beurteilung der künftigen Gestaltung der Dinge zufolge der Einwirkung des fortschreitenden Alters dem Gerichte zur Zeit nicht möglich ist, sich für diese Ungewißheit aber ein Ausgleich in einer entsprechend niedrigeren Bemessung der Rente finden läßt.

8. **RG.** EisenbE. **24** 286. Bei der zeitlichen Begrenzung der für geminderte Erwerbsfähigkeit zuzusprechenden Rente kann der regelmäßige, der Erfahrung entsprechende Verlauf der Dinge nicht in Betracht kommen, wenn Umstände vorliegen, die eine andere zeitliche Begrenzung rechtfertigen.

9. **RG.** EisenbE. **24** 366. Wenn auch bei Bemessung der Rente im Regelfall in Betracht zu ziehen ist, daß in hohem Lebensalter die körperlichen und geistigen Kräfte regelmäßig abnehmen und schon dadurch die Erwerbsfähigkeit gemindert und schließlich ganz aufgehoben wird, so gibt es doch Fälle, in denen auch in dieser Beziehung eine Beurteilung der künftigen Gestaltung der Dinge dem Gerichte nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit möglich ist und ihm deshalb auch eine Berücksichtigung jenes Umstandes nicht angesonnen werden kann.

10. HansGZ. **08** II 148 (Hamburg). Der zu ersetzende Schaden kann nicht allein danach bemessen werden, welcher Verdienst dem Verletzten infolge des Unfalls entgangen ist oder künftig entgehen wird und ob die Fähigkeit oder Gelegenheit zur unentgeltlichen Arbeitsleistung für andere herabgesetzt ist, vielmehr will das Gesetz ganz allgemein die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit überhaupt berücksichtigt

wissen, so daß der zu ersetzende Schaden auch den Fall umfaßt, wenn der Verletzte an häuslichen Verrichtungen verhindert oder in solchen Verrichtungen erschwert ist.

11. **RG.** 13. 7. 08, EisenbE. **25** 192, R. **08** 531. Allerdings gehört zu dem Ersatz, auf den eine verletzte Ehefrau Anspruch hat, nicht ohne weiteres der Wert der Dienste, die sie im Haushalt ihres Mannes bisher geleistet hat und in Zukunft nicht in gleichem Maße mehr leisten kann. Allein der Wegfall dieser Möglichkeit kann für sie schon jetzt einen Ersatzanspruch insoweit begründen, als die Notwendigkeit, für ihre Hilfe Ersatz zu schaffen und dafür Aufwendungen zu machen, den Unterhalt schmälert, den ihr Ehemann ihr gewähren kann. Außerdem besteht die Möglichkeit, daß, im Falle der Ehemann der Klägerin unfähig wird, ihr Unterhalt zu gewähren, sie auf eigenen Erwerb angewiesen sein wird.

12. **RG.** 14. 5. 08, EisenbE. **25** 72, R. **08** II 398. Ist aus Anlaß der Verletzung der Mutter eine Tochter, die bis dahin sich in einer ihr vollen Unterhalt bietenden Erwerbsstellung befunden hat, als Ersatz für die infolge des Unfalls aufgehobene oder geminderte Arbeitskraft der Mutter in den elterlichen Haushalt zurückgekehrt, so stellen sich die Kosten des Unterhalts der Tochter ohne weiteres als eine Folge des Unfalls dar und sind daher dem Vater von dem aus dem Unfall Ersatzpflichtigen zu erstatten. Wenn eine Ehefrau ihre Erwerbsfähigkeit lediglich im Hauswesen des Ehemanns betätigt, so kann sie regelmäßig für den Verlust oder die Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Schadensersatz fordern, vielmehr ist insoweit lediglich der Ehemann wegen der ihm entgehenden Dienste der Ehefrau forderungsberechtigt (vgl. § 1).

§ 4. **RG.** 24. 2. 08, JW. **08** 241; **RG.** 14. 5. 08, EisenbE. **25** 73, JW. **08** 446. Der Anspruch auf Witwenrente gegen einen Knappschaftsverein ist kein Schadensersatzanspruch im Sinne von § 255 BGB. und kann haber neben dem Anspruch aus dem HaftpflG. an den Eisenbahnunternehmer geltend gemacht werden. Im § 4 HaftpflG. ist ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts nicht zu finden, daß der Verletzte wegen derselben Verletzung niemals eine zweifache Entschädigung fordern könne.

§ 5. Eger, EisenbE. **25** (Sonderheft) 43. Der § 5 schließt die Gründung einer Eisenbahngesellschaft als GmbH. nicht aus. Es steht auch dem nicht im Wege, daß eine ein Eisenbahnunternehmen betreibende physische Person sich mit anderen zu einer GmbH. zusammenschließt.

§ 7. **RG.** EisenbE. **25** 70. In Fällen, wo ein Schadensersatz in Form von Rentenzahlungen zu leisten ist, kommt es auf das Kausalitätsverhältnis für jeden einzelnen Zeitabschnitt an, so daß, wenn nach dem vom Ersatzpflichtigen zu vertretenden ursächlichen Vorgang unabhängig von diesem ein neuer Umstand eintritt, der denselben Schaden ganz oder teilweise ohnehin ebenfalls verursacht haben würde, insoweit jene Ersatzpflicht wegfällt. Eine Ausnahme können nur solche Fälle bilden, wo die spätere Schadensursache wiederum von einem Dritten zu vertreten ist, und dieser dann natürlich insoweit keinen Schaden zu ersetzen hat, als der Schaden schon früher verursacht worden war. Hier wirkt die frühere Ursache eben insoweit noch fort, als dem Beschädigten infolge ihrer der Schadensersatz von seiten des Dritten entgeht, den er sonst zu fordern gehabt haben würde (Vgl. § 3 a).

§ 8. 1. **RG.** 15. 4. 07, **66** 10, KleinbZ. **08** 105, EisenbE. **24** 240. Ein nach § 304 ZPO. durch Zwischenurteil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärter Anspruch auf Grund des HaftpflG. verjährt nicht nach § 218 BGB. in dreißig, sondern nach § 8 HaftpflG. in zwei Jahren.

2. **RG.** 19. 12. 07, EisenbE. **24** 376, JW. **08** 79, R. **08** II 79. Je nachdem die Anerkennung auf den ganzen Anspruch oder einen Teil gerichtet ist, wird, wie bei der Klage auf Leistung oder Feststellung, die Verjährung für den ganzen Anspruch oder einen Teil unterbrochen.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

Vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Das groß angelegte und grundlegende Werk von Lobe ist im diesjährigen Berichte, soweit wie möglich, eingehend berücksichtigt worden. Der 2. Band des Werkes ist allerdings noch nicht erschienen. Die Ausführungen Lobes verdienen in allen Teilen die größte Beachtung. Für die Berichterstattung war es nicht möglich, überall in ausführlicher Weise den Inhalt des Werkes wiederzugeben; es konnte oftmals nur durch Hinweise oder durch einzelne Stichworte auf den Inhalt aufmerksam gemacht werden, um den Interessenten, der sich mit dem Gesetze zu beschäftigen hat, zu veranlassen, bei Lobe über die betreffende Frage weiteres nachzulesen. Das Lobesche Werk ist nicht nur für das geltende Recht maßgebend, sondern wird auch seine Bedeutung behalten, wenn das Gesetz eine Umarbeitung erfahren hat. Mit den beiden Novellen, die im Jahre 1908 erschienen sind, beschäftigen sich zahlreiche Aufsätze, Rundfragen, Abhandlungen. — Im übrigen sind zu einzelnen Fragen Aufsätze erschienen, die an den betreffenden Stellen wiedergegeben sind. Die Rechtsprechung hat, wie in den Vorjahren, ausgiebig Gelegenheit gehabt, Fragen des unlauteren Wettbewerbes zu erörtern.

Literatur: Lobe, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes. Bd. I: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem BGB. und den Nebengesetzen. Leipzig 1907.

§ 1. I. Allgemeines. 1. Lobe I 1 ff. Der Wettbewerb im allgemeinen setzt voraus, daß mehrere Personen nach einem einheitlichen Ziele streben. Die nach dem gleichen Ziele Strebenden müssen sich bewußt sein, daß auch andere dieses Ziel zu erreichen suchen, und daß sie ihre Tätigkeit absichtlich neben die der anderen setzen, um sie zu überwinden. Die Kenntnis von der bestimmten Person des anderen ist jedoch nicht nötig. Jeder Wettbewerb enthält damit ein Vergleichen, ein Abwägen, ein Abmessen der eingesetzten Kräfte nach ihrer Fähigkeit, das vorgesteckte Ziel zu erreichen, und zwar vor den anderen. Angriffsgegenstand, gegen den sich die Wettbewerbtätigkeit des einen richtet, ist die auf Erreichung des gemeinsamen Zieles gerichtete Wettbewerbtätigkeit des anderen, nicht etwa der Siegespreis selbst (7; vgl. auch 174 ff. u. Ziff. 2). — Besteht die Wettbewerbtätigkeit darin, daß jeder Mitbewerber das eigene Streben fördert, das des anderen hindert, so erhebt sich die Frage, wann das Einführen von fördernden und hemmenden Bedingungen den Wettbewerb lauter und wann unlauter macht. Der Maßstab zur Beurteilung ist aus dem Wettbewerbverhältnisse heraus, nicht von außerhalb des Wettbewerbverhältnisses her zu entnehmen. Vor allem darf der Begriff unlauter hier nicht schlechthin mit dem Begriffe des Unsittlichen im Verkehr außerhalb des Wettbewerbes verwechselt werden (8 ff.). Unlauter wird ein Wettbewerb durch Einführung aller, sei es hindernder, sei es fördernder Bedingungen, die nicht eine zur Vergleichung stehende Tätigkeit enthalten. Unlauter machen können den Wettbewerb nicht nur die Wettbewerber selbst, sondern auch Dritte, außerhalb des Wettbewerbes Stehende. Verletzt wird durch den unlauteren Wettbewerb als solchen stets nur der Mitbewerber, niemals ein Dritter, außerhalb des Wettbewerbverhältnisses Stehender. — Über den Begriff des Gewerbebetriebs 15—24, über die Kundschaft 24—34. Die gleiche Kundschaft ist Voraussetzung für einen gewerblichen Wettbewerb als ein für die mehreren Gewerbetreibenden zu erstrebendes gemeinsames Ziel (näheres 75 ff.). Der Wettbewerb ist Vermögensbeschädigung, da sein letztes Ziel die Vereitelung des Absatzes und Erlangung der Gegenleistung ist. Es handelt sich bei der Schädigung nicht um Minderung besessenen

Vermögens, sondern um Entgehen eines Gewinnes. — Das Einführen von Bedingungen, die an und für sich nicht unmittelbar der eigenen Erwerbtätigkeit dienen, und der Versuch, den freien Willen des Kunden durch andere Mittel als durch die eigenen gewerblichen Leistungen zu beeinflussen, machen den gewerblichen Wettbewerb unlauter (47, weitere Ausführung 48—71). — Historische Entwickelung des Rechtsschutzes gegen den unlauteren Wettbewerb und Gewerbe 72—144.

2. Lobe I 174 ff. Angriffsgegenstand ist nur die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit. Die Auffassung, daß Angriffsgegenstand nur einzelne besonders geschützte Rechtsgüter und Rechte seien, ist zu eng und läuft auf einen Verzicht hinaus, den Begriff des unlauteren Wettbewerbes rechtlich zu erfassen. Die Verletzung besonders geschützter Rechtsgüter spielt bei dem unlauteren Wettbewerb eine große Rolle, namentlich, wenn es sich um Verletzung einzelner Erwerbsmittel handelt. Als solche kommen in Betracht: a) Der bestehende und eingerichtete selbständige Gewerbebetrieb (176). Dieser ist Gegenstand einer besonderen Berechtigung, eines absoluten Rechtes. b) An Namen, Firma, Bezeichnungen gibt es besondere Einschlußrechte; an Erwerbsmitteln wie geschäftlichen Ruf, Ehre, Kredit sind Ausschlußrechte anzuerkennen. Unlauterer Wettbewerb kann in ihrer Verletzung bestehen (177). Nicht verschieden ist die Meinung derjenigen, die das Vermögen in seiner Allgemeinheit als Angriffsobjekt beim unlauteren Wettbewerbe gelten lassen wollen. Das Vermögen in seiner Allgemeinheit ist nicht geschützt (178 f.). Über unlauteren Wettbewerb und Persönlichkeitsrecht 181 f.

3. Lobe I 183 ff. Über die gewerbliche Betätigung als Persönlichkeitsrecht; ist der Angriffsgegenstand des unlauteren Wettbewerbes ein Persönlichkeitsrecht? Entwickelung der Erwerbtätigkeit zu einem besonderen Betätigungsrechte 184 ff. Die Erwerbtätigkeit hat sich als ein besonderes Betätigungsrecht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrechte herausgebildet. — Über die Inhaber des gewerblichen Betätigungsrechts 197—210. Einzelpersonen; Vereine und juristische Personen; Firmen; Stellvertreter. — Verletzung des gewerblichen Betätigungsrechts 221 ff. (s. oben § 823 Abs. 1).

4. Lobe I 258 ff. Verhältnis des BGB. zum UnlWG. Beide Gesetze bestehen nebeneinander. Die Sondervorschriften des UnlWG. stellen dem BGB. gegenüber lex specialis dar. Gleichwohl hat das Sondergesetz nicht die Bedeutung, die in der Regel Spezialvorschriften haben, daß es die allgemeinen Vorschriften für die auch von ihm geregelten Tatbestände ausschließen will. Wenn ein Tatbestand sowohl den des Sondergesetzes als den des BGB. erfüllt, besteht zwischen beiden Alternativität von Gesetzen. Dies ist anzunehmen, weil das Sondergesetz nicht geschaffen wurde, um bereits vorhandene allgemeine Vorschriften zu spezialisieren und für diese Sonderfälle abweichende Bestimmungen zu treffen, sondern weil es gleichsam ein Notgesetz war, man aushilfsweise und von dem Unvermögen heraus, die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes anzuwenden, wenigstens gegen die schlimmsten Fälle einschreiten wollte, ohne die Anwendung allgemeiner Bestimmungen auszuschließen, wenn eine neue Gesetzgebung oder eine vorgeschrittenere Rechtsauffassung dies ermöglichte. Wo eine Regelung durch das Sondergesetz nicht erfolgte, tritt das BGB. insoweit als subsidiäres Gesetz ein. Verhältnis zu den einzelnen Bestimmungen des BGB. s. oben § 823.

5. Lobe I 331—359 behandelt eingehend die Folgen der Verletzung des gewerblichen Betätigungsrechts. a) Anspruchsberechtigt ist nur der verletzte Inhaber des gewerblichen Betätigungsrechts. Von mehreren gemeinschaftlichen Inhabern kann jeder einzelne den Anspruch für das Ganze geltend machen

(entsprechende Anwendung des § 1011 BGB.). Den Anspruch können geltend machen die Organe einer juristischen Person und die Vertreter einer natürlichen Person; Liquidatoren und Konkursverwalter, wenn sie die gewerbliche Tätigkeit der Vertretenen fortführen. b) Das gewerbliche Betätigungsrecht muß zur Zeit der Begehung der unlauteren Wettbewerbshandlung vorhanden gewesen sein. Die Ansprüche bestehen nur so lange, als die gewerbliche Tätigkeit, die sie schützen wollen, ausgeübt wird. — Ansprüche aus der Beeinträchtigung des Betätigungsrechts sind weder übertragbar, noch pfändbar, noch vererblich. Der Erwerber eines Geschäfts kann nicht einfach in den Prozeß eintreten und die Unterlassungsklage fortführen. Er tritt nur in die anhängig gebliebenen Kostenansprüche ein. c) Die Ansprüche setzen eine Verletzung des gewerblichen Betätigungsrechts voraus (§ 1004 BGB.). Objektive Verletzung genügt. Wiederholung von Einzelhandlungen macht die sämtlichen noch nicht zu einer einheitlichen Handlung, auch nicht deswegen, weil sie sich auf denselben Gegenstand beziehen, etwa wiederholte Reklame über dieselbe Ware. Für jeden Fall der Verletzung und den daraus entspringenden Anspruch läuft daher auch eine besondere Verjährungsfrist, und der Ablauf der Verjährung des früheren Anspruchs hindert nicht an der Geltendmachuug eines selbständigen späteren. Die fortgesetzte Handlung (338 f.). — Durch die Rechtsverletzung entsteht ein Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung (340 ff.), sowie ein Anspruch auf Unterlassung (342—346). Gefahr der Wiederholung der gleichartigen Verletzung. Die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung gehen nicht weiter, als zur Wahrung ungehinderter gewerblicher Betätigung erforderlich ist. Die Ansprüche gehen gegen jeden Störer. Ansprüche gegen den Nachfolger des Störers, verschieden, ob es sich um Ansprüche auf Beseitigung oder auf Unterlassung handelt; bei ersteren geht der Anspruch auf den Nachfolger über, bei letzteren nicht (347). Die Ansprüche gehen gegen Gehilfen und Mittäter (348 f.). Haftung des Geschäftsherrn für den Angestellten (350 f.). § 831 ist nicht anwendbar (s. unten § 6 Ziff. 5). Über Zwangsvollstreckung 354 ff.

6. **RG.** (Strafs.) **41** 78 (81). Zur Bekämpfung unehrlicher Handlungen im Verkehre dienen in den Grenzen des Zeichenrechts und Wettbewerbes der Rechtsgrundsatz des § 826 BGB. sowie die beiden Sondergesetze vom 12. Mai 1894 und 27. Mai 1896. Die Anwendung des einen Gesetzes schließt deshalb die des anderen nicht aus. Unter dem scheinbaren Schutze des Zeichenrechts kann sich ein unlauterer Wettbewerb vollziehen. Das Zeichen ersetzt dem Abnehmerkreis in der Regel den Namen des Herstellers und sogar die Prüfung der Ware auf ihre Beschaffenheit.

II. Antragsberechtigte (s. JDR. **6** § 1 Ziff. II, **5** Ziff. II, **4** Ziff. II). 1. GewRschutz **08** 283 (Hamburg). Klagerecht der Innungen.

2. LeipZ. **08** 254 (Karlsruhe) s. JDR. **6** § 1 Ziff. II 2.

III. Öffentliche Mitteilungen (s. JDR. **6** § 1 Ziff. III, **5** Ziff. III, **4** Ziff. III). 1. **RG.** (Strafs.) JW. **08** 370. Unter „Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind", versteht das Gesetz nicht lediglich die einzelnen Exemplare einer Kundgebung, durch welche Angaben über den Besitz von Auszeichnungen usw. gemacht werden, sondern auch den identischen Gedankeninhalt der Exemplare. Die Strafbarkeit soll im Falle der Unwahrheit der tatsächlichen Angaben auch eintreten, wenn die Mitteilung, als Ganzes gedacht, für die Kenntnisnahme durch einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist. Diese Bestimmung, die Absicht der Verbreitung der Kenntnis, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter nicht darauf rechnet, daß die einzelnen Exemplare, in denen die Mitteilung sich verkörpert, durch den von ihm gewählten einzelnen Empfänger an andere Personen behufs Kenntnis-

nahme von dem Inhalte weitergegeben werden. Nicht erforderlich ist es, daß die einzelnen Handlungen, durch welche die Vermittelung der Kenntnis von den Auszeichnungen usw. an den größeren Personenkreis erfolgt, in der Öffentlichkeit vor sich gehen. Der Umstand, daß die Versendung eines Mitteilungsstücks nur anläßlich einer an den Täter gerichteten Anfrage erfolgt, schließt nicht notwendig aus, daß die einzelne Versendung die Betätigung einer Bestimmung der oben gedachten Art ist (**RG.** [Straff.] **40** 131).

2. HansGZ. **08** Hptbl. 85 ff. (Hamburg). Nicht jede Aufschrift auf einer Verpackung ist eine Mitteilung an einen größeren Kreis von Personen; aber wenn die Verpackung en gros hergestellt wird und dazu bestimmt ist, im Detailhandel in den Läden ausgestellt zu werden, dann sind die Bemerkungen auf den Verpackungen solche Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art (s. JDR. **6** Ziff. IV, **5** Ziff. IV, **4** Ziff. IV). A. Allgemeines. 1. HansGZ. **08** Hptbl. 9 (Hamburg). Eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art ist nicht bloß eine Angabe, die nach ihrem Wortlaute, nach grammatischer Interpretation verstanden oder nach dem Sinne, in dem der Urheber der Angabe sie versteht und verstanden wissen will, tatsächlich unrichtig ist, sondern auch eine Angabe, die von dem beteiligten Publikum oder einem großen Teile dieses Publikums, abweichend vom Wortlaut und der subjektiven Meinung ihres Urhebers so verstanden wird, daß nach diesem Verständnisse die Angabe tatsächlich unrichtig ist.

2. HansGZ. **08** Hptbl. 85 ff. (Hamburg) und **RG.** aaO. 91. Bei der Frage, wann eine Angabe eine unwahre Angabe tatsächlicher Art ist, kommt es nicht darauf an, wie sie von einem aufmerksamen, besonders verständigen Menschen aufgefaßt wird, ebensowenig darauf, daß ein weniger verständiger Mensch durch dieselbe leicht getäuscht werden kann. Entscheidend ist die durchschnittliche Auffassung der Verkehrskreise, für welche die Angaben im geschäftlichen Interesse des Urhebers bestimmt sind.

3. **RG.** LeipzZ. **08** 602. Maßgebend für die Auffassung der Behauptungen ist die Auffassung des Publikums (vgl. auch **RG.** [Straff.] UnlW. **7** 178 f.).

4. **RG.** GewRschutz **08** 186 f. JDR. **5** § 1 Ziff. IV A 1.

5. **RG.** WarneyersJ. **08** 464. Urteile als Angaben tatsächlicher Art, wenn das Urteil etwas als geschehen, als vorhanden hinstellt, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit im gegebenen Falle objektiv festgestellt werden kann.

6. HansGZ. **08** Hptbl. 129, UnlW. **7** 199 (Hamburg). Ein Urteil gilt dann als eine Behauptung, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv feststellbar ist, wenn der Inhalt des Urteils ein solcher ist, daß nach menschlicher Voraussicht jeder — oder, wenn es sich um Dinge handelt, deren Beurteilung besonderen Sachverstand erfordert, jeder Sachkundige —, sobald er nur die wahrnehmbar vorhandenen und wahrnehmbar geschehenen Tatsachen vollständig kennt, ebenso urteilen wird. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit eines Urteils ist dagegen nicht objektiv feststellbar, wenn nicht zu erwarten ist, daß man bei vollständiger Kenntnis des Sachverhalts allgemein gleichmäßig urteilen wird. Sobald der Sachverhalt so geartet ist, daß von zwei gleich gründlich kundigen und gleich vollkommen informierten Beurteilern der eine so, der andere anders über denselben urteilen wird, hat das Urteil eines jeden von beiden keinen höheren Wert als den eines durchaus subjektiven Urteils; eine objektive Feststellbarkeit der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urteils ist dann nicht vorhanden. Beruht ein Urteil auf einer Kette von Erwägungen, in der auch nur ein notwendiges Glied aus einer Erwägung besteht, deren Richtigkeit nicht objetiv feststellbar ist, so hat das ganze Urteil nur die Bedeutung eines subjektiven Urteils.

7. **RG.** LeipzZ. **08** 781. Ein Verbot aller abfälligen Urteile und Angriffe ganz allgemein ist unzulässig, weil nur bestimmte Eingriffe in ein Recht, niemals aber „ähnliche" Zuwiderhandlungen verboten werden können.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen wurde (s. JDR. **6** § 1 Ziff. IV B, **5** Ziff. IV B, **4** Ziff. IV B). 1. **RG.** LeipzZ. **08** 782. Die Frage, ob die Bezeichnung einer Ware mit „System N. N." bloß zum Zwecke der Charakterisierung der Beschaffenheit dient oder den Anschein hervorruft, daß die Ware in besonderer Beziehung zu einem bestimmten Lieferanten steht, also die Herkunftsangabe bedeutet, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

2. a) GewRschutz **08** 356 (KG.). Die Bezeichnung patentiert als Beschaffenheitsangabe. Es ist mit dem RG. und der herrschenden Meinung davon auszugehen, daß die „Beschaffenheit" einer Ware im Sinne des § 4 UnlWG. nur solche der Ware innewohnenden körperlichen oder unkörperlichen Eigenschaften umfaßt, die bei der Würdigung ihrer Brauchbarkeit in Betracht kommen (**RG.** [Strafs.] **33** 442, **38** 245). Die Voraussetzung aber, von welcher das RG. in der Entsch. **38** 245 bei seiner Schlußfolgerung ausgeht — daß nämlich mit der Bezeichnung einer Ware als patentiert nur das im § 4 PatG. gewährte subjektive Recht auf ausschließliche Herstellung usw. behauptet werde —, erscheint zu eng gefaßt. Mit jener Bezeichnung wird nicht nur das Bestehen dieses subjektiven Rechtes, sondern darüber hinaus auch behauptet, daß nach der Prüfung und Bescheinigung der zuständigen Reichsbehörden die Ware selbst die im § 1 PatG. vorgeschriebenen Voraussetzungen erfülle, also neu erfunden und gewerblich verwertbar sei. Nun mag zugegeben werden, daß, rein abstrakt betrachtet, eine Ware neu und doch nicht brauchbar, daß sie für den Hersteller gewerblich verwertbar und doch für den Abnehmer unbrauchbar sein kann. Aber nach den Anschauungen des gewerblichen Verkehrs, insbesondere der Auffassung des kaufenden Publikums, die, wie Lindenberg zutreffend hervorhebt (DJZ. **06** 626), hier in erster Reihe entscheidet, bietet der Umstand, daß eine Ware eigenartig, neu und gewerblich verwertbar sei, einen Anhalt und damit auch einen Maßstab für die Würdigung ihrer praktischen Brauchbarkeit. Aus diesen Gründen ist in der Bezeichnung einer Ware als patentiert eine Angabe über ihre Beschaffenheit zu finden.

b) **RG.** (Strafs.) **41** 78 (81). Der Beisatz „patentamtlich geschützt" kann in Verbindung mit anderen trügerischen Angaben unter § 1 fallen, auch wenn er für sich allein das gesetzliche Tatbestandsmerkmal noch nicht erfüllen sollte (**RG.** [Strafs.] **38** 244).

c) UnlW. **7** 145 (Hamburg). Wer seine Ware als patentiert bezeichnet, obwohl das Patent bereits erloschen ist, verstößt sowohl gegen § 40 PatG. wie gegen § 1 UnlWG.

3. GewRschutz **08** 283 (Hamburg) s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV B 3.

4. **RG.** R. **08** II 284. Verstoß gegen § 1 durch Gebrauch der in einer Firma enthaltenen Ortsbezeichnung (**RG.** **58** 138).

5. **RG.** GewRschutz **08** 162 s. schon JDR. **5** § 1 Ziff. IV B 5.

6. UnlW. 8 62 (KG.). Die Bezeichnung „Fabrik" bedeutet das Vorhandensein eines Fabrikbetriebs, nicht das Vorhandensein von in einem eingestellten Fabrikationsbetriebe hergestellten Waren. Dieser Unterschied ist im Hinblick auf § 1 WarenZG. erheblich.

7. BadRpr. **08** 26 (Karlsruhe). Die Bezeichnung „Fabrik moderner Laden- und Schaufenstereinrichtungen, Spezialität: Glasthekenaufsätze" verstößt nicht

gegen § 1. Der Gebrauch des Wortes „Fabrik" in dem vorliegenden Falle ist nicht beanstandet.

8. SchlHolstAnz. **08** 78 (Kiel). Verstoß gegen § 1 durch die Bezeichnung „Buch- und Steindruckerei".

9. **RG.** UnlW. 8 62, R. **08** II 213. In dem Angebot einer bestimmten Ware „solange der Vorrat reicht" seitens eines Kaufmanns, der überhaupt keinen Vorrat der betreffenden Ware hat, liegt dann keine unwahre Angabe, wenn er auf Grund eines Vertrags jederzeit in der Lage war, die Ware zu beziehen.

10. R. **08** II 715 (Hamburg). Bei der Frage, ob die Bezeichnung „koffeïnfrei", „alkoholfrei" und ähnliche Worte sich als unwahre Angaben tatsächlicher Art darstellen, kommt es lediglich auf den Eindruck an, den solche Bezeichnungen auf das Publikum machen, an welches sich das Angebot richtet.

11. LeipzZ. **08** 91 (Dresden). Zur Bezeichnung eines Mineralwassers als „ärztlich bestens empfohlenes" genügt die Empfehlung durch einen Arzt.

12. SächsOLG. **29** 414 (Dresden). Bezeichnung von Maschinen des Klägers als halbe Maschinen. Dadurch werden die Maschinen als minderwertig hingestellt.

13. a) **RG.** LeipzZ. **08** 543, R. **08** II 384. Hat sich eine ein Baugeschäft betreibende oHG. B. u. K. später in eine GmbH. umgewandelt, deren alleiniger Geschäftsführer der lediglich kaufmännisch ausgebildete frühere Teilhaber K. ist, so ist es unzulässig, wenn diese GmbH., während sie ihre Bauprojekte durch angestellte Architekten bearbeiten läßt, in ihren Drucksachen und auf Bauten als die Geschäftsleiter bzw. Erbauer „B. u. K., Architekten" aufführt.

b) UnlW. 7 112 (Celle) über die Bezeichnung Architekt.

14. GewRSchutz **08** 281 (Dresden). Unter Cognac ist ein reines Weindestillat ohne jeden Zusatz von Industriesprit zu verstehen. Verstoß gegen § 1 durch Ankündigung von „Charente Cognac".

15. Fuld, R. **08** 112. Durch das neue Weingesetz sind die Vorschriften des WarenZG. und des UnlWG. § 1 Abs. 3 für die Produkte des Weinbaues insofern aufgehoben, als geographische Namen im Weinhandel nur als Herkunftsangaben verwendet werden dürfen.

16. HansGZ. **08** Hptbl. 134, UnlW. 7 211 (Hamburg). Die Bezeichnung von Ölen mit New Jersey Refinery enthält eine erlaubte Herkunftsbezeichnung.

17. DJZ. **08** 824 (Hamburg). Die Bezeichnung „Pilsener Urbräu" ist verwechselungsfähig mit „Pilsener Urquell" und unterfällt dem § 1 (**RG. 58** 28).

18. Zahnärzte. a) **RG.** LeipzZ. **03** 74, DJZ. **08** 193. Die Bezeichnung „Doctor of dental surgery", „Amerikanischer Dentist", seitens solcher Personen, die auf amerikanischen colleges ihre Diplome erhalten haben, verstößt nicht gegen § 1. Ein Widerspruch mit früheren Entscheidungen (s. JDR. **6** § 1 Ziff. IVB10b) liegt wegen abweichender Feststellungen nicht vor.

b) **RG.** LeipzZ. **08** 65. Untersagung der Führung der Bezeichnungen „in Amerika staatlich approbierter Zahnarzt" und „amerikanischer Zahnarzt", weil das deutsche Publikum unter dieser Bezeichnung einen Zahnheilkundigen versteht, der eine der Approbation des deutschen Zahnarztes entsprechende ausländische Approbation besitzt, eine solche dem Beklagten aber abgeht.

c) **RG.** LeipzZ. **08** 305. Untersagung der Bezeichnung „in Amerika approbierter Zahnarzt" auf Grund tatsächlicher Feststellungen.

d) **RG.** JW. **08** 249, LeipzZ. **08** 306. Ein approbierter Arzt, der nicht das besondere Examen als Zahnarzt bestanden und die Approbation als Zahnarzt erlangt hat, darf sich nicht „Zahnarzt" nennen. Eine derartige Bezeichnung ent-

hält eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit gewerblicher Leistungen. Auch ärztliche Leistungen fallen unter den Begriff der gewerblichen Leistungen. Auf Ärzte findet § 1 UnlWG. Anwendung.

e) DJZ. 08 1351 (Colmar). Ein Zahntechniker darf sich nicht Dentist nennen, da dieses Wort in der französischen Sprache einen Zahnarzt bedeutet.

19. Zigarettenhandel. a) **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 91, LeipzZ. **08** 66 (vgl. OLG. Hamburg, HansGZ. **08** Hptbl. 85 ff.). Eine Firma, welche Vertreterin der Kaiserlich Türkischen Tabakregie in Deutschland ist, darf auf ihren Zigaretten keine Auszeichnungen anbringen, welche der Türkischen Tabakregie für den von dieser herrührenden Tabak erteilt sind.

b) HansGZ. **08** Hptbl. 9 (Hamburg). Die Bezeichnung auf Zigaretten mit dem Namen des Fabrikanten und dem Zusatze de Constantinople verleitet zu der Annahme, daß die Zigaretten in Konstantinopel hergestellt sind; nicht geht daraus hervor, daß nur der Fabrikant, der die Waren in Deutschland herstellt, aus Konstantinopel stammt. Eine derartige Angabe verstößt gegen § 1. — Vgl. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 91 (unter Aufhebung des OLG. Hamburg aaO. 85 ff. in einem ähnlichen Falle). Es kommt auf die Feststellung an, ob das Zigaretten konsumierende Publikum unter der Aufschrift de Constantinople das gleiche versteht wie unter à Constantinople, ob er nicht überhaupt nur auf das Wort Constantinople Wert legt.

c) HansGZ. **08** Hptbl. 188, UnlW. **7** 175 (Hamburg), (vgl. Hptbl. Nr. 43). In denjenigen Fällen, in denen ein Ort auf Zigaretten oder ihren Verpackungen angegeben ist, ist es der Herstellungsort oder doch wenigstens der Ort des Sitzes der Firma. Der Beklagte, der eine Firma S. Fr. de Constantinople führt, kann diese Firma benutzen; er darf sie nur nicht so benutzen, daß durch ihre Verbindung mit der von ihm hergestellten Ware der Anschein erweckt wird, diese Waren seien in Konstantinopel hergestellt.

d) UnlW. 7 171 (KG.). Nach der Auffassung des Publikums sind Kyriazi-Frères-Zigaretten solche der Firma in Cairo. Verstoß gegen § 1 durch Ankündigung von Kyriazi-Frères-Zigaretten, die in Berlin hergestellt sind.

20. Fuld, UnlW. 7 139, über unlauteren Wettbewerb im Pelzhandel. Eine Bezeichnung, welche das Fell eines bestimmten Tieres angibt, welche also unmittelbar auf dieses Tier hinweist, kann um so weniger zu einem Gattungsbegriffe werden, als dieses Tier im Verhältnisse sehr selten ist, als es nicht überall auf der Erde angetroffen wird, sondern nur in ganz bestimmten Teilen. Eine derartige Bezeichnung ist und bleibt Herkunftsbezeichnung im allerstrengsten Sinne des Wortes, und jedes Pelzwerk, das nicht aus dem Felle des Tieres angefertigt wird, auf das diese Bezeichnung hinweist, ist Imitation und bleibt Imitation, sie muß auch als Imitation deutlich bezeichnet werden. Die Anpreisung von Imitationen als Zobel, Seal und Blaufuchs fällt unter den Begriff des unlauteren Wettbewerbes.

21. Fuld, UnlW. 7 205, über unlauteren Wettbewerb im Versicherungswesen.

22. Fuld, UnlW. 8 32. Unlauterer Wettbewerb im Verlagsbuchhandel. Durch die mißbräuchliche Anwendung des Ausdrucks „Auflage" da, wo sie nicht den Verhältnissen entspricht, wird unlauterer Wettbewerb getrieben. Auch die unrichtige Vordatierung des Erscheinungsjahrs kann unlauteren Wettbewerb enthalten.

23. Fuld, UnlW. 8 49, wendet sich gegen eine Abänderung des § 1 Abs. 2 Satz 2 in bezug auf die periodische Presse.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen wurde (s. JDR. **6** § 1 Ziff. IVb, **5** IVb,

4 IV b). 1. **RG.** LeipzZ. **08** 305, R. **08** II 143. Die Abbildung der Front eines bestimmten Hauses von 21 Fenstern mit einem die Firma des Beklagten tragenden, über 9 Fenster reichenden Schilde und dem darunter gesetzten Vermerke „Fabrik von X. in Y., ZSt. Nr. . . ." bedeutet nach der durchschnittlichen Auffassung der Verkehrskreise, für die die Bekanntmachung bestimmt ist, nur dies, daß die Beklagte in diesem Grundstück ihre Fabrik betreibe, nicht, daß es die Fabrik der Beklagten sei.

2. **RG.** UnlW. 7 210. Die Bezeichnung eines Getränkes als gehaltarmes Backobstwasser verstößt nicht gegen das UnlWG.

D. Einzelne Ausdrücke (s. JDR. **6** § 1 Ziff. IV D, **5** Ziff. IV D, **4** Ziff. IV D). 1. **RG.** LeipzZ. **08** 594. Das Wort „Brauhaus" bezeichnet nicht eine bestimmte Braustätte, sondern nach Auffassung des Publikums den Geschäftsbetrieb einer Brauerei.

2. UnlW. 7 68 (LG. Fürth). Unter „Tafel-Honig" ist ein Naturprodukt zu verstehen, kein Kunsthonig.

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots (s. JDR. **6** § 1 Ziff. V, **5** Ziff. V, **4** Ziff. V). 1. **RG.** (Straff.) JW. **08** 389. Das Gesetz erfordert nicht, daß der Anschein eines besonders günstigen Angebots dem wahren Sachverhalt entgegen erweckt worden ist oder nach den gegebenen Verhältnissen erweckt werden konnte, vielmehr nur, daß der Täter in der Absicht gehandelt hat, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen; seinem vornehmlichen Zwecke nach will das Gesetz nicht die große Menge der Käufer oder Verbraucher gegen Übervorteilung schützen, sondern den Nachteilen zuvorkommen, die den redlichen Geschäftskreisen durch schwindelhafte Anpreisungen drohen. Für den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes entbehrt folgerichtig der Erheblichkeit, ob das Angebot wirklich besonders billig ist oder nicht (**RG. 35** 235, **38** 369.

2. **RG.** HansGZ. **08** Hptbl. 91, LeipzZ. **08** 66 (s. oben Ziff. IV B 19 a). Dafür, ob der Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen wird, kommt es auf die Auffassung des Publikums an, namentlich darauf, ob der Hinweis auf die fraglichen Auszeichnungen geeignet ist, die Ansicht der in Frage kommenden Käuferkreise über die Vorzüge des ihnen bezüglich der Ware gemachten Angebots zu bestimmen und diese Kreise dadurch anzulocken. Die Qualität der Ware selbst kommt bei der Beurteilung dieses Erfordernisses nicht wesentlich in Betracht (vgl. **RG. 58** 285 und **RG.** 31. 5. 07 II. 34. 07).

3. **RG.** UnlW. 7 89 s. JDR. **6** § 1 Ziff. V 1.

4. **RG.** GewRschutz **08** 161 s. schon JDR. **6** § 1 Ziff. V 6.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1 (s. JDR. **6** § 1 Ziff. VI, **5** Ziff. VI 5, **4** Ziff. VI). 1. Geschäftliche Verhältnisse (s. JDR. **6** § 1 Ziff. VI 2).

2. Beschaffenheitsbezeichnung (s. oben Ziff. IV, JDR. **6** Ziff. VI 3, **5** Ziff. VI 2).

3. Preisbemessung (s. JDR. **6** § 1 Ziff. VI 4).

4. Bezugsquelle (s. JDR. **4** § 1 Ziff. VI 4).

5. Herkunftsbezeichnung (s. oben Ziff. IV B, JDR. **6** § 1 Ziff. VI 6, **5** Ziff. VI, **4** Ziff. VI 5). Vgl. Finger, Über Herkunftsbezeichnungen, UnlW. 7 201.

6. Auszeichnungen (s. JDR **6** Ziff. VI 7, **5** Ziff. VI 6). a) Fuld, Gewerbliche Auszeichnungen und ihre Schranken, GewRschutz **08** 296. Zu scheiden ist zwischen persönlichen und sachlichen Auszeichnungen; eine Auszeichnung kann einen personalen Charakter haben, es kann ihr aber auch der sachliche eigen sein. Ob der personale oder der sachliche Charakter anzunehmen ist, ergibt sich aus

der Verleihungsurkunde. Die einer Person verliehene Auszeichnung ist auf diese Person beschränkt, sie kann von ihr nicht weiter übertragen werden. Der Inhaber einer persönlichen Auszeichnung kann auch nicht eine Art von Lizenz einem anderen zum Zwecke der Berühmung mit dieser Auszeichnung im geschäftlichen Verkehr erteilen, die Auszeichnung kann vielmehr immer nur in Verbindung mit seiner Person bzw. mit seinem Namen gebraucht werden und ihre Existenz erlischt dieserhalb ohne weiteres mit dem Tode desjenigen, dem sie verliehen wurde. Die Mißachtung dieses Personalcharakters fällt unter den Begriff der Aufstellung unwahrer Behauptungen tatsächlichen Inhalts in bezug auf gewerbliche Auszeichnungen. Wesentlich anders verhält es sich, wenn die Auszeichnung nicht einer Person für sich, sondern einer Firma verliehen wurde; in diesem Falle gehört sie der Firma und nicht den einzelnen Teilhabern, sie wird ein Zubehör des Geschäfts, das die Firma zu der Zeit der Verleihung gehabt hat und der Wechsel in der Person der Inhaber berührt sie nicht. Die Veräußerung des Geschäfts mit der Auszeichnung ist statthaft, dagegen ist die Veräußerung ohne das Geschäft, also die abstrakte Übertragung, ebensowenig möglich wie die Lizenzeinräumung. — Soweit es sich nicht um Auszeichnungen für gewerbliche Leistungen überhaupt handelt, ist das Spezialisierungsprinzip maßgebend. Aus demselben folgt, daß die Auszeichnnng nur für die Ware und nur für diejenigen Leistungen verwendet werden darf, bezüglich welcher sie verliehen ist, nicht für andere, mag immerhin zwischen den anderen Waren und den in der Verleihungsurkunde genannten eine gewisse Verwandtschaft bestehen.

b) Lobe I 310. Auszeichnungen; Wortzeichen und symbolische (Bild-) Zeichen. Mittel für Wortauszeichnungen sind Titel und Würden und Anerkennungen, mit und ohne Beurkundung in Diplomen. Symbolische Auszeichnungsmittel sind die Orden und Ehrenzeichen, wie Medaillen usw.

c) **RG.** (Straff.) JW. **08** 602. Unzulässigkeit der Übertragung der Bezeichnung Hoflieferant auf ein neues Unternehmen, für das der Titel nicht verliehen war.

VII. Anlaß des Verkaufs (s. JDR. **6** § 1 Ziff. VI 8, **5** Ziff. VI 7). 1. BadRpr. **08** 271 (Karlsruhe, Straff.). Es ist zulässig, einen Ausverkauf anzukündigen und durchzuführen, welcher nur auf die in der Filiale lagernden Waren beschränkt ist. Dem steht nicht entgegen, daß rechtlich eine Einheit zwischen Hauptgeschäft und Filiale insofern besteht, als die Waren in beiden Geschäften ein und demselben Eigentümer gehören. Die Geschäftsfiliale stellt sich für das Publikum als ein selbständiges Geschäft dar und wird von jedermann, der die rechtliche Zugehörigkeit der Filiale zu einem anderen Geschäfte nicht kennt, als ein selbständiges Geschäft angesehen. Ein so geartetes Geschäft kann auch einen, nur auf seinen Warenvorrat beschränkten Ausverkauf vornehmen und ankündigen. Unzulässig sind Nachschiebungen von Waren aus dem Hauptgeschäfte, soweit sie das bei jedem Ausverkaufe zulässige Maß überschreiten. Als zulässig zu erachten sind Nachschiebungen von Waren auch aus dem Hauptgeschäfte nur soweit, als die nachgeschobenen Waren notwendig sind, um die in der Filiale lagernden Waren überhaupt verkaufen zu können.

2. **RG.** (Straff.) UnlW. **7** 178. Über Nachschiebungen bei Ausverkäufen. Ausverkauf des gesamten in dem Verkaufslokale befindlichen Warenlagers. Die vom **RG.** (Straff.) **37** 358 (JDR. **3** § 1 Ziff. VI 7) aufgestellten Grundsätze sind für anwendbar erklärt.

3. SächsOLG. **29** 99 (Dresden). Ankündigung des Ausverkaufs von Waren aus einer Konkursmasse. Gleichzeitiger Verkauf anderer Waren. Nachschübe.

4. Gmeiner-Benndorf, SächsRpflA. 08 74—82, bespricht die bisherige Rechtsprechung betr. die Ausverkäufe und macht Vorschläge über die Regelung des Ausverkaufswesens.

5. Osterrieth, GoldschmidtsZ. 62 328—355 über die Novelle, 334—349 über die Regelung des Ausverkaufswesens. Verf. kommt zu dem Ergebnisse (348) für die vorgeschlagene Bestimmung: Nutzen zweifelhaft; Gefahr für den redlichen Geschäftsverkehr sehr groß. Von allen Sondervorschriften über den Ausverkaufsschwindel ist abzusehen mit Ausnahme der Erhöhung des Strafmaximums. Im übrigen enthält der Entwurf eine Verbesserung des Gesetzes.

6. GewRschutz 08 31. Verhandlungen des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums, Zweigverein Schlesien. Bericht von Osterrieth über das Ausverkaufswesen.

VIII. Unterlassungsklage (s. JDR. 6 Ziff. VII, 5 Ziff. VII, 4 Ziff. VII). 1. R. 08 II 680 (Naumburg). Die Unterlassungsklage aus Abs. 1 erfordert zu der objektiven Unrichtigkeit der Angaben tatsächlicher Art weder böse Absicht oder Verschulden, noch wird sie durch die Darlegung eines begründeten guten Glaubens ausgeschlossen.

2. LeipzZ. 08 91 (Dresden). Die Unterlassungsklage ist abzuweisen, wenn die unlautere Reklame im Laufe des Prozesses zu einer lauteren wird. S. das. wegen der Kostenlast.

3. HansGZ. 08 Hptbl. 134 (Hamburg). Auf Unterlassung kann nur derjenige Gewerbetreibende klagen, der Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. Vorliegend verneint.

IX. Schadensersatzklage. Lobe I 371—386 erörtert den Anspruch auf Schadensersatz.

X. Lobe I 388—400 über die Zuständigkeit der Gerichte; sachliche Zuständigkeit, Zivilkammer oder Kammer für Handelssachen; bei Verletzung des UnlWG. und des BGB.; bei Idealkonkurrenz. Die örtliche Zuständigkeit. Einen ausschließlichen örtlichen Gerichtsstand begründet § 2 UnlWG. für die Abwehrklage und für die Schädenklage. Im Auslande begangene Verletzungen inländischen Betätigungsrechts.

XI. *Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. 08 362. Das Recht auf einen durch unlautere Reklame Dritter nicht gestörten Geschäftsbetrieb ist nicht pfändbar wegen seiner subjektiven Beschränkung auf die Person des Mitbewerbers und des geschützten Betriebs.

XII. Zur Novelle. UnlW. 7 49. Text der Novelle mit Begründung. — Lobe, LeipzZ. 08 177—194, über den Entwurf der Novelle. — Zur Novelle: Wassermann, UnlW. 7 69; Schmid aaO. 77; Fuld aaO. 83; Finger aaO. 93. — Zum Entwurfe der Novelle: Wassermann, R. 08 103. — Fuld, DJZ. 08 283, Besprechung und Kritik der Novelle. — Hahn, DWirtschZ. 08 385 ff. Zum Entwurfe der Novelle. — Prange, UnlW. 7 96, verlangt einen Schutz von Vereinen mit idealen Tendenzen gegen unlauteren Wettbewerb. — ZAktWes. 08 101, Zur Novelle.

*Rosenthal, Die Novelle wider den unlauteren Wettbewerb (zum 1. Entw.). Der Verf. betont die Vorzüge der Novelle, unterzieht aber mehrere Paragraphen, insbesondere die §§ 9 und 10, einer scharfen Kritik. Die im § 9 vorgesehene Befugnis der Polizeibehörde, ein Warenverzeichnis einzufordern, sei schon von den Kommentatoren des UnlWG. und den beteiligten Handelskreisen als undurchführbar bezeichnet worden. Auch gegen das absolute Nachschubverbot hätten sich erhebliche Bedenken erhoben. Hier müßte eine scharfe Unterscheidung stattfinden zwischen den Totalräumungen und den Ausverkäufen im laufenden

Betriebe des Geschäfts. Für erstere sei sowohl das Warenverzeichnis, als auch das absolute Nachschubverbot am Platze, es sei denn, daß sie durch den Konkursverwalter oder uninteressierten Liquidator betrieben würden. Dagegen sei für die Ausverkäufe im laufenden Betriebe des Geschäfts der Handels- bzw. Detaillistenkammer das Recht einzuräumen, den Beginn und das Ende gewisser Ausverkäufe für alle gleichartigen Geschäfte des Bezirkes festzusetzen. Am gefährlichsten aber und in seiner Tragweite offenbar weder vom Gesetzgeber, noch von der bisherigen Kritik erkannt sei der Schlußsatz des § 10, durch den verboten wird, „nach angekündigtem Ausverkaufe Waren zum Verkaufe zu stellen, für deren Verkauf der bei der Ankündigung angegebene Grund des Ausverkaufs nicht zutrifft". Diese Bestimmung sei nicht nur in ihrer Fassung verunglückt, sondern auch nach ihrem materiellen Gehalt unbegreiflich. Die Innehaltung der Vorschrift sei im Betrieb eines modernen Geschäfts fast undurchführbar, führe aber auch zu wirtschaftlich unmöglichen Zuständen. Der Verf. schlägt zwei von ihm präzisierte Paragraphen vor, die an die Stelle der §§ 9 und 11, sowie der §§ 7 und 10 der Novelle treten sollten. Er empfiehlt im übrigen die Verschärfung mancher Bestimmungen der Novelle. Dringend empfiehlt er auch die Aufnahme eines von ihm ebenfalls präzisierten Paragraphen, durch den die aktiven und passiven Bestechungen kaufmännischer oder technischer Angestellten in bezug auf ihr den Geschäftsinhaber benachteiligendes geschäftliches Handeln unter Strafe gestellt werden. Die Unsitte des „Schmierens" greife mangels gesetzlicher Bestimmungen immer mehr um sich und dringe schädigend und verwirrend in immer weitere Handelszweige ein.

§ 4. 1. **RG.** [Strafs.] UnlW. **7** 178. Zur Irreführung geeignet ist eine Angabe schon dann, wenn auch nur ein Teil des Publikums dadurch getäuscht werden konnte (vgl. **RG.** [Strafs.] **36** 377).

2. **RG.** (Strafs.) **41** 161. Dem Begriffe der Auszeichnung ist das Merkmal des Verliehenseins wesentlich; von verliehenen gewerblichen Auszeichnungen, von solchen, in deren „Besitze" sich jemand befindet, kann nur da die Rede sein, wo von zuständiger Seite (Behörde, Gesellschaft, Verein oder Privatperson) nach wirklicher Prüfung eine ernstgemeinte Anerkennung für die Güte der Ware oder gewerblichen Leistung in Form von Medaillen, Diplomen, Preisen oder ähnlichem zuerkannt worden ist.

3. UnlW. **7** 68 wird eine Entscheidung mitgeteilt, nach der jemand, der Zwangsversteigerungen durch Inserate öffentlich ankündige, nach § 4 bestraft werden könne. Es muß aber die Absicht vorliegen, das Publikum zu täuschen.

4. Stier-Somlo, HirthsAnn. **08** 401—433 (421). § 4 kann zur Bestrafung von Kurpfuschern nicht verwertet werden. Der Gesetzgeber hat hier an den gewöhnlichen Handelsverkehr und nicht an die Kurpfuscherei gedacht. Die Ausdrücke: Preisbemessung, gewerbliche Leistungen setzen dies außer Zweifel.

§ 6. 1. GewRSchutz **08** 162 (Frankfurt) s. JDR. **5** § 6 Ziff. 3 b γ.

2. HessRspr. 8 153 (Darmstadt). Verstoß gegen § 6 durch Verbreitung der Behauptung über einen Konkurrenten, er habe an seine Abnehmer Rabatt gegeben, was verboten war und die Entziehung von Lieferungen an den Konkurrenten zur Folge haben konnte.

3. Behauptungen tatsächlicher Art (s. oben § 1 Ziff. IV). a) HansGZ. **08** Hptbl. 129, UnlW. **7** 199 (Hamburg). Die Behauptung einer Patentverletzung kann gegen § 6 verstoßen (vgl. **RG.** JW. **01** 658, JDR. **2** § 6 Ziff. 3a). Es kommt darauf an, ob das in jener Behauptung liegende Urteil eine Behauptung tatsächlicher Art ist (s. oben § 1 Ziff. IV A 5). Vorliegend verneint.

b) SächsRpflA. 08 393 (Dresden). Kein Verstoß gegen UnlWG. liegt vor, wenn ein Zahnarzt in einer Druckschrift Mängel rügt oder hervorhebt, die bei einer Zahnbehandlung durch Dentisten entstehen können. Berechtigtes Interesse.

c) R. 08 II 106 (Frankfurt). Die Behauptung der Liquidation, also des demnächstigen Aufhörens einer Firma, ist geeignet, die Kundschaft zu bestimmen, ihre Aufträge einer anderen Firma zuzuwenden oder den Erwerb neuer Kunden, die auf eine stetige Geschäftsverbindung Wert legen, zu verhindern, mithin den Betrieb des Geschäfts zu schädigen.

d) **RG.** R. 08 II 180. Wenn eine Stelle eines Zirkulars von den beteiligten Verkehrskreisen dahin verstanden wird, ein Vertreter der Klägerin habe bei einer Aussprache ihrer versammelten Vertreter als Geschäftsprinzip die Spekulation auf die Dummheit der Käufer proklamiert, so liegt in diesem Vorgange die Behauptung einer Tatsache und in dem Behaupten und Verbreiten dieses so aufgefaßten Vorganges das Behaupten und Verbreiten einer unrichtigen Tatsache, nicht bloß das Aufstellen eines unrichtigen Urteils oder einer unrichtigen Kritik des Beklagten.

4. R. 08 II 106 (Frankfurt). § 6 findet auch Anwendung, wenn die betr. Behauptungen von einem Inländer im Ausland aufgestellt oder verbreitet sind.

5. a) Lobe I 350. a) Haftung des Geschäftsherrn für Angestellte. § 831 findet keine Anwendung. Auch Fahrlässigkeit in der Auswahl des Angestellten kann nicht als beeinträchtigendes Verhalten in Betracht kommen. Hat der Angestellte, obgleich es der Geschäftsherr hindern konnte, unlauteren Wettbewerb begangen und läßt der Geschäftsherr die hierdurch hervorgerufene Beeinträchtigung des Konkurrenten nicht nur bestehen, sondern nutzt sie sogar noch für sich aus, so wirkt er selbst an der Beeinträchtigung mit und erzeugt gegen sich die Abwehrklage (JW. 03 128). Hat der Geschäftsherr sie dagegen nicht hindern können und zieht er aus der begangenen Beeinträchtigung keinen Nutzen, so liegt auch kein rechtlicher Grund vor, aus dem wegen der Rechtsverletzung des Angestellten gegen ihn die Abwehrklage begründet würde. Begeht der Angestellte auf Veranlassung und im Auftrage des Geschäftsherrn die Rechtsverletzung, so begeht er überhaupt keine Beeinträchtigung, sondern allein derjenige, der sich seiner als Werkzeug bedient. b) Begeht der geschäftsführende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft die Rechtsverletzung, so haftet die Gesellschaft. c) Haftung der juristischen Person für ihre Organe. Die Abwehrklage ist immer nur gegen die juristische Person selbst, nicht zugleich gegen ihre Organe zu richten.

b) R. 08 II 71 (Naumburg). Die Frage, ob der Geschäftsherr für die von seinem Geschäftsführer (insbesondere dem Prokuristen) bewirkte unlautere Reklame verantwortlich gemacht werden kann, beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen, nicht nach dem § 831 BGB.

6. **RG.** R. 08 II 105. Der auf Grund des § 6 geltend gemachte Schadensersatzanspruch ist ein selbständiger, neben dem Anspruch auf Unterlassung bestehender Anspruch.

7. R. 08 II 680 (Hamburg). Wenn diese Bestimmung verlangt, daß der Täter „zu Zwecken des Wettbewerbes" handelt, so bedeutet das doch nicht, daß der Täter die Förderung des eigenen Wettbewerbes bezweckt oder daß er dem betreffenden Berufskreis angehört. Insbesondere ist es in der Rechtsprechung anerkannt, daß ein Verstoß gegen § 6 gerade auch durch die Presse begangen werden kann. Allein immer muß doch soviel verlangt werden, daß der Wettbewerb eines oder gewisser Berufsgenossen auf Kosten eines anderen oder gewisser anderer Berufsgenossen gefördert werden soll.

8. Abs. 2. a) HansGZ. **08** Hptbl. 129 (Hamburg). § 6 Abs. 2 schützt denjenigen, der in gutem Glauben und vermeintlich in der Verteidigung seines guten Rechtes die Behauptung aufstellt und verbreitet.

b) **RG.** R. **08** II 71. Ein reines Wettbewerbsinteresse ist kein berechtigtes Interesse im Sinne des § 6 Abs. 2.

9. a) LeipzZ. **08** 329 (Karlsruhe). Der Unterlassungsanspruch des § 6 besteht neben dem Schadensersatzanspruch und ist von diesem unabhängig. Abweisung der Klage auf Unterlassung, weil keine Wiederholung zu besorgen war.

b) R. **08** II 106 (Frankfurt). Für den Unterlassungsanspruch genügt die bloße Möglichkeit einer Schädigung.

c) R. **08** II 71 (Naumburg). Zur Begründung des Unterlassungsanspruchs aus § 6 gehört — ebenso wie für den Anspruch aus § 1 — nicht der Nachweis eines Verschuldens.

§ 7. 1. GewRSchutz **08** 132 (Colmar). Behauptungen tatsächlicher Art können auch in die Form der Äußerung eines Verdachts oder der Mitteilung eines Gerichts gekleidet werden. Nicht nur derjenige verstößt gegen das Gesetz, der seiner besseren Überzeugung zuwider den anderen eines gewissen Verhaltens positiv beschuldigt, sondern auch der, der sich etwa dahin äußert, er habe den anderen im Verdachte, sich eines gewissen Verhaltens schuldig gemacht zu haben oder es laufe über diesen anderen das Gerücht, daß er die und die Handlung begangen habe. Weiß er, daß dieser Verdacht unbegründet ist oder ist ihm in Wirklichkeit von dem Bestehen solcher Gerüchte gar nichts bekannt, sondern hat er die Behauptung, daß sie kursierten, nur erfunden, so kann hierin eine strafbare Verfehlung gegen § 7 erblickt werden.

2. **RG.** R. **08** II 580. Wenn der Angeklagte wegen Betrugs in Idealkonkurrenz mit dem Vergehen gegen § 7 UnlWG. zu einer nach § 263 StGB. festgesetzten Strafe verurteilt wird, kann trotzdem auch auf Buße erkannt werden.

§ 8. 1. SeuffA. **63** 416 (Stuttgart). § 8 bezweckt den Schutz des Gewerbetreibenden gegen die mit unlauteren Mitteln unternommene Entfremdung einer Kundschaft, die ohne diese Mittel ihm zugefallen sein würde (WürttJ. **11** 56). — Fall, in dem § 8 nicht anwendbar ist.

2. Schutz der Firma. a) **RG.** LeipzZ. **08** 789, R. **08** II 213. Für die Frage der Verwechselungsgefahr zweier Firmen kommt nicht bloß der Gesamteindruck der Firma, sondern auch vornehmlich das in der Firma enthaltene Schlagwort in Betracht. Dies muß zumal dann gelten, wenn im Verkehr Abkürzungen einer Firma gebräuchlich geworden sind (z. B. bei Champagnerfabriken — Mumm).

b) **RG.** R. **08** II 214. Die Verwechselungsgefahr betreffs zweier Firmen wird nicht dadurch beseitigt, daß dem Namen des Sitzes der einen Firma ein die Möglichkeit der Verwechselung beseitigen sollender Zusatz gemacht wird.

3. ZBlFG. **9** 72 (BayObLG.). Das Verbot der Führung einer Firma nach § 8 kann nur im Rechtswege, nicht seitens des Registerrichters erlassen werden.

4. **RG.** LeipzZ. **08** II 782. Titel von Zeitschriften sind als besondere Bezeichnungen einer Druckschrift anzusehen; vorliegend keine Verwechselungsgefahr.

5. **RG.** LeipzZ. **08** 594. Wer eigene Waren mit einer fremden Firma versieht, verletzt nicht das Firmenrecht. Denn er gebraucht nicht die Firma als eigene, sondern er kündigt eigene Waren als fremde an.

6. **RG.** LeipzZ. **08** 930. Ist der Zusammenhang der Bezeichnung einer Ware mit dem Namen ihres ursprünglichen Herstellers geschwunden, weil diese Bezeichnung allgemein zu einer bloßen Beschaffenheitsangabe, zur Kennzeichnung eines gewissen Genres von Waren dieser Art geworden ist, so kann die Benutzung jener Bezeichnung in der Firma und im geschäftlichen Verkehre weder

das Namensrecht des ursprünglichen Herstellers oder seiner Rechtsnachfolger verletzen, noch eine Täuschung oder Irreführung des Publikums im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB., § 15 WarenZG., §§ 1, 8 UnlWG. bewirken.

7. **RG.** LeipzZ. **08** 307, R. **08** II 144. Wenn § 8 seinem Wortlaute nach einen Anspruch auf Löschung einer in zulässiger Weise im Handelsregister eingetragenen Firma nicht kennt, sondern einen Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung der Firma gewährt, so ergibt sich doch aus der Natur der Sache, daß vom **RG.** (I. 624/04) anerkannt, daß die Löschung verlangt werden kann, wenn ohne sie die mißbräuchliche Benutzung der Firma nicht gehindert wird, ohne die Löschung der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung keinen Inhalt hat, mit anderen Worten, wenn jede Art der Benutzung der Firma eine mißbräuchliche im gesetzlichen Sinne sein würde.

8. PosMSchr. **08** 117 (Königsberg). Eine Aktiengesellschaft wird des ihr im § 8 gewährten Firmenschutzes nicht dadurch verlustig, daß sie in Liquidation tritt oder ihr Geschäft veräußert und ihren Geschäftsbetrieb einstellt.

9. Besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts (s. IDR. **6** § 8 Ziff. 3, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3). **a)** **RG.** R. **08** II 680. Eine Bezeichnung ist eine „besondere" im Sinne des § 8 UnlWG. nur dann, wenn sie einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter, eine gewisse Originalität, Individualisierungskraft oder relative Neuheit hat. Bezüglich der Frage, ob eine Bezeichnung sich als unterscheidend und eigentümlich darstellt, ist die konkrete Sachlage, insbesondere auch der lokale Gebrauch maßgebend. Denn es kann durch die Gewohnheit des Verkehrs eine Bezeichnung, die an sich einen allgemeinen Charakter hat, für eine bestimmte Gegend sehr wohl eine ganz spezifische Bedeutung gewinnen derart, daß in dieser bestimmten Gegend oder an dem betreffenden Orte jener Bezeichnung eine ganz besondere oder spezielle Bedeutung beigemessen wird, so daß also bei der Bezeichnung, wenn sie jemand hört oder sieht, regelmäßig nicht an die allgemeine, sondern vielmehr an die spezielle und individuelle Bedeutung gedacht wird.

b) **RG.** LeipzZ. **08** 306, R. **08** II 180. Bestätigung des Urteils des KG. (Sherlock Holmes).

c) **RG.** BauersZ. **16** 78. Die Bezeichnung „Brauhaus" ist keine nach § 8 geschützte.

10. **a)** SeuffBl. **08** II 52 (BayObLG.). Auf Grund des § 8 kann die Unterlassung des Gebrauchs einer Firma verlangt werden. Die Unterlassung kann aber nicht vom Registergericht angeordnet werden, sondern ist nur im Wege der Klage zu erreichen.

b) **RG.** LeipzZ. **08** 307, UnlW. **7** 145, R. **08** II 181. Keine Verwechselungsgefahr zwischen den Firmennamen „Vix-Bora fils & Cie." und „Auguste Bara & Cie."

11. UnlW. **8** 58 (Hamm). Untersagung der Worte „Krupp in Essen" für eine neue Firma, welche mit der Firma Fried. Krupp nichts zu tun hat.

12. *Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipZ. **08** 362. Das Recht auf Führung einer Geschäftsbezeichnung ist an den Geschäftsbetrieb geknüpft, also ohne diesen nicht übertragbar. Es kann nur gemäß §§ 858, 857 Abs. 3 und 4 ZPO. die Überlassung zur Ausübung an einen anderen der Zwangsvollstreckung unterworfen werden.

§ 9. 1. **a)** GoltdA. **54** 92 (Dresden). Unter einem Geschäftsgeheimnisse wird man solche Tatsachen zu verstehen haben, die einer Geschäftsgebarung oder einem Geschäftsbetrieb eigentümlich, Dritten unbekannt, im Interesse des Geschäftsherrn und des Geschäfts von den darin Angestellten zu verschweigen und

ohne Bruch der aus dem Anstellungsverhältnis abfließenden Treupflicht Fremden nicht zu offenbaren sind. Hierunter können z. B. Bezugsquellen, Absatz, Schriftwechsel mit Kunden, Angebote, Projekte u. dgl. fallen.

b) **RG.** R. 08 II 460. Wie es dem Begriffe des Geheimnisses nach seinem allgemeinen Wortsinne nicht widerstreitet, daß es im Besitze mehrerer Personen ist, so wird auch die Annahme eines Betriebsgeheimnisses dadurch nicht ausgeschlossen, daß einige bestimmte Unternehmer es kennen oder benutzen. Die Behauptung, daß der Gegenstand des Betriebsgeheimnisses ausschließlich in einem bestimmten Fabrikbetriebe bekannt sein dürfe, um die Anwendung des § 9 UnlWG. zu rechtfertigen, ist unrichtig.

c) **RG.** LeipzZ. **08** 702. Als Geschäftsgeheimnisse sind erachtet die Adressen der Kunden und Lieferanten des Klägers sowie die in Belgien neu erlassenen und die in Österreich in Aussicht stehenden amtlichen Vorschriften über Zahl und Beschaffenheit der von den Apotheken zu führenden Siebe; nicht die in anderen Landern bestehenden Vorschriften, weil diese der Kläger selbst in seinen Prospekten bekannt gegeben hat.

2. **RG.** (Straff.) LeipzZ. **08** 857. Dem Angestellten ist ein Betriebsgeheimnis vermöge seines Dienstverhältnisses zugänglich geworden, wenn er zu den Versuchen, die zu der Erfindung führten, durch sein Dienstverhältnis veranlaßt wurde. Gehören Erfindungen der Angestellten auch nicht schon kraft des Anstellungsverhältnisses dem Geschäftsherrn, so kann er sie mindestens dann für sich in Anspruch nehmen, wenn sie entweder in Erfüllung einer dienstlichen, auf einem besonderen Auftrage beruhenden Aufgabe erfolgt ist oder doch in den Rahmen der dem Angestellten vertragsmäßig obliegenden Diensttätigkeit fällt (**RG.** [Straff.] **32** 216).

3. **RG.** (Straff.) GewRSchutz **08** 163 f. JDR. **6** § 9 Ziff. 2.

4. **RG.** BadRpr. **08** 37. Zum Tatbestande des § 9 Abs. 2 und eines aus der Verletzung dieses Schutzgesetzes abgeleiteten Schadensersatzanspruchs reicht es zu, daß die Geschäftsgeheimnisse von dem Angestellten einem anderen während ihrer Dienstzeit unter den in Abs. 1 und 2 bezeichneten weiteren Voraussetzungen mitgeteilt wurden, auch wenn sie der andere erst nach dem Dienstaustritte verwertet; es ist nicht erfordert, daß auch die Verwertung noch während der Dienstzeit der Angestellten erfolge (vgl. HessRspr. **9** 5 [LG. Darmstadt]).

5 **RG.** LeipzZ. **08** 702. Wer unter dem Scheine freundschaftlicher Anteilnahme einen anderen zur Mitteilung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen veranlaßt, um diese dann später selbst zu gebrauchen, verstößt gegen § 9 Abs. 2.

§ 10. 1. BraunschwZ. **08** 78 (Braunschweig, Straff.). Strafbar nach § 10 ist jede Tätigkeit, die nach dem Willen des Täters auf die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges, nämlich die unbefugte Mitteilung des Geheimnisses abzielt. Dabei wird ein bestimmter, auf die Erlangung eines der im § 9 bezeichneten Geheimnisses gerichteter Wille vorausgesetzt. Der „andere", der bestimmt werden soll (§ 9), muß auch eine bestimmte Person sein oder sich wenigstens innerhalb eines begrenzten Kreises von Personen befinden.

2. **RG.** R. **08** II 508. Zum Tatbestande des § 10 UnlWG. genügt das Unternehmen, den anderen zu einem Vergehen im Sinne des § 9 G. zu bestimmen, also ein erfolgloser Versuch, der auch gegenüber einem zu der Tat bereits Entschlossenen möglich ist.

§ 13. 1. **RG.** (Straff.) GoltdA. **55** 112, JW. **08** 371, DJZ. **08** 364. Die Befugnis zur öffentlichen Bekanntmachung der Verurteilung kann im Strafverfahren nur im Falle der Verurteilung aus § 7 zugesprochen werden. Im Falle der Verurteilung aus § **4** kann dagegen das Gericht anordnen, daß die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen von Amts wegen öffentlich bekannt

zu machen sei. Die öffentliche Bekanntmachung hat in beiden Fällen, der Verurteilung aus § 7 wie des § 4 G., den Charakter einer Strafe, wenn sie auch im Falle des § 7 zugleich eine Genugtuung für den Verletzten bildet. Es gilt für die Bekanntmachung der Verurteilung aus §§ 7, 13 Abs. 2 UnlWG. das gleiche wie für die Bekanntmachung aus § 200 StGB. und aus §§ 14, 15, 19 Abs. 2 WarenZG. (vgl. **RG. 6** 180, **13** 319, **14** 153, **29** 44, **35** 18).

2. GewRschutz **08** 132 (Frankfurt) s. JDR. **5** § 13 UnlWG.

§ 16. 1. Zu § 16 der Erläuterungen der Novelle Wertheimer, UnlW. **7** 95.

2. Lobe I 400—421 erörtert eingehend den Rechtsschutz der Ausländer.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vom 20. April 1892/20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Die Rechtsform der GmbH. hat auch im Berichtsjahre weiter außerordentlich an Boden gewonnen. Namentlich in den Großstädten und wiederum vorzugsweise in Berlin dringt die GmbH. immer weiter vor. Nach einer im Statistischen Jahrbuche der Stadt Berlin (31. Jahrgang, enthaltend die Statistik der Jahre 1906 und 1907, Berlin 1909 Seite 361) mitgeteilten Statistik des Amtsgerichts Berlin-Mitte (I) stieg die Zahl der AG. nur auf 785 Ende 1906 gegenüber 703 Ende 1903, dagegen die der GmbH. auf 2467 Ende 1906 gegen 1352 Ende 1903: in drei Jahren also ein Zuwachs von 1115 Gesellschaften, wobei die gelöschten bereits abgezogen sind. Im Jahre 1906 wurden allein 633 neu eingetragen. Diesem Wachstum entspricht auch die Fülle der im Berichtsjahr aufgetauchten Streitfragen aus der Praxis. Von den zahlreichen bedeutsamen RG.Entscheidungen seien nur die wichtigsten hervorgehoben. Das bei § 2 Note 3 b zitierte Urteil vom 29. September 1908 spricht sich über den selbständigen Charakter der Gründungsvollmacht und ihren Widerruf aus. Im Urteile vom 2. November 1907 (§ 15 Note 2) nimmt das RG. zu der auch im Aktienrecht aufgetauchten Frage Stellung, welche Rechte dem durch Betrug zur Beteiligung Veranlaßten zustehen. Überhaupt ist die Rechtsprechung des höchsten Gerichts zu § 15 sehr reichhaltig. Gleiches gilt von § 30. Einen sehr interessanten Tatbestand gibt das Urteil vom 20. März 1908 (§ 35 Note 3) wieder, der die Konsequenzen der Ansicht, daß die GmbH. als solche auch mit nur einem Gesellschafter fortbestehe, aufdeckt; wenn man auch das Ergebnis des Urteils nur billigen kann, so dürfte doch eine wirkliche Lösung der Frage nicht gegeben sein. Auch die sog. „Sonderrechte" scheinen häufig Gegenstand des Streites zu werden, und der Bericht weist mehrere in dieses Kapitel gehörige Urteile auf (§ 53). — Ebenso fruchtbar ist die Praxis des KG. gewesen. Eine interessante Kontroverse zwischen dem KG. und dem OLG. Kiel (s. §§ 3, 21) betrifft die Frage, ob ein statutarisches Kaduzierungsverfahren bei Verzug mit Sacheinlagen zulässig ist. Der Ausgangspunkt beider Gerichte ist verschieden. Das KG. legt das Schwergewicht darauf, ob die Vorschriften über Nichtkapitaleinlagen dispositiv oder zwingend sind; das OLG. Kiel dagegen sieht auf die Folgen der Kaduzierung und geht von der zwingenden Natur der Vorschriften über das Ausscheiden aus. Größere Bedeutung haben die Beschlüsse des KG. zu § 4 Note 1 über die Aufnahme von Nichtgesellschafternamen in die Firma.

Literatur: Eckert, BayRpflZ. **08** 180 (§ 35). — Eger, Kann eine Eisenbahngesellschaft als GmbH. in Rücksicht auf § 5 HaftpflG. (§ 471 HGB.) gegründet werden? EisenbE. **25** (Sonderheft) 43 f. — Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind, und was sie nicht sind. 1908. — Fischer, Versicherung wegen der Sacheinlagen bei einer GmbH., BayNotZ. **08** 80 ff. (§ 7). — Giese, Das katholische Ordenswesen nach dem geltenden preußischen Staatskirchenrechte, HirthsAnn. **08** 303 ff. — Hachenburg, Aus

dem Rechte der GmbH., LeipzZ. **08** 641 ff. — Moses, Über unwirksamen Beitritt zu einer GmbH., JheringsJ. **53** 395 ff. — Wenz, Zulässigkeit des Vertragsschlusses eines Gesellschafters bei Gründung einer GmbH. mit sich selbst als Vertreter eines anderen Gesellschafters, LeipzZ. **08** 368. — Weinhagen, Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH. Hildesheim 1908. — Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation. München 1908.

Allgemeine Bemerkungen.

1. GmbH. unter Religiosen s. § 1 Note.
2. Ausländisches Recht. Österreich s. §§ 11, 38, 47, 53.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 1. Literatur: Giese, Das katholische Ordenswesen nach dem geltenden preußischen Staatskirchenrechte, HirthsAnn. **08** (161 ff.) 303.

Gesetzlich zulässiger Zweck. GmbH. unter Religiosen. **a)** Vgl. JDR. **6** Allgemeine Bemerkungen zum GmbHG. Note 1. **b)** Vgl. oben Allgemeine Bemerkungen zu HGB. Buch 2. **c)** Giese erörtert aaO. 304 ff., 339 ff. die Frage, ob die Gründung einer GmbH. der geistlichen Gesellschaft Rechtsfähigkeit verschaffen könne (vgl. Kahl, Die Errichtung von Handelsgesellschaften durch Religiose, und AKathKirchR. **76** 444 ff., **78** 108 f., 852, OLG. **9** 371, KGJ. **30** A 129, **31** A 183). Für unzulässig erachtet er mit dem KG. die Errichtung oder Einkleidung einer Ordensniederlassung als GmbH. oder die Gründung einer GmbH. durch alle Mitglieder einer Ordensniederlassung in der Absicht, daß der wirtschaftliche Erfolg der Gründung der Niederlassung zugute kommen soll (Art. 13 PrVUrk.): handelsgesellschaftliche Rechtsfähigkeit und Korporationsrechte sind ihrem Wesen nach gleichwertig; erstere läßt den gleichen wirtschaftlichen Erfolg erreichen; es besteht auch tatsächlich Personenidentität und die Absicht in fraudem legis agendi. — Für zulässig erachtet er es dagegen gegen das KG., wenn einzelne Ordensmitglieder eine GmbH., sei es auch in gleicher Absicht, gründen: es wird nicht der gleiche Erfolg erreicht, indem keine Identität des Substrats der Niederlassung und der GmbH. besteht. — Für die AG. gilt das gleiche. **d)** PosMSchr. **08** 138 (KG.). Nur Mängel im urkundlichen Inhalte des Gesellschaftsvertrags begründen die Nichtigkeitsklage und die Löschung von Amts wegen (§ 144 FGG.). Eine Beweisaufnahme über die religiöse Propaganda einer GmbH., durch die sie einen gesetzlich unzulässigen Zweck verfolgt, ist im Offiziallöschungsverfahren unnötig. Die Begründung einer Religionsgesellschaft in Form einer GmbH. ist nach Art. 13 PrV. unzulässig (Art. 84 EGBGB., Art. 2 Abs. 2 EGHGB.). Der Begriff Religionsgesellschaft ist aus ALR. II. 11 §§ 10 ff. zu entnehmen (**RG. 12** 282; religiöse Gemeinschaft — abgesondert von der Landeskirche mit eigener Kirchenverfassung zur öffentlichen Feier des Gottesdienstes). Ein „Brüderverein", dessen Zweck „die Gemeinschaftspflege und Evangelisation bes. in V. und Umgegend, sowie Errichtung von Gebäuden zu diesem Zwecke" ist, ist auch dann keine Religionsgesellschaft, wenn Anteile nur von Mitgliedern der äußeren und inneren Mission erworben werden dürfen.

§ 2. Literatur: Hachenburg, Aus dem Rechte der GmbH. Bedingung und Vorbehalt bei der Gründung einer GmbH., LeipzZ. **08** 641 ff. — Moses, Über unwirksamen Beitritt zu einer GmbH., JheringsJ. **53** 395 ff. — Wenz, Zulässigkeit des Vertragsschlusses eines Gesellschafters bei Gründung einer GmbH. mit sich selbst als Vertreter eines anderen Gesellschafters, LeipzZ. **08** 368.

1. Gründungsvorvertrag. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 4. **b) RG.** II. 24. 3. 08, BauersZ. **15** 231, LeipzZ. **08** 866 Ziff. 5, JW. **08** 349, R. **08** II Ziff. 1887. Der Vertrag, durch den man sich zur Errichtung einer GmbH.

verpflichtet, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form. Das Fehlen des Betrags des Stammkapitals und der Einlagen, überhaupt der Erfordernisse des § 3 ist unerheblich. Für den Vorvertrag genügt die Beschreibung, die zur Bildung eines Urteils über die Tragweite der einzugehenden Verpflichtung genügt.

2. Abs. 1. Natur und Wirksamkeit der Beitrittserklärung. A. Allgemeines. a) Vgl. JDR. **6** Note 7, **4** Note 2. b) *Moses aaO. 397—420. a) Rechtliche Natur der Beitrittserklärung. Der Beitritt zu einer GmbH. ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Beitrittserklärung ist eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung; sie ist nicht an die Gründer, sondern an die Öffentlichkeit gerichtet, und derartige Erklärungen sind nicht „empfangsbedürftig" im Sinne des BGB. — b) Unwirksamkeit der Beitrittserklärung. Unwirksam ist eine Beitrittserklärung dann, wenn der Erklärende nicht verpflichtungsfähig ist oder wenn die Erklärung der durch § 2 GmbHG. vorgeschriebenen Form ermangelt. Nichtigkeit auf Grund der §§ 116 Satz 2 und 117 BGB. ist bei der Beitrittserklärung schon infolge ihrer Nichtempfangsbedürftigkeit undenkbar. Eine Anfechtung der Beitrittserklärung aber wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung ist — abgesehen von dem zweiten Falle des § 119 Abs. 1 BGB. — ausgeschlossen; nicht wegen des „rechtspolizeilichen Interesses" der Öffentlichkeit, auf das das RG. (JW. **99** 306 und **04** 546; vgl. für die AG. **RG. 9** 36, **19** 124, **28** 76, **57** 292) sich stützt, sondern weil die Erklärung, an der Schaffung einer juristischen Person, eines Rechtssubjekts, mitwirken zu wollen, ihrem Wesen und ihrer Bedeutung nach die Möglichkeit einer Anfechtung in sich negiert.

B. Insbesondere bedingter und nicht vorbehaltloser Beitritt. a) Vgl. JDR. **2** Note I 2. b) *Hachenburg aaO. 641/44. Beitrittserklärungen zu einer GmbH. dürfen nur unbedingt und vorbehaltlos erfolgen. Andernfalls sind sie ungültig. Diese Ungültigkeit ist heilbar. Die Heilung erfolgt durch Verzicht des Gesellschafters auf Bedingung und Vorbehalt. Aber ebenso durch Fortfall desselben aus anderen Ursachen, also wenn die aufschiebende Bedingung eintrat. Die durch den Eintritt der Bedingung erfolgte Heilung wird nicht dadurch wieder beseitigt, daß derselbe von den anderen Gesellschaftern oder dem Geschäftsführer in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise herbeigeführt wurde. c) **RG.** I. 18. 11. 07, LeipzZ. **08** 163 Ziff. 33. Bedingte Zeichnung einer Stammeinlage für den Fall, daß die GmbH. aus einer Bürgschaft entlassen wird. Findet sie zwar statt, wird aber gleichzeitig eine neue übernommen und dies verschwiegen, so greift § 826 BGB. Platz. Es genügt das Bewußtsein, daß der andere Teil Schaden erleiden könne.

C. Gesamthaftung bei Ungültigkeit des Beitritts eines Gesellschafters s. Moses zu § 24.

3. Abs. 2. Beteiligungsvollmacht. a) Vertragsschluß mit sich selbst. α. Vgl. JDR. **6** Note 9. β. *Wenz aaO. 368 ff. (s. auch BGB §181 Ziff. I 2). Vertragsschluß eines Gründers mit sich selbst als Vertreter eines anderen Gesellschafters bei Gründung einer GmbH. ist zulässig, wenn dem Vertragschließenden das Selbstkontrahieren von dem Vertretenen gestattet ist. Die Gestattung kann ausdrücklich erteilt sein. Sie braucht nicht in der Vollmacht nach § 2 Abs. 2 enthalten zu sein. Sie kann sich auch aus den Umständen ergeben. So immer, wenn sämtliche bei der Errichtung des Gesellschaftsvertrags bis auf einen Gründer mitwirkende Gründer von diesem einen Gründer Vollmacht haben oder wenn der Vollmachtgebende den von ihm Bevollmächtigten als Gründer kennt. Aber die Gestattung muß bei Errichtung des Gesellschaftsvertrags selbst bereits gegeben sein. Eine nachträgliche Genehmigung des Vertretenen genügt hier nicht. Deshalb muß die Vorlage einer in den Formen des § 2 Abs. 2

ausgestellten Vollmacht zum Selbstkontrahieren beim Vertragsschlusse selbst immer gefordert werden, wenn sich die Gestattung nicht aus den Umständen ersehen läßt. Verstoß gegen § 181 hat die Nichtigkeit zur Folge, ist trotzdem Eintragung erfolgt, so finden weder §§ 75, 76 GmbHG. noch §§ 144, 142 FGG. Anwendung. **b)** Widerruf einer Vollmacht zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags gegenüber dem Bevollmächtigten. **RG.** II. 29. 9. 08, **69** 232, JW. **08** 655, LeipzZ. **08** 932 Ziff. 14, DJZ. **08** 1342, R. **08** II 3223, 3224. Bei Wahrung der in § 2 Abs. 2 vorgeschriebenen Form (notariell beglaubigt) für die Vollmacht ist es unerheblich, daß eine in derselben Urkunde gleichzeitig abgegebene Beteiligungsverpflichtung des Bevollmächtigenden und eine ihm dafür gemachte Bonifikationszusage (Abtretung von 50 pCt. der Stammeinlage) wegen Nichtwahrung der Form des § 2 Abs. 1, 15 ungültig ist; selbständiger Charakter der Vollmacht (§ 167, bes. Abs. 2 BGB.), öffentliches Interesse der Gründungserklärungen. Kann sich der Vollmachtgeber gemäß §§ 171, 173 BGB. einigen Teilnehmern gegenüber nicht auf den Widerruf der Beteiligungsvollmacht berufen, so kann er sich der Gesellschaft gegenüber mit Rücksicht auf die Unteilbarkeit der Teilnahme den verschiedenen Gesellschaftern gegenüber und auf die der Beteiligung am Stammkapital nach außen und für den Bestand der Gesellschaft zukommende Wirksamkeit auf den Widerruf nicht berufen (Ersatzansprüche gegen die Bevollmächtigten wegen Mißbrauchs der Vollmacht).

4. Folgen der Verletzung des § 2 s. unten § 75 Note 1.

§ 3. Über den Umfang des dispositiven Rechtes im GmbHG. im Gegensatze zu § 18 GenG. und dem Aktienrechte. 1. KGJ. **35** A178 ff. (KG.). Zwingender Natur grundsätzlich die Vorschriften zur Sicherheit der Gläubiger, daher §§ 21 bis 24 (25) und § 30. Diese Vorschriften dienen aber nicht dem Gläubigerschutz in bezug auf die Nachschüsse oder Nichtkapitaleinlagen (§ 3 Abs. 2). Die Vorschriften über die Nichtkapitaleinlagen sind grundsätzlich dispositiv, soweit nicht die Aufbringung des Stammkapitals mittelbar oder unmittelbar gefährdet wird (s. §§ 21 ff.). Vgl. auch Altschul Note 1 vor § 178 HGB.

2. SchlHolstAnz. **08** 24 (Kiel). Die Vorschriften über Eintritt und Ausscheiden der Gesellschafter sind zwingender Natur mit Rücksicht auf die dem überwiegend kollektivistischen Prinzipe der GmbH. entsprechende straffere Organisation. Im zweiten Abschnitte des GmbHG. (Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter) fehlt eine § 109 HGB. (oHG.) entsprechende Vorschrift. Vgl. dagegen auch § 45 (3. Abschnitt: Vertretung und Geschäftsführung). Das Ausscheiden der Gesellschafter im Gesetz ist genau geregelt (§§ 15, 17 Abs. 3, 21 ff., 28, 26/7, 34), Abweichungen im § 25 zugelassen, nicht im § 21 hinsichtlich der Voraussetzungen des Kaduzierungsverfahrens.

3. Sitz. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2, **4** Note I 1. **b)** **RG.** IV. 18. 5. 08, KGBl. **08** 55. Für beim Gerichte des Sitzes zu erhebende Klagen gegen GmbH., als deren Sitz schlechthin im Statute Berlin ohne nähere Bezeichnung der Stelle des Sitzes bezeichnet ist, muß das zuständige Gericht gemäß § 36 Ziff. 2 ZPO. bestimmt werden. **c)** Kirschner, Berliner Zuständigkeitsfragen, KGBl. **08** 1 ff., erörtert die Frage, wo der Sitz einer GmbH. sei, wenn im Statute Berlin als solcher angegeben sei, das Geschäftslokal aber sich in einer Vorortstraße befindet, ohne daß die Beteiligten hierüber klar sind. Gegen die Annahme des KG., daß die für das Geschäftslokal zuständige Straße maßgebend sei, wendet er ein: einmal, daß z. B. nach § 17 ZPO. Sitz und Ort der Verwaltung nicht identisch zu sein brauchen; ferner, daß danach mit jeder Geschäftsverlegung ohne Statutenänderung der Sitz wechseln würde. Er entscheidet sich für Zuständigkeit des LG. I oder jedes der Berliner Gerichte.

4. Nichtwesentliche Bestimmungen. Zahl der Geschäftsführer s. § 46 Ziff. 5.

§ 4. 1. Namen von Nichtgesellschaftern in der Firma. a) KGJ. **35** A 167, BauersZ. **16** 41, RheinARV. **26** 34 (KG.). Unzulässigkeit der Firma „The Berlitz School of Languages, GmbH.". Die Aufnahme des Namens einer anderen Person als eines Gesellschafters in die Firma ist auch dann unzulässig, wenn der Name bei einer Sachbezeichnung gebraucht wird. Ob ein in einer Firma gebrauchter Name den „Namen einer Person" darstellt, ist Tatfrage (Fälle, in denen ein ursprünglicher Personenname nur als Träger einer Idee, als Symbol in Betracht kommt, z. B. Namen der Mythologie, Fürstennamen, Geistesgrößen). Gegensatz von § 4 GmbHG. und § 20 HGB. b) RJA. **9** 182, ZBlFG. **9** 270, R. **08** II Ziff. 3513 (KG.). Unzulässigkeit der Firma „Wasserversorgung und Abwässerreinigung, System D.". Verstoß gegen das zwingende Verbot der Aufnahme anderer Personen als Gesellschafter (anders § 20 HGB.), das auch für Sachfirmen gilt. Ob die Voraussetzungen des § 18 HGB. vorliegen, ist unerheblich. Wie der Name in der Firma gebraucht wird, ist unerheblich, auch wenn dadurch die Person nicht als Gesellschafter erscheint. Ob in einem Namen noch der Name einer Person zu finden ist, ist eine andere Frage (vgl. KG. unter a).

2. Anwendbarkeit der allgemeinen Firmengrundsätze. a) Vgl. JDR. **4** Note 3, **2** Note I 3. b) OLG. **16** 83 (Hamburg). § 24 HGB. (Fortführung der den Namen eines ausgeschiedenen Gesellschafters enthaltenden Firma) gilt auch dann, wenn es sich um die Firma einer GmbH. handelt. Auch in einem Zusatze zur eigenen Firma „vormals Josef R. GmbH." liegt eine Fortführung der Firma. c) Anwendung des § 30 HGB. auf die GmbH.-Firma. **RG.** BauersZ. **15** 180. Feststellung über die objektive Möglichkeit der Verwechselung zweier GmbH.-Firmen als Kriterium für die nicht genügend deutliche Unterscheidbarkeit beider Firmen. d) Anwendbarkeit der §§ 30, 37 HGB. Verhältnis zum UnlWG. α. Vgl. JDR. **2** Note I 8. β. BauersZ. **15** 138, LeipzZ. **08** 81 (BayObLG.) (s. auch HGB. § 37 Ziff. I 3). Unterscheidbarkeit der Firmen „Adolf L." und „Adolf L. GmbH.": kein Einschreiten des Registergerichts nach §§ 37, 30 HGB. gegen die erstere, spätere. Mißbräuchen kann nur nach § 8 UnlWG. entgegengetreten werden. γ. **RG.** BauersZ. **15** 275. Der Zusatz „Architekten" zu den beiden die Firma einer GmbH. (früheren oHG.) bildenden Personennamen in öffentlichen Bekanntmachungen usw. verstößt gegen § 1 UnlWG., wenn alleiniger Geschäftsführer der GmbH. lediglich ein Kaufmann ist, der die Bauprojekte durch angestellte Architekten bearbeiten läßt, da darin eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art zu sehen ist, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. δ. S. unter Ziff. 3.

3. Abs. 2. Der Zusatz. a) RJA. **9** 231, FrankfRundsch. **42** 62, DJZ. **08** 1284 (KG.) (s. auch HGB. § 37 Ziff. II c). Auch auf GmbH. findet § 37 HGB. und § 140 RFGG. Anwendung (§ 13 Abs. 3 GmbHG.); ein Einschreiten des Registerrichters wegen des Gebrauchs der Firma mit der Abkürzung „mbH." statt mit dem ausgeschriebenen Zusatz ist aber insoweit nicht berechtigt, als es sich um formlose Mitteilungen an das Gericht handelt. Die Annahme eines derogatorischen Gewohnheitsrechts gegenüber § 4 Abs. 2 GmbH. erscheint nicht unbedenklich; aber die Vorschrift hat nur Bedeutung für Formalakte (Anmeldung zum Handelsregister, Wechsel). Die allgemein eingebürgerte Abkürzung beeinträchtigt das öffentliche Interesse nicht. b) BauersZ. **15** 158 (Colmar). Die Führung der Gesellschaftsfirma ohne den Zusatz „GmbH." auf Waren, Warenausstattungen mit der Absicht, Verwechselungen mit einer anderen bis auf diesen Zusatz gleichlautenden, als Warenzeichen eingetragenen Firma herbeizuführen, ist, soweit die

firmenrechtlichen Bestimmungen des HGB. und § 4 GmbHG. nicht entgegenstehen, nicht strafbar nach § 14 WarenZG. mangels Widerrechtlichkeit.

§ 5. 1. **RG.** LeipzZ. **08** 380 Ziff. 32. Die zur Deckung einer Stammeinlage übernommene Sacheinlagepflicht verwandelt sich bei Nichterfüllung nicht ohne weiteres in die Verpflichtung, eine entsprechende Geldeinlage zu machen.

2. BauersZ. **15** 182. Eine eigentümliche GmbH.-Gründung. Das Einbringen von Konkursforderungen zum Nennbetrage. Bedenken aus § 7 Abs. 2. Beispiel einer solchen Gründung.

3. Verstempelung von vor Registrierung der Gesellschaft geschlossenen Nachtragsabkommen über Sacheinlagen. BauersZ. **15** 90 und 116 (KG.). Nur Tarif 71 Nr. 2 (1,50 M.) ist anwendbar, nicht nochmals Tarif 25c, wenn trotz Wiederholung der Einbringungspflicht lediglich das für die Einlage zu leistende Entgelt erhöht festgesetzt und eine Verteilung des Entgelts auf die verschiedenen Bestandteile der Einlage vorgenommen wird. Anrechnung nach Tarif 25c Nr. 2. Auslegung des § 10 Abs. 1 Satz 1 PrStempStG. für die nachträglichen Wertsonderungen in besonderen Urkunden, falls die Haupturkunde dem Gericht eingereicht oder ein notarielles Protokoll ist (KGJ. **19** 171).

4. Dienstleistungen als Einlage s. § 35 Note 5.

§ 6. Zahl der Geschäftsführer s. § 46 Note 2 zu Ziff. 5.

§ 7. 1. Die Prüfungspflicht des Registerrichters. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 1, **4** Note 7, 8. **b)** RJA. **9** 181, R. **08** II Ziff. 2991, 3512 (KG.). Der Registerrichter hat nicht bloß die Beachtung der für die Anmeldung bestehenden formellen Vorschriften festzustellen, sondern auch die materielle Zulässigkeit der Gründung nachzuprüfen. Im Bereiche dieser Prüfung liegt auch die Frage, ob und unter welchen Umständen eine GmbH. die im Statut als Gegenstand ihres Unternehmens bezeichnete Ausbeutung bestimmter Bergwerke betreiben kann. Treten die Gewerken einer altrechtlichen Gewerkschaft behufs Ausbeutung des Bergwerkes zu einer GmbH. zusammen, so kann die Eintragung ins Handelsregister von dem Nachweis abhängig gemacht werden, daß die auf den Kuxen eingetragenen Realberechtigten der Umwandlung der Gewerkschaft in eine GmbH. zugestimmt haben, und daß die Erfordernisse der Schlesischen BergO. vom 5. Juni 1769 erfüllt sind.

2. Anrechnung der Sacheinlage auf die Einzahlung. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** **RG.** (Strafs.) BauersZ. **15** 112. Bei Berechnung des auf die Bareinlage zu leistenden Viertels bleibt der Wert der gemachten Sacheinlagen außer Betracht (vgl. dagegen **RG.** 3. 5. 01, GoltdA. **48** 304).

3. Wie muß die Sachleistung gemacht sein? **a)** Vgl. JDR. **2** Note 1, 2. **b)** *Fischer, BayNotZ. **08** 80 ff. Sacheinlagen müssen vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister vollständig bewirkt sein und der Gegenstand dieser Leistungen muß sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Gefolgert aus dem Wortlaute des Gesetzes im Zusammenhalte mit den Gesetzesmotiven und aus der ratio legis, die auf Schaffung von gesunden Verhältnissen bei Gründung der Gesellschaft gerichtet ist (aM. OLG. Hamburg, R. **08** II 355 Ziff. 2116).

§ 8. Bezieht sich die Versicherung des Abs. 2 nur auf die Geldeinlagen? **a)** Vgl. JDR. **6**. **b)** Bejahend: α. KGJ. **35** A 171, RJA. **9** 93, BauersZ. **15** 255, R. **08** II Ziff. 2114 (KG.). Die Versicherung muß sich auch auf die Sacheinlagen beziehen; unter Umständen müssen allerdings die weiter zur Erfüllung der Einlageverpflichtung noch erforderlichen Rechtsakte, wie namentlich die grundbuchmäßige Übertragung des Eigentums an Immobilien, zunächst noch vorbehalten bleiben. Hergeleitet aus Wortlaut

und Entstehungsgeschichte der §§ 7 und 8, 82 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. § 195 Abs. 3 HGB.). β. Fischer, BayNotZ. **08** 80 ff. c) Dagegen aA. OLG. Hamburg, RJA. **9** 103, KGJ. **35** A 359, R. **08** II Ziff. 2116, BauersZ. **15** 113, OLG. **16** 112, LeipzZ. **08** 631 Ziff. 10, gestützt auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und § 5 Abs. 4 (§ 8 Abs. 1 Nr. 1), § 195 Abs. 3 HGB.

§ 11. 1. Gesellschaftsvermögen vor der Eintragung. **RG.** (Straff.) BauersZ. **16** 37. Untreue eines Geschäftsführers einer GmbH. Vor Eintragung ins Register kommt nur ein Bevollmächtigter der Gesellschafter oder einer von ihnen gebildeten Gesellschaft im Sinne § 705 ff. BGB., nicht ein Geschäftsführer im Sinne § 35 in Betracht. Die Verurteilung wegen Untreue durch Verbrauch von Gesellschaftsvermögen verlangt die tatsächliche Feststellung, wem das verbrauchte Geld gehörte.

2. Die Haftung des § 11 Abs. 2. a) Vgl. JDR. **6** Note 5. b) R. **08** II Ziff. 1066 (Frankfurt). Sie ist nicht auf den Fall beschränkt, daß der Handelnde unter dem Vorgeben, die GmbH. sei bereits entstanden, für sie gehandelt habe, oder auf die Zeit vor der Eintragung, so daß mit ihr die Haftung aufhöre. Die Haftung besteht auch dann, wenn der Vertragsgegner beim Vertragsschlusse weiß, daß die Eintragung noch nicht erfolgt ist.

3. Österreichisches Recht. α. HoldheimsMSchr. **08** 260 (OLG. Prag). Es kann kein vor Abschluß des Gesellschaftsvertrags liegender Termin als Beginn der Gesellschaft im Statute festgesetzt werden, wohl ein zwischen Abschluß und Eintragung liegender. β. Dagegen ObGH. 14. 4. 08, aaO. 263.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. Literatur: Eger, Kann eine Eisenbahngesellschaft als Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Rücksicht auf § 5 HaftpflG. (§ 471 HGB.) gegründet werden? EisenbE. **25** (Sonderheft) 43 ff. — Geiger, Zur Stellung unserer Rechtsprechung in der Frage des Umfanges der Rechtsfähigkeit juristischer Personen, HoldheimsMSchr. **08** 97.

1. Die GmbH. als juristische Person. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) Kann die GmbH. als Konkursverwalter bestellt werden? α. Verneinend: BauersZ. **15** 164, LeipZ. **08** 245 Ziff. 5 (Cöln). Die von ihr erklärte Aufnahme eines unterbrochenen Prozesses ist nicht gültig. Hergeleitet aus der Handlungs- und Prozeßunfähigkeit der juristischen Personen, sowie der Unfähigkeit zur Ausübung amtlicher oder amtsähnlicher Funktionen. β. Dagegen bejahend Geiger, aaO. Im wesentlichen ähnliche Argumente wie Veit Simon, LeipzZ. **08** 2 ff. (s. zu §§ 243 ff. Ziff. 1 HGB. c) Zuständigkeit des Innungsschiedsgerichts bei Innungsmitgliedschaft des Geschäftsführers? Hilse, BuschsZ. **38** 220. Die Zugehörigkeit eines Gesellschafters oder eines Geschäftsführers zu einer Innung schließt die Zuständigkeit des Gewerbegerichts oder der ordentlichen Gerichte für die in § 4 GewGG., § 53a KrankVG. bezeichneten Streitigkeiten mit Lehrlingen und Gesellen (Gehilfen, Arbeitern) trotz Bestehens der in den §§ 81a Ziff. 4, 81b Ziff. 4 mit § 84 GewGG., § 14 GVG. bestimmten Innungsinstitutionen nicht aus. Nur die Innungszugehörigkeit des Dienstberechtigten ist maßgebend, die Gesellschaft — als juristische Person — ist aber nicht Innungsmitglied, die Mitgliedschaft des Gesellschafters, Geschäftsführers ist unerheblich.

2. Abs. 2. Beschränkte Haftung. Eger bejaht die Frage der Überschrift. § 13 Abs. 2 GmbHG. enthält keine Haftungsbeschränkung im Sinne § 5 HaftpflG. Ferner ist die durch das Gesellschaftsstatut stattfindende Begrenzung der Haftung auf das Stammkapital keine Haftungsbeschränkung im Sinne § 5 „durch den Unternehmer," weil die GmbH. als „Unternehmerin" erst durch die

Registereintragung existent wird, bei Abfassung des Statuts ein Unternehmer noch nicht da ist. Das vor der Registereintragung vorhandene Rechtsgebilde (§ 705 BGB.) ist nicht Unternehmer im Sinne der Konzession, nach dem Willen der Gesellschaft selbst und weil der Betrieb regelmäßig noch nicht vor der Registereintragung begonnen hat. Gleiches gilt im Falle ein einzelner Bahnunternehmer sich mit anderen zwecks Fortführung zu einer GmbH. zusammenschließt.

3. Anwendbarkeit des § 321 BGB. auf die GmbH. und Vertragsanfechtung wegen Irrtums über ihre Kreditwürdigkeit. a) HansGZ. **08** Hptbl. 121 (Hamburg). Anfechtung eines mit einer GmbH. geschlossenen Kaufvertrags wegen Irrtums über ihre Kreditwürdigkeit: es kommt darauf an, ob sie nach allgemeinen, objektiven Anschauungen gegeben ist; es ist mindestens erforderlich, daß die Gewährung eines solchen Kredits bei Kenntnis der Verhältnisse allgemein für unvernünftig angesehen werden muß (dahingestellt gelassen, ob Unwürdigkeit für jeden Kredit erforderlich ist). Keine allgemeine Schmälerung der Kreditwürdigkeit einer Gesellschaft, weil ihr Leiter in einer früheren Stellung unrichtig gewirtschaftet und sich einmal nicht fair benommen hat. **b) RG.** II. 11. 2. 08, HoldheimsMSchr. **08** 108, BauersZ. **15** 181, HansGZ. **08** Hptbl. 121. Vermögensverschlechterung infolge übermäßiger Warenankäufe zu nicht einhaltbaren Beträgen und Zahlungsfristen; Entscheidung über das Vorliegen der Verschlechterung nach der Verkehrsauffassung und wirtschaftlichen statt juristischen Gesichtspunkten: wirtschaftliche Differenz zwischen Wert und Preis der Waren, die nicht notwendig einen völligen Gegenwert des Preises darstellen; die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse zur Lieferungszeit ist selbst dann erheblich, wenn später der Gesellschaft für ihre Ankäufe Stundung gewährt und die zur Lieferungszeit vorhandene Zahlungsstockung beseitigt ist (s. auch BGB. § 321 Ziff. 2).

§ 14. 1. *Fischer, Bilanzwerte 291. Zu beanstanden an der jetzigen Fassung des § 14 ist, daß der Geschäftsanteil allein nach dem Betrage der von einem Gesellschafter übernommenen Stammeinlage bemessen werden soll. Denn bevor das Gesellschaftsvermögen nicht, ganz oder teilweise nicht, aufgebracht ist, ist auch eine Quotifizierung daran undenkbar. Vgl. §§ 120, 261 Ziff. 5 HGB. sowie ferner den Unterschied zwischen dem Vermögen einer juristischen Person als solcher und als einem Geschäftsvermögen. (272 ff.)

2. Bedeutungslosigkeit der inneren Beteiligung für Fälle persönlicher Haftung von Gesellschaftern. **RG. R. 08** II Ziff. 2146. Haben mehrere Gesellschafter einer GmbH. sich für eine Gesellschaftsschuld verbürgt, so sind sie bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaft regelmäßig, sofern nicht die Umstände des Einzelfalls eine andere Beurteilung zulassen, zu gleichen Teilen untereinander ausgleichspflichtig, auch wenn sie zu ungleichen Teilen an der Gesellschaft beteiligt sind (§ 426 BGB.) (s. auch BGB. § 426 Ziff. 3).

§ 15. 1. Veräußerlichkeit. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. **b) RG. 68** 210, BauersZ. **15** 230, R. **08** II Ziff. 2247 (s. unten zu § 53 Ziff. 1a β). Ist im Statute für den Fall des Verkaufs eines Anteilsrechts ein Vorkaufsrecht der Mitgesellschafter festgesetzt, so ist damit nur eine einzelne positive Beschränkung gegeben, deren ausdehnende Auslegung dahin, daß überhaupt ein Genehmigungszwang für die Veräußerung eingeführt werden könnte, mit dem Grundsatze der Freiheit der Veräußerung in Widerspruch stehen würde und daher unzulässig ist. **c)** Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. SeuffBl. **08** 295, BauersZ. **15** 86, R. **08** II Ziff. 348, 859 (KG.). Die entgeltliche Abtretung eines Geschäftsanteils an einer Terrain-GmbH. ist keine der Genehmigung des Vormundschafts- (Nachlaß-) Gerichts bedürfende „Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts;" dieser Annahme steht die Rechtsnatur eines derartigen Anteils als die durch

Übernahme der Stammeinlage geschaffene Rechtsposition des Gesellschafters entgegen.

2. Ungültigkeit des Erwerbes. a) RG. HoldheimsMSchr. **08** 288, JW. 08 9 Ziff. 10 (s. oben BGB § 254 Ziff. 2 b β, § 826 Ziff. 16 zu c δ bei αα). Durch gemeinschaftlichen Betrug der Gesellschafter, der Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder veranlaßter Erwerb eines Geschäftsanteils und Übernahme der Stellung als Geschäftsführer: Haftung der einzelnen am Betruge beteiligten Personen gemäß § 826 BGB.; die Frage der Gültigkeit des Erwerbsvertrags bezüglich des Anteils ist unerheblich, der Betrogene ist nicht auf die Kondiktion des gezahlten Preises beschränkt. Der Umstand, daß die Veräußerer des Anteils verschwiegen haben, daß nach dem Gesellschaftsvertrage der Anteil zurzeit noch unveräußerlich sei, ist erheblich als Glied in der Kette des arglistigen, auf rechtswidrige Ausbeutung des Klägers gerichteten Verhaltens der Beklagten; sodann aber von selbständiger rechtlicher Bedeutung für den Anspruch des Klägers auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Einwand aus § 254 BGB.: Derjenige, der durch arglistige Täuschung einen anderen zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, kann sich nicht darauf berufen, daß dieser infolge Vertrauensseligkeit oder mangelnder Vorsicht das Opfer seiner Arglist geworden ist (RG. II. 22. 3. 07). Haftung der Gesellschaft für diese Handlungen ihrer Organe gemäß § 31 BGB., wobei allerdings gerade der Schaden nicht zu ersetzen, der durch die Beteiligung an der Gesellschaft entstanden ist (RG. **54** 218, **62** 29; vgl. auch § 30). **b)** BauersZ. **15** 228. Ist die Abtretung des Geschäftsanteils einer noch nicht eingetragenen GmbH. oder einer noch nicht eingetragenen Kapitalserhöhung der letzteren rechtswirksam? Die Frage wird bejaht: Verfügung über ein künftiges Recht unter der Bedingung der Registereintragung.

3. Abs. 3. Tragweite der Formvorschrift. a) Vgl. JDR. **6** Note 4. **b)** RG. **68** 395, JW. **08** 500, LeipzZ. **08** 781 Ziff. 35, R. **08** II Ziff. 2499. Nur die Abtretung als abstrakter Vertrag bedarf der Beurkundung, nicht das Kausalgeschäft und nicht die Bedingungen der Abtretung. Die Abtretung muß aus der Urkunde unzweideutig hervorgehen, auch wenn die Urkunde in erster Linie zur Beurkundung anderer rechtsgeschäftlicher Erklärungen, z. B. zur Feststellung des Austritts des Verkäufers, des Eintritts des Käufers gegenüber den übrigen Gesellschaftern und Einholung ihrer Genehmigung dienen soll. Ob der Abtretungswille klar zum Ausdrucke gebracht ist, ist mangels Gebrauchs des Wortes „Abtretung" Auslegungsfrage (§§ 133, 157 BGB.). **c)** Vorvertrag. Anteilsübertragung und Übertragung der Einzelrechte. **α.** Vgl. JDR. **6** Note 4b und g. β. RG. BauersZ. **15** 85. Rechtmäßigkeit einer von einem Gläubiger auf Grund eines Arrestes ausgebrachten Pfändung des dem Schuldner gehörigen Anteils, wenn der Gläubiger vorher sich mit anderen Gläubigern des Schuldners zu einer Sanierungsgemeinschaft zusammengetan hat und der Schuldner einem Treuhänder formlos den Anteil für die Gläubiger unter Übernahme der Verpflichtung übertragen hat, eine Übertragung in Form des § 15 nachzuholen: Ungültigkeit der Anteilsübertragung gemäß § 15, während eine solche der einzelnen Ansprüche auf Gewinn oder Auseinandersetzungsguthaben möglicherweise nicht ungültig ist; Gültigkeit der Gläubigergemeinschaft trotz Nichtigkeit der übrigen Vereinbarung wegen Kenntnis der Gläubiger hiervon. Gültigkeit der Pfändung wegen Zeitablaufs des Gläubigerabkommens, so daß es der Pfändung nicht mehr entgegensteht. **d)** Ansprüche bei Formmängeln. RG. BauersZ. **15** 209. Eine arglistige Verzögerung der Geltendmachung der erkannten, formwidrigen Abtretung des Anteils (wegen Formmangels der Annahme der Abtretungserklärung), wodurch der gutgläubige

Zedent an der anderweit möglichen Begebung verhindert worden ist, steht dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises entgegen (§ 826 BGB.; vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **46** 402). Ist der Geschäftsführer der GmbH. selbst der Zessionar, so genügt es zur Begründung seiner Arglist, daß er sich vermöge seiner fortdauernden Kenntnis von den Verhältnissen der Gesellschaft klar sein mußte, daß durch die unterlassene Geltendmachung der Nichtigkeit der Abtretung der Vorbesitzer außerstande war, seine Anteile unterzubringen. Der Erwerber ist zum Schadensersatze wegen Vereitelung der Veräußerungsmöglichkeit verpflichtet; Höhe des Ersatzes: nicht Wert der Anteile zur Zeit des Erkennens der unrichtigen Abtretung, sondern Rücksicht auf Absatzmöglichkeit für den entwerteten Anteil erst nach einiger Zeit.

4. Abs. 4. **RG.** JW. **08** 455, LeipzZ. **08** 542 Ziff. 36. Anstellungsvertrag mit einem technischen Direktor, der für den Fall seines Ausscheidens verpflichtet ist, seinen Gesellschaftsanteil an die Gesellschaft zurückzuübertragen: die Wahrung der Form des § 15 Abs. 4 ist, wenn der Direktor die Verpflichtung zur Rückübertragung bestreitet, von Amts wegen zu prüfen (s. zu §§ 313, 554a, 559 ZPO. im übrigen).

5. Abs. 5. Vinkulierte Anteile. a) Umgehung der Vorschrift. **RG.** II. **69** 134, JW. **08** 567, BauersZ. **16** 38, LeipzZ. **08** 775 Ziff. 13 (s. auch BGB. § 138 Ziff. II B unter 12). Eine Vereinbarung, daß der Verkäufer eines vinkulierten Anteils für den Fall der Nichtgenehmigung der Übertragung, zwar der Gesellschaft gegenüber Teilnehmer bleiben, die Gesellschafterrechte aber für den Erwerber ausüben solle, ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) nichtig, insbesondere wegen der Bindung des Stimmrechts, und hat nach § 139 auch die Nichtigkeit der an sich gültigen Verpflichtung zur Ablieferung der wirtschaftlichen Vorteile zur Folge (§ 817 BGB. kommt hinsichtlich des zurückverlangten Kaufpreises in concreto nicht in Frage). b) Zwangsvollstreckung. α. Vgl. JDR. **6** § 17 Note 9. β. OLG. **17** 312, BauersZ. **15** 229 (Hamburg). Auch ein nur mit Genehmigung der Gesellschaft veräußerlicher Geschäftsanteil kann insoweit gepfändet werden, als die sich aus ihm ergebenden Rechte zur Ausübung Dritten überlassen werden können; eine derartige Überlassungsbefugnis ist aber aus den Bestimmungen des Statuts über Vertretung in den Generalversammlungen durch Bevollmächtigte zu entnehmen. Auch eine unbeschränkte Pfändung des Anteils ist in diesem beschränkten Sinne aufrechtzuhalten. Dieses Pfandrecht geht einem späteren, mit Genehmigung der Gesellschaft erwirkten vor und gibt ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse, der bei der Versteigerung des Anteils auf Grund des zweiten Pfandrechts erzielt ist. γ. OLG. **17** 340, BauersZ. **16** 13, RheinARB. **26** 135, R. **08** II Ziff. 2882 (Cöln). Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil einer GmbH., dessen Abtretung nach dem Gesellschaftsvertrage von Genehmigung der Gesellschaft abhängig ist, ist auch trotz Mangels dieser Genehmigung zulässig; gestützt auf die Motive, § 851 Abs. 2 ZPO. (Pfändbarkeit des geschuldeten Gegenstandes), § 857 ZPO. (selbst unveräußerliche Rechte, also solche höchstpersönlichen Charakters in gewissem Umfange pfändbar).

§ 16. Abs. 3. **RG.** LeipzZ. **08** 951, R. **08** II Ziff. 2147. Gewährleistung beim Verkaufe noch nicht volleingezahlter Anteile für Rechtsmängel hinsichtlich der Haftung des Erwerbers; § 434 BGB. nicht anwendbar, da die GmbH. hier nicht Dritter ist, sondern § 437 BGB. (s. auch BGB. § 434 Ziff. 1.

§ 17. 1. Abs. 1 u. 2. a) Abtretung des Restes nach Teilung. Oppenheim, DJZ. **08** 816. Auch die Abtretung des nach mehreren Teilabtretungen übrig gebliebenen Teiles bedarf der Genehmigung der Gesellschaft,

wenn bei den früheren Abtretungen § 17 Abs. 2 verletzt ist. **b)** Teilabtretung durch einen Gesellschafter erzeugt Stimmpflicht s. § 47 Note 1c. **c)** Wer muß die Genehmigung der Gesellschaft erklären? s. § 37 Note 1. **d)** Statutarische, von § 17 Abs. 1 abweichende Vorschrift s. § 75 Note 1b.

2. Abs. 5. OLG. **16** 115, BayerZ. **15** 113, LeipzZ. **08** 796 Ziff. 4 (Braunschweig). Unzulässigkeit gleichzeitiger Übertragung mehrerer Teile von Geschäftsanteilen an einen Erwerber: unzulässig = nichtig. Statthaft gleichzeitige Übertragung eines ganzen Geschäftsanteils in Verbindung mit einem anderen Anteilsteile.

3. Abs. 6. Teilung von Anteilen ohne Veräußerung oder Vererbung. a) Zulässigkeit von Anteilscheinen. α. BayerZ. **15** 207. Die Zerlegung des Stammkapitals in Anteilsscheine à 1000 M. §§ 17 Abs. 6, 46 Ziff. 4 sind nicht anwendbar, da weder das Stammkapital noch die Stammanteile durch die Ausstellung der Scheine geteilt werden. Muster. β. OLG. **16** 115 (Braunschweig). Die äußerliche Zerlegung des Grundkapitals im voraus in Teile, über die besondere Urkunden (Anteilscheine) ausgestellt sind, ist zulässig. Für Abtretung solcher Teile ist gerichtliche oder notarielle Form erforderlich. **b)** RJA. **9** 165, BayerZ. **16** 13, ZBlFG. **9** 257, KGJ. **35 A** 175, DNotV. **08** 181, R. **08** II Ziff. 3507 (KG.). Weder der im Eigentum eines Gesellschafters stehende Geschäftsanteil noch die ihm entsprechende Stammeinlage können in mehrere rechtlich selbständige Teile zerlegt werden. Die Eintragung einer solche Teilung vornehmenden Satzungsvorschrift ist abzulehnen, da es sich um zwingende, durch die rechtliche Konstruktion und den Zweck der GmbH. bedingte Vorschriften handelt.

§ 19. 1. Aufrechnungs- (und Stundungs-) Verbot. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3, 4. **b)** BayerZ. **15** 229, ElsLothJZ. **08** 232 (Colmar). Stammeinlagen einer GmbH. können nicht Gegenstand eines Kontokorrentverkehrs zwischen ihr und einem Gesellschafter sein, mit Rücksicht auf die im Kontokorrent enthaltene Stundung und Aufrechnung, die gegen den § 19 Abs. 2 und 3 verstoßen würde. **c)** **RG.** LeipzZ. **08** 547 Ziff. 4. Unzulässigkeit der durch einen Gesellschafter erklärten Aufrechnung mit Gewinnanteilen gegen die Zinsforderung und den Anspruch der Gesellschaft auf Amortisationsbeiträge für ein von ihr aufgenommenes Darlehen in Höhe des nicht eingezahlten Stammkapitals, dessen Amortisation und Verzinsung ihr gegenüber die Gesellschafter übernommen haben (vgl. **RG. 47** 180, bes. 185).

2. Abs. 3. Sonstige Leistungen auf die Stammeinlage. **a)** **RG.** BayerZ. **15** 111, HoldheimsMSchr. **08** 48, R. **08** II Ziff. 155. Einlageschulden können dadurch bezahlt werden, daß der zahlungspflichtige Gesellschafter, der zugleich Geschäftsführer ist, mit Zustimmung des anderen Geschäftsführers einen seiner rückständigen Einlage entsprechenden Betrag aus seinem Vermögen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aufwendet, vorausgesetzt, daß die Forderungen der befriedigten Gesellschaftsgläubiger liquide und die Gesellschaft selbst solvent war. **b)** **RG. 68** 121, BayerZ. **15** 208, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 29, JW. **08** 311, R. **08** II Ziff. 1888. Aufrechnung mit dem Vergütungsanspruche für der Gesellschaft überlassene Vermögensgegenstände gegen die Verbindlichkeit zur Leistung von Stammgeldeinlagen: eine vertragsmäßige derartige Aufrechnung ist unter der Bedingung zulässig, daß die Forderung des Gesellschafters unzweifelhaft fällig und vollwertig ist, auch wenn sie im Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehen ist, vorausgesetzt, daß nur eine gemäß § 5 Abs. 4 getroffene Bestimmung ausgeführt wird.

§ 20. Verzugsfolgen. **RG.** BauersZ. **15** 112. Vertragsstrafe für Verzug mit der Zahlung einer Einlage; Schadensersatznatur hergeleitet aus § 341 Abs. 2 BGB., mithin nach §§ 4, 546 ZPO. für die Berechnung der Revisionssumme außer Ansatz zu lassen.

§ 21. 1. Abs. 1. Erfordernisse und Fristbeginn. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 3, 4. **b)** **RG.** II. 18. 9. 08, LeipzZ. **08** 857 Ziff. 25, R. **08** II Ziff. 3181. Die Nachfrist des Abs. 1 beginnt mit dem Tage, an dem der eingeschriebene Brief zur Post gegeben ist, nicht dem Tage, an dem er in die Hände des säumigen Gesellschafters gelangt. (vgl. **RG.** I. 6. 5. 05). Statutenmäßiges Recht des angeblich säumigen, zur Zahlung aufgeforderten Gesellschafters auf Auskunftserteilung über die auch an andere Säumige ergangenen Aufforderungen und Ausschluß der Zögerung mit Unwirksamkeit der Aufforderung (Nichtinlaufsetzung der Nachfrist) während der Weigerung der Auskunft nach **RG. 65** 432.

2. Verzug bei Sacheinlagen. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 1. **b)** Anwendbarkeit des gesetzlichen Kaduzierungsverfahrens. **RG. 68** 271, BauersZ. **15** 232, LeipzZ. **08** 380 Ziff. 34. Das gesetzliche Kaduzierungsverfahren der §§ 21 ff. ist bei Säumigkeit mit einer Sacheinlage nicht zulässig, selbst dann nicht, wenn an Stelle der Sacheinlage eine Verpflichtung zur Geldleistung getreten ist. Davon, daß sich die zur Deckung der Stammeinlage übernommene Leistung einer Sacheinlage bei Nichterfüllung in die Verpflichtung zur Leistung der entsprechenden Geldeinlage verwandeln könnte, darf beim Fehlen einer besonderen darauf gerichteten Vereinbarung nicht die Rede sein. **c)** Statutarisches Kaduzierungsverfahren. α. Für Zulässigkeit. KGJ. **35** A178, RJA. **9** 146, BauersZ. **16** 15, ZBlFG. **9** 243, R. **08** II Ziff. 3378 (KG.). In dem Gesellschaftsvertrage kann für den Fall der Nichterfüllung anderer Verpflichtungen als der Leistung von Kapitaleinlagen (Schlempebezug aus der Gesellschaftsbrennerei) ein Kaduzierungsverfahren oder ein diesem ähnliches Zwangsverfahren vorgesehen werden. Die Regelung dieses Verfahrens kann von derjenigen des gewöhnlichen Kaduzierungsverfahrens abweichen; jedoch darf dadurch die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals weder unmittelbar noch mittelbar gefährdet werden. Das fakultative Veräußerungsverfahren in diesem Falle untersteht den allgemeinen Regeln über die Veräußerung von Geschäftsanteilen, Haftung des bisherigen Gesellschafters und des Erwerbers richten sich nach §§ 16 Abs. 3, 22 ff. Bedenklich ist nur die Bestimmung, daß die Gesellschaft eventuell zum öffentlichen Verkaufe des Anteils unter anderweiter Festsetzung der Verpflichtungen des Käufers befugt sein soll, weil darin die unzulässige Befugnis zur Befreiung von den Stammeinlagen enthalten sein kann. Im übrigen s. § 3. β. Dagegen: αα. SchlHolstAnz. **08** 24 (Kiel). Nichterfüllung einer dem Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft auferlegten Verpflichtung zur Bierabnahme. Zurückgewiesen wird die Auffassung, daß es sich um eine Vertragsstrafe im Sinne der §§ 339, 342 BGB. handle (Ausspruch einer Rechtsfolge, nicht Festsetzung einer Leistungspflicht), oder um ein Rücktrittsrecht im Sinne § 360 BGB. (wegen § 30 GmbHG.) oder Amortisation (§ 34 GmbHG.). Die §§ 21 ff. GmbHG. sind zwingender Natur. Auch § 23 steht entgegen. ββ. BauersZ. **16** 38 f. bei § 24. (Vgl. **RG. 49**, 77 ff.)

§ 24. 1. Moses aaO., JheringsJ. **53** 423—428; ebenso BauersZ. **16** 38. Kein Umlageverfahren, wenn die von dem einen Gesellschafter zu bewirkenden Sacheinlagen ausbleiben oder entwerten.

2. Gesamthaftung bei Ungültigkeit des Beitritts eines Gesellschafters? **a)** Vgl. JDR. **6** Note 1. **b)** *Moses aaO. Im Falle

der Unwirksamkeit einer Beitrittserklärung ist § 24 analog anzuwenden (vgl. Marcus, ZBlFG. 7 512; entgegengesetzt Hachenburg, DJZ. 07 685 ff.). Dem Umstande, daß eine GmbH. im Vergleiche zu der AG. in sehr einfacher Weise gegründet werden kann und daß eine besondere Gründerverantwortlichkeit bei ihr fehlt, muß als Äquivalent die volle pekuniäre Gesellschafterverantwortlichkeit gegenüberstehen. Die Ausdehnung der Vorschrift über ihr ursprüngliches Geltungsgebiet hinaus ist unbedenklich, weil die so konstruierte Haftung eine ganz geringe Belastung der Gesellschafter im Vergleiche zu derjenigen ist, die ihnen direkt durch § 24 auferlegt ist: die Fälle der Unwirksamkeit sind sehr eingeschränkt (vgl. zu § 2 GmbHG.) und deshalb überaus leicht übersehbar.

3. BauersZ. **16** 38. Das Verfahren der §§ 21 ff. gilt nur für Bareinlagen. Für Sacheinlagen: Der Verlust ist vorzutragen und später zu verdienen, oder die Gesellschafter sind zu veranlassen, der Einlieferung eigener Geschäftsanteile und der Herabsetzung des Stammkapitals in Höhe des Ausfallbetrags zuzustimmen (s. auch § 21).

§ 26. *Fischer, Bilanzwerte 357 ff., 424 ff. Im Gegensatze zum HGB., das im § 211 mit Rücksicht auf die flottante Natur der Gesellschaftsanteile die Konstituierung von Nachschußverbindlichkeiten verbieten muß, werden diese bei den stabilen Anteilen der GmbH. zugelassen. Wegen des wirtschaftlichen Charakters der Nachschüsse s. § 2 GenG.

§ 29. Literatur: BauersZ. **15** 178, Kann im Gesellschaftsvertrage das Ruhen der Gesellschafterrechte vornehmlich des Stimm- und Dividendenrechts für einen bestimmten Fall rechtswirksam vorgesehen werden? — Das. **15** 228, Wann darf der Geschäftsführer einen Versammlungsbeschluß, wonach die Gemeindesteuern der Gesellschafter von der GmbH. zu zahlen sind, auszuführen sich weigern?

1. Entziehbarkeit des Gewinnanspruchs. **a)** BauersZ. **15** 178. Die Frage der Überschrift wird für ein Ziegelsyndikat in dem Falle bejaht, daß infolge Stilllegung des Betriebs die Lieferung der Ziegel an das Syndikat eingestellt wird, und hergeleitet aus der dispositiven Natur der §§ 29 und 45. **b)** BayRpflZ. **08** 26 (Nürnberg). Klage eines Gesellschafters, dem im Vertrag ein Anspruch auf 10 pCt. des nach Vornahme der Abschreibungen verbleibenden Reingewinns mit Rücksicht auf seine Bemühungen für das Zustandekommen des Unternehmens zugesichert ist, auf Auszahlung dieses Gewinnteils gegenüber einem Gesellschaftsbeschlusse, der die Verwendung des ganzen Gewinns zu Abschreibungen anordnet: es handelt sich um die Geltendmachung eines Sonderrechts, das dem Berechtigten ohne seine Zustimmung nicht entzogen werden darf; die Verfolgung dieses Sonderrechts hat die förmliche Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses nicht zur Voraussetzung; die Leistungsklage ist sofort zulässig. Der Sonderberechtigte kann auch durch einen dem Gesetze und den Satzungen an sich entsprechenden Beschluß in seinen Rechten nicht beeinträchtigt werden. Das Sonderrecht des Klägers ist bedingt dadurch, daß nach Vornahme von Abschreibungen ein Reingewinn verbleibt. § 162 BGB. ist anwendbar.

2. Grenzen des Gewinnanspruchs. BauersZ. **15** 228. Die Weigerung des Geschäftsführers, die Steuern der Gesellschafter zu zahlen, ist nach § 29 begründet, sofern die Steuerzahlung über den zur Verteilung gelangten Reingewinn hinaus erfolgen soll; die Steuer darf nicht vom Stammkapital entrichtet werden.

3. (Tarifst. 25 Abs. 2 PrStempStG.) Stempelrecht. **RG.** BauersZ. **15** 277, HoldheimsMSchr. **08** 181. Ein in Form einer GmbH. gegründetes Syndikatskontor einer Bank, die im alleinigen Besitz aller Geschäftsanteile ist, und dessen Aufgabe es ist, die Vertretung industrieller Verbände in

jeder Form, insbesondere als Kommissionärin, die Funktion einer Verkaufs- und Abrechnungsstelle von Kartellen zu übernehmen, ist auf den Gewinn der Teilnehmer gerichtet (voller Stempel, nicht 1,50 M.), auch wenn das Gegenteil in einem Zusatze zum Gesellschaftsvertrag erklärt ist und die GmbH. in den Einzelverträgen mit den Syndikaten zwar auf eigene Verkaufsprovision verzichtet, aber stipuliert, dem Bankverein — ihrem einzigen Gesellschafter — die eingehenden Beträge zuzuweisen und dafür eine bestimmte Bankprovision zu entrichten. Das Leugnen dieser Gewinnabsicht ist leeres, unzulässiges Spiel mit Formen.

§ 30. Literatur: BauersZ. **16** 11. Kann jemand die rückständige Einzahlung auf seinen Stammanteil und seine Heranziehung im Umlageverfahren dadurch abwenden, daß er den Erwerb des Stammanteils wegen Irrtums oder Betruges anficht?

1. Verbot der Einlagerückzahlung. a) **RG. 08** II Ziff. 1889, 1890. Versprechen der Rückzahlung einer Einlage ist nichtig (§ 30, § 134 BGB.); guter Glaube des Versprechensempfängers ist gleichgültig, außer § 31. b) **RG.** BauersZ. **15** 260, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 31. Rückzahlung der Stammeinlage: Gültigkeit des Verkaufs eines Geschäftsanteils seitens eines Teilnehmers an die anderen, wenn die Abrede getroffen ist, daß der Kaufpreis zunächst aus den Mitteln der Gesellschaft bezahlt werden soll und erst nach einer Frist von den Erwerbern an die Gesellschaft zu erstatten ist. Soweit durch diese Vereinbarung Rückzahlung der Stammeinlage bezweckt wird, ist diese ungültig, falls das reine Gesellschaftsvermögen nach Abzug aller Passiven durch die Rückzahlung das Stammkapital nicht mehr deckt. Dagegen kann der Kaufvertrag über den Anteil nach § 139 BGB. trotzdem gültig sein, wenn der Verkäufer auch ohne die Abrede der Tilgung des Preises aus Gesellschaftsmitteln den Kauf geschlossen hätte. c) Anfechtung des Anteilserwerbes wegen Irrtums oder Betrugs. α. Vgl. oben § 2 Note 2, § 15 Note 2, unten § 34. β. BauersZ. **16** 11. Die Frage der Überschrift ist bejaht für den Fall eines Kaufes des Anteils von einem früheren Gesellschafter. Die Gesellschaft kann die betrügerische Handlungsweise ihres Mitglieds nicht zu ihrem Vorteil ausnützen. Die sich als Folge der Anfechtung ergebende Nichtigkeit des Erwerbes steht auch Dritten entgegen. γ. **RG. 68** 309, BauersZ. **15** 259, LeipzZ. **08** 536 Ziff. 11 und 601 Note 36, JW. **08** 469, DJZ. **08** 762, R. **08** II Ziff. 2249. Ein auf Erwerb eines voll eingezahlten Geschäftsanteils von der Gesellschaft gerichteter Kaufvertrag kann wegen Irrtums angefochten werden. Die §§ 5, 9, 19, 30, 2 bis 12 GmbHG. bezwecken nur die Sicherung des Stammkapitals und lassen die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags als unzulässig erscheinen. Die Rückzahlung des Kaufpreises schmälert dagegen das Stammkapital nicht, da die Gesellschaft nur unter Wahrung des § 33 in den Besitz des Anteils gelangt sein kann. Nach vollzogener Anfechtung ist gemäß §§ 142, 812 BGB. der Geschäftsanteil der Gesellschaft zurückzugewähren (vgl. auch JDR. **6** § 15 Note 5). d) Umgehung des Verbots. **RG.** BauersZ. **15** 275, LeipzZ. **08** 166 Ziff. 43, 305 Ziff. 42, HoldheimsMSchr. **08** 148 u. 315, R. **08** II Ziff. 860. Selbst wenn der Verkauf eines Geschäftsanteils nur zur Verdeckung der wirklichen Parteiabsicht dient, dem Gesellschafter seine Stammeinlagen aus dem Gesellschaftsvermögen zurückzuzahlen, so verstößt diese Rückzahlung doch dann nicht gegen § 30, wenn trotzdem der nach Deckung aller Passiven bleibende Reinertrag des Gesellschaftsvermögens das Stammkapital noch deckt.

2. Abs. 2. *Fischer, Bilanzwerte 361 ff. Die durch Betriebsverluste am Nachschußkapitalkonto entstehenden Verluste brauchen im Gegensatze zum gleichen Falle des Stammkapitalkontos in Zukunft nicht durch Zurückhaltung vom Gewinne wieder ergänzt zu werden.

§ 34. **RG. 68** 271, JW. **08** 309, BauersZ. **15** 208 und 232, LeipzZ. **08** 380 Ziff. 33, DJZ. **08** 593, R. **08** II Ziff. 3329—3331. Anspruch der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter auf Herauszahlung desjenigen Betrags, den dieser als Anzahlung auf den die Sachlage übersteigenden Wert seines Einbringens erhalten hat; gestützt auf Wandelung des Illationsvertrags, Anfechtung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, Nichtigkeit wegen ursprünglicher Erfüllungsunmöglichkeit, Vertragsauflösung wegen Eintritts einer Resolutivbedingung, Rücktritt wegen Erfüllungsunmöglichkeit, Bereicherung (Rückgabe der Geschäftsanteile), Gewährleistung: mit Ausnahme des letzten Fundaments ist Voraussetzung des Anspruchs Wegfall des Illationsvertrags, dieses Ziel kann nur durch Amortisation (§ 34) erreicht werden, die aber der konkrete Vertrag nicht kennt. Daß in concreto infolge der Wertlosigkeit des Eingebrachten das Gläubigerinteresse, dessen Schutz § 34 bezweckt, durch Wegfall der Stammeinlage nicht berührt werde, ist unerheblich, da diese Schutzbestimmungen nicht nur dann Geltung haben sollen, wenn im einzelnen Falle die Möglichkeit einer Verletzung der Gläubigerinteressen gegeben ist.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. Literatur: BauersZ. **15** 273, Die Übermäßigkeit der Höhe der Vertragsstrafe und die Verpfändung des Ehrenworts kann die Nichtigkeit des ganzen Konkurrenzenthaltungsversprechens herbeiführen. — Das. 177, Jemand, der durch ein Konkurrenzverbot gebunden ist, kann dessenungeachtet Gesellschafter und Geschäftsführer einer konkurrierenden GmbH. sein. Über die Auslegung von Konkurrenzenthaltungsverträgen. — Das. 266, Die Ausübung des Jagdrechts ist den Direktoren der preuß. AG. und GmbH. auf den Eigenjagdbezirken ihrer Gesellschaften nicht gestattet (vgl. § 231 HGB. Note 2 c). — Das. 109 Der Geschäftsführer ist verpflichtet, namens der GmbH. demjenigen, der den Geschäftsanteil, sowie den Gewinnanspruch eines Gesellschafters gepfändet hat, die erforderliche Auskunft zu geben. — Das. 83, Die Rechtslage, wenn der einzige Geschäftsführer oder ein Kollektivgeschäftsführer gegen die GmbH. klagt. — Eckert, BayRpflZ. **08** 180. — Vgl. ferner die Literatur zu § 231 HGB.

1. Das Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft. **a)** Vertragsart. α. Vgl. JDR. **6** Note 1 a, **4** § 38, **2** Note 11. β. **RG.** II. 28. 1. 08, BauersZ. **15** 178, HoldheimsMSchr. **08** 147, Leipz. **08** 297 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 1067. Der Geschäftsführer hat nicht die Stellung eines Handlungsgehilfen, sondern eines Prinzipals: einfacher Dienstvertrag. § 75 Abs. 1 HGB. ist nicht anwendbar. **b)** Vergütungsanspruch. R. **08** II Ziff. 2497 (Stuttgart). Versucht einer der beiden Geschäftsführer, seine von dem anderen bestrittene Gehaltsforderung auf die Weise durchzusetzen, daß er einen von einem Dritten mit seinem Einverständnis auf die GmbH. gezogenen Wechsel in deren Namen akzeptiert, so steht der auf Bezahlung belangten Gesellschaft die Einrede der Arglist (Art. 82 WO.) zu. **c)** Konkurrenzklausel. α. Vgl. JDR. **6** Note 1 i β. β. BauersZ. **15** 273. Ein von einem Geschäftsführer gegebenes Konkurrenzenthaltungsversprechen ist wegen übermäßiger Höhe (150 000 M. für jeden Fall der Zuwiderhandlung bei nur 3600 M. Jahresgehalt) und der unangebrachten ehrenwörtlichen Verpflichtung des Geschäftsführers zum Schutze der ausschließlich finanziellen Interessen der Gesellschaft nichtig. γ. BauersZ. **15** 177. Der Satz der Überschrift wird hergeleitet aus der juristischen Persönlichkeit der GmbH.; einschränkende Auslegung derartiger Konkurrenzklauseln. **d)** Beendigung des Dienstverhältnisses vgl. JDR. **6** Note 1 c ff.; s. bei § 38.

2. Vertretungsbefugnis. **a)** Erfüllung der prozessualen Pflichten der Gesellschaft. α. Vgl. JDR. **2** Note 5. β. BauersZ. **15** 109. Der Satz der Überschrift wird gefolgert aus § 836 Abs. 1 und 3 ZPO.

und § 402 BGB. und als Inhalt der Auskunft abschriftliche Mitteilung der Gewinn- und Verlustrechnung bezeichnet. ➠ Die angezogenen Vorschriften betreffen nur die Verpflichtung des Schuldners, also hier des von der Pfändung betroffenen Gesellschafters. Die Stellung des Geschäftsführers bzw. der Gesellschaft als Drittschuldner wird durch §§ 840, 857 ZPO., § 45 GmbH. mit dem Statute bestimmt. Red. ⟵ b) Einfluß der Amtsdauer auf eine vom Geschäftsführer ausgestellte Generalvollmacht. BauersZ. **15** 110 (LG. Landsberg a. W.). Beschwerde des Generalbevollmächtigten einer GmbH., dem diese Vollmacht von einem früheren, nicht mehr im Amte befindlichen Geschäftsführer erteilt ist, gegen Ablehnung der Entgegennahme einer von ihm zu erklärenden Auflassung: eine Beschwerde der Gesellschaft liegt trotz dahin gehender Behauptung des Generalbevollmächtigten nicht vor, wenn zugestandenermaßen kein Geschäftsführer zur Zeit der Einlegung vorhanden ist; die formell zulässige Beschwerde (§ 20 FGG.) des Generalbevollmächtigten ist unbegründet, da mit Recht Zweifel an der Vertretungsmacht bestehen, weil dem sie erteilenden Geschäftsführer zwei andere gefolgt sind, und ein Geschäftsführer nicht allgemein seine gesamten oder wesentlichen Befugnisse auf einen anderen übertragen kann. §§ 171, 172, 173 BGB. gelten nur für rechtgeschäftlichen Verkehr, nicht für den Grundbuchrichter, der trotz Nichtrückgabe der Vollmachtsurkunde die Vertretungsmacht zu prüfen hat. c) Hierzu BauersZ. **15** 135, Nochmals Wirkung und Dauer einer vom Geschäftsführer ausgestellten Generalvollmacht. Zustimmend bezüglich Unübertragbarkeit der gesamten Befugnisse; zulässig ist dagegen eine Spezialvollmacht für bestimmte Rechtsgeschäfte (Prozesse, Auflassungen). Die Vollmacht ist von der Amtsdauer des sie erteilenden Geschäftsführers unabhängig.

3. Kontrahieren mit sich selbst. a) Vgl. JDR. **6** Note 5. **b)** **RG. 68** 172, JW. **08** 311, BauersZ. **15** 204, LeipzZ. **08** 380 Ziff. 35, DJZ. **08** 594. Hat der alleinige Inhaber sämtlicher Geschäftsanteile und Geschäftsführer aus seinem Nichtgesellschaftsvermögen Beträge in das Gesellschaftsgeschäft gesteckt und als Darlehen verbucht, so kann er gemäß § 181 BGB. auf diesen Vorgang Darlehnsforderungen nicht gründen (im Konkurse der Gesellschaft). Eine gesetzliche Ermächtigung zum Selbstkontrahieren besteht vorliegend nicht. Ferner kann zwar die Gesellschafterversammlung dem Geschäftsführer das Selbstkontrahieren gestatten; vorliegend läge auch in der Erteilung dieser Erlaubnis ein Selbstkontrahieren, die Erteilung der Erlaubnis und der Abschluß der Darlehen ist ein einheitliches Geschäft. Eine nachträgliche (zulässige **RG. 56** 107, **67** 51) Genehmigung der Geschäfte durch die Gesellschaft ist nicht erfolgt (s. auch BGB. § 181 zu II Ziff. 1). **c)** Eckert aaO. Der Kaufvertrag über eine dem einzigen Geschäftsführer gehörige Fabrik zwischen diesem und dem von ihm selbst bestellten Vertreter der GmbH. verstößt gegen das Verbot des § 181 BGB., selbst wenn statutenmäßiger Gegenstand des Gesellschaftsunternehmens der Erwerb und die Weiterführung der dem Geschäftsführer gehörigen Fabrik ist. Ein Beweis für die Selbstkontrahierungsbefugnis wird durch den Vertrag nicht erbracht. Auch ein Vertrag zwischen Vertreter für eigene Person und dem von ihm selbst bestellten Unterbevollmächtigten als Vertreter des ursprünglichen Vollmachtgebers fällt unter das Verbot des § 181 (Planck gegen Staudinger), weil der erste Vertreter nicht für ein ihm selbst nicht gestattetes Geschäft einen Substituten bestellen kann. Doch kann ein derartiges Geschäft durch Beschluß sämtlicher Gesellschafter dem Geschäftsführer gegenüber genehmigt werden. Der Geschäftsführer ist dann seinerseits befugt, das Geschäft auch nach außen wirksam zu genehmigen (s. auch BGB. § 181 Ziff. I 4).

4. Gesamtvertretung. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 6 und 7. **b)** Vgl.

unten § 37. c) BauersZ. **15** 83. Klage des e i n z i g e n Geschäftsführers gegen die Gesellschaft: § 57 ZPO. (vgl. § 185 ZPO., **RG. 7** 405); Klage eines der Kollektivgeschäftsführer: Klagezustellung an den anderen nach § 28 Abs. 2 BGB. zulässig; im übrigen hat die Gesellschaft für ihre ordnungsmäßige Vertretung durch Herbeiführung eines entsprechenden Beschlusses zu sorgen. Event. kann der Kläger nach § 29 BGB. selbst die Initiative ergreifen, um die Vertretung zu erreichen. **d)** BauersZ. **15** 109 (LG. Hamburg). Es kann im Statute bestimmt werden, daß die Gesellschafterversammlung darüber verfügen solle, ob die Geschäftsführer Einzel- oder Gesamtvertretungsmacht haben sollen; die Versammlung kann in diesem Falle einem der beiden Geschäftsführer Einzelvertretungsmacht, dem anderen nur Kollektivvertretungsbefugnis zusammen mit dem ersten erteilen. **e) RG.** HoldheimsMSchr. **08** 289, BauersZ. **15** 154, HessRspr. **9** 59, LeipzZ. **08** 614 Ziff. 8, JW. **08** 151, R. **08** II Ziff. 861. Ein Rechtsgeschäft, das allein durch einen von zwei nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Geschäftsführern abgeschlossen ist, kann von dem anderen Geschäftsführer wirksam auch dann genehmigt werden, wenn er nicht schon zur Zeit des Geschäftsschlusses, sondern erst im Zeitpunkte der Genehmigung Vertretungsbefugnis hatte. Die Genehmigung kann auch stillschweigend durch schlüssige, dem Vertragsgegner gegenüber vorgenommene Handlungen erfolgen, insbesondere durch Mitwirkung beim Vollzuge des Vertrags in Kenntnis seines wesentlichen Inhalts. Kenntnisnahme der Vertragsurkunde oder der den Abschluß betreffenden Schriftstücke ist nicht erforderlich, ebensowenig Kenntnis des g a n z e n Vertragsinhalts, namentlich dann, wenn dies auf einem den Handelsverkehrsgewohnheiten und den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechenden Unterlassen beruht, und der Vertragsgegner namentlich bei Verträgen von größerer Bedeutung ohne weiteres eine umfassende Kenntnis des Vertragsinhalts mit Rücksicht auf die jedem Kollektivvertreter zugleich obliegende Aufsichtspflicht hinsichtlich der geschäftlichen Tätigkeit jedes anderen Geschäftsführers anzunehmen berechtigt ist.

5. S t e l l u n g i m ö f f e n t l i c h e n R e c h t e. a) S t r a f r e c h t. α. DJZ. **08** 432 (BayObLG.). Die von mehreren Geschäftsführern einer GmbH. wegen unlauteren Wettbewerbes nach §§ 4, 12 G. vom 27. Mai 1896 erhobene Privatklage ist verspätet, wenn einer der Geschäftsführer schon länger als drei Monate vor der Antragsstellung von der Handlung Kenntnis hatte. β. BauersZ. **15** 254. Der Geschäftsführer kann nicht verlangen, daß die ihm wegen Patentverletzung auferlegte Geldstrafe von der GmbH. gezahlt wird. **b)** B a u p o l i z e i. BauersZ. **15** 135 (KG.). Der Geschäftsführer der GmbH. ist bei baupolizeilichen Übertretungen nur dann strafrechtlich verantwortlich, wenn ihn ein Verschulden trifft. An und für sich ist Entfernung vom Sitze der Gesellschaft noch kein Verschulden; Notwendigkeit der Prüfung, ob die baupolizeiliche Übertretung in seiner Abwesenheit für ihn vorhersehbar war.

6. G e s e l l s c h a f t e r a l s G e s c h ä f t s f ü h r e r. a) Vgl. JDR. **6** Note 4. **b)** Vgl. unten § 37 Note 2, § 38 Note 3 a, c, d; 4 c. **c)** ZAkt. Wes. **08** 110 (OVG.). Abzugsfähigkeit des Gehalts oder der Provision für zu Geschäftsführern bestellte Gesellschafter nur, wenn sie auf Grund privaten Dienstvertrags angestellt sind, nicht wenn sie damit eine besondere gesellschaftliche Verpflichtung neben der Kapitalanlage übernommen haben; dies ist nicht ohne weiteres schon dann anzunehmen, wenn die Bestellung zum Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist.

7. P r o k u r i s t e n. a) Vgl. JDR. **4** Note 3. **b) RG.** BauersZ. **16** 12. Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß den zu ernennenden Prokuristen die Vertretung der Gesellschaft ebenfalls zustehen soll, und ist die Leitung einer

Zweigniederlassung zwei Prokuristen übertragen, so gelten sie als satzungsgemäß bestellte besondere Vertreter im Sinne § 30 BGB. (s. auch BGB. § 30 a).

8. Beschwerderecht in Angelegenheiten der Gesellschaft. a) Vgl. JDR. **6** Note 7, 8. **b**) Vgl. oben Note 2 b.

§ 36. Haftung für unerlaubte Handlungen der Geschäftsführer. a) Vgl. JDR. **2** § 35 Note 2, **4** § 35 Note 1, **6** § 35 Literatur. **b**) **RG.** BauersZ. **15** 272, R. **08** II 2528. Die GmbH., die gewerbsmäßig Kraftfahrzeuge vertreibt, haftet einem Dritten für den Schaden, der durch einen infolge Schuld ihres Geschäftsführers herbeigeführten Unfall bei der Probefahrt eines Automobils verursacht ist, wenn der Dritte auf Einladung des Geschäftsführers an der Fahrt, die zur Prüfung der Zuverlässigkeit und Tragfähigkeit einige Tage vor der Teilnahme an einem Wettrennen stattfand, sich beteiligt hat. Vom Berufungsgericht ist festgestellt, daß ein die Haftung der GmbH. oder ihres Geschäftsführers ausschließendes Abkommen nicht vorliegt. Der Geschäftsführer hat in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung den Schaden dem Kläger zugefügt. Nach § 31 BGB. ist es unerheblich, ob zwischen der GmbH. und dem Kläger ein Vertragsverhältnis bestanden hat, ob dem Kläger durch die Mitnahme eine Gefälligkeit erwiesen werden sollte, oder zu welchem Zwecke sonst er mitgenommen ist. **c**) Durch Betrug verursachter Beitritt vgl. § 2 Note 2, § 15 Note 2, § 47 Note 1.

§ 37. 1. Gesetzliche Beschränkungen. a) OLG. **16** 115, LeipzZ. **08** 797 (Braunschweig). Abtretung von Geschäftsanteilen mit Genehmigung der Geschäftsführer (§ 17). § 37 hat nicht die gesetzlichen Beschränkungen im Auge; die Genehmigung der Gesellschaft (§ 46 Abs. 4) wird aber nach außen durch die der Geschäftsführer (§ 35) ersetzt. Fehlt die Genehmigung der Gesellschaft, so haften ihr die Geschäftsführer wegen der Genehmigungserklärung (s. auch § 17). **b**) Vgl. JDR. **6** § 17 Note 2 d.

2. Ungültige Beschränkung der Vertretungsmacht. „Unter gewissen Umständen." RJA. **9** 112, ZBlFG. **8** 719, BauersZ. **15** 256, R. **08** II 2441 (KG.). Unzulässigkeit einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, wonach jeder Geschäftsführer, sofern er zugleich Gesellschafter ist, die Gesellschaft allein vertreten kann, während anderenfalls nur Gesamtvertretung stattfinden soll; unwirksam als Vertretungsbefugnis nur „unter gewissen Umständen" im Sinne § 37 Abs. 2; Nichtersichtlichkeit der Gesellschaftereigenschaft aus dem Register; Unzulässigkeit oder Überflüssigkeit der Vorauseintragung zukünftiger Änderungen in der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Beziehung auf seine Gesellschafterstellung, da der Umstand, ob er diese hat oder nicht jedesmal besonders zur Eintragung gelangen müßte.

§ 38. Literatur: BauersZ. **15** 135, Von der Verpflichtung des erkrankten Geschäftsführers, sich von einem Vertrauensarzte der Gesellschaft untersuchen zu lassen. — Das. 257, Ein Geschäftsführer kann aus einem wichtigen Grunde, der sich vor der Anstellung ereignete, entlassen werden. — Das. 227, Die Vorschrift im Gesellschaftsvertrage, daß alle Versammlungsbeschlüsse der Einstimmigkeit bedürfen, hindert die Absetzung des widersprechenden Geschäftsführers, der gleichzeitig Gesellschafter ist. — Das. 84, Von der Rechtswirksamkeit einer bedingten Kündigung seitens des Geschäftsführers. — Das. **16** 11, Wiedereinsetzung eines entlassenen Geschäftsführers durch gerichtliches Urteil. — Das. 10, Ein Geschäftsführer geht der Rechtsansprüche aus seinem mehrjährigen Dienstvertrage verlustig, wenn er als Gesellschafter für die Auflösung der GmbH. stimmt.

1. Liegt ein Widerruf vor? **RG.** R. **08** II 864. Der Widerruf einer Bestellung zum Geschäftsführer setzt einen entsprechenden Beschluß der Gesellschafter, insofern also eine ausdrückliche Erklärung voraus, die, ohne an bestimmte Worte gebunden zu sein, den verfolgten Zweck deutlich er-

kennbar werden läßt. Die Entziehung der Leitung des Betriebs der Werke und der Fabrikation enthält nicht die ausdrückliche Erklärung des Widerrufs der Bestellung zum Geschäftsführer, sondern nur eine nach § 37 zulässige Einschränkung der Tätigkeit, das Recht zur Vertretung der Gesellschaft nach außen bleibt bestehen.

2. Anwendbarkeit des § 622 bei Lebensstellungen. **RG.** III. 9. 4. 07, BauersZ. **15** 153. Sollte nach den Anstellungsverhandlungen dem Geschäftsführer eine „Lebensstellung" gewährt werden, so ist anzunehmen, daß nicht die Kündigungsfrist des BGB. (§ 622) vereinbart ist, sondern eine solche, die es dem Dienstverpflichteten ermöglicht, sich wiederum eine entsprechende Stellung zu verschaffen; die Vereinbarung eines bestimmten Zeitmaßes ist nicht erforderlich; im Streitfalle entscheidet der Richter nach den vereinbarten Merkmalen.

3. Abs. 2. Wichtiger Grund. Recht der GmbH. a) **RG.** BauersZ. **16** 35, HoldheimsMSchr. **08** 252. Die Bestellung eines Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrage verleiht noch kein dauerndes besonderes Recht auf die Geschäftsführung; die Gesellschaft kann jederzeit die Vertragsbestimmung über das Vorhandensein dreier Geschäftsführer abändern. Sollen nach dem Abänderungsbeschlusse nur noch zwei vorhanden sein, so kann die Gesellschaft einen ihr beliebigen wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes abberufen, ohne Treu und Glauben zu verletzen. Auch in der das Gesellschaftsinteresse gefährdenden Uneinigkeit der drei Geschäftsführer liegt ein solcher wichtiger Grund. Es ist nicht nötig, daß dieser Grund in der Person des Abberufenen oder in seinem Verschulden liegt. b) BauersZ. **15** 135. Die Frage der Überschrift wird verneint. Die Weigerung des Geschäftsführers ist kein Entlassungsgrund. c) **RG.** LeipzZ. **08** 166 Ziff. 44, R. **08** II Ziff. 862. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, wonach den in ihm bestellten Geschäftsführern der Anspruch auf Konventionalstrafe zusteht, wenn ihre Bestellung ohne ihre Zustimmung ohne wichtige Gründe widerrufen wird, geht nicht über die für die Zulässigkeit (der Beschränkung) des Widerrufs im § 38 Abs. 2 gezogene Schranke hinaus, auch wenn die Bestimmung dahin zu verstehen sein sollte, daß der Geschäftsführer ein Recht auf Wiedereinsetzung in sein Amt nicht haben sollte. d) BauersZ. **15** 227. Die Vorschrift im Gesellschaftsvertrage, daß alle Versammlungsbeschlüsse der Einstimmigkeit bedürfen, hindert die Absetzung des widersprechenden Geschäftsführers, der gleichzeitig Gesellschafter ist. Er ist befugt mitzustimmen (RG.); § 47 Abs. 4 liegt nicht vor. Abhilfe nach § 61. Anders, wenn der Aufsichtsrat zur Entlassung berechtigt ist.

4. Kündigung durch den Geschäftsführer. a) Vgl. JDR. **6** § 35 Note d ff. b) BauersZ. **15** 84. Gültigkeit einer der Kündigung beigefügten Voraussetzung, wenn sie von dem Kündigenden selbst hinzugefügt ist und ihre Erfüllung ausschließlich von der gekündigten Gesellschaft, vertreten durch die beiden einzigen Gesellschafter, abhängig gemacht ist. Einverständnis der Gesellschaft(er) mit der Kündigung durch stillschweigende Ablehnung der Erfüllung des der Kündigung zugesetzten Wunsches. c) OLG. **16** 118, BauersZ. **15** 155 (Frankfurt). Die Ausübung des Geschäftsführeramts kann als gesellschaftliche Verpflichtung auferlegt werden, doch folgt dies noch nicht ohne weiteres daraus, daß die Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag erfolgt ist, besonders dann, wenn die einzelnen Rechte und Pflichten in einem besonderen Vertrage festgesetzt sind, wenn die Dauer der Tätigkeit des Geschäftsführers auf 5 Jahre — die der Gesellschaft unbeschränkt sein soll. In einer übermäßigen Beschränkung der Amtstätigkeit des Geschäftsführers liegt für ihn ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung seines Dienstvertrags.

5. Ausführung des Entlassungsbeschlusses. Abstandnahme. **RG.** VI. 14. 5. 08, **68** 381, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 35, R. **08** II Ziff.

2411, 2412. Ein die Entlassung eines Geschäftsführers aussprechender Beschluß ist zunächst nur ein innerer Vorgang. Zur Ausführung des Beschlusses ist eine von berechtigter Seite gegenüber dem Geschäftsführer abzugebende, rechtsgeschäftliche Erklärung erforderlich. Erfolgt eine solche Erklärung nicht, wird seitens der Gesellschafter im Einverständnisse mit dem Geschäftsführer von der Ausführung Abstand genommen, so bleibt der Beschluß ohne Wirksamkeit. Ist er noch nicht zum Register angemeldet und eingetragen, so ist eine Eintragung über den Fortbestand der Vertretungsmacht nicht erforderlich.

6. Wiedereinsetzung eines entlassenen Geschäftsführers durch gerichtliches Urteil. BauersZ. **16** 11. Ist der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, so kann er gegen den das Gesetz oder das Statut verletzenden Beschluß Klage zur Feststellung seiner Ungültigkeit erheben. Ebenso im Falle des § 38 Abs. 2.

7. Die Aufhebung einer den Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer im Sinne § 38 Abs. 2 einschränkenden Bestimmung des Statuts. **RG.** SächsRpflA. **08** 294, BauersZ. **15** 258, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 32. Sie ist ohne Zustimmung des geschäftsführenden Gesellschafters unwirksam, wenn ihm ein ohne wichtigen Grund unentziehbares Sonderrecht auf die Geschäftsführung verliehen werden sollte: Dies wird im Wege der Auslegung bejaht insbesondere auf Grund von statutarischen Vorschriften entsprechend § 15 letzter Absatz und Konkurrenzklauseln für die Gesellschafter.

8. Österreichisches Recht. a) HoldheimsMSchr. **08** 260 (OLG. Prag). Unzulässigkeit einer lebenslänglichen Bestellung ohne Widerrufsrecht. b) Dagegen ObGH. 14. 4. 08, ebenda 263.

§ 41. 1. Geschäftsbücher. **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **08** 420. Über die Zahl und Art der hiernach erforderlichen Geschäftsbücher, sowie über ein bestimmtes Buchführungssystem ist ebensowenig wie für den Einzelkaufmann und andere Handelsgesellschaften im Gesetz etwas vorgeschrieben. Die aus dem Fehlen eines Hauptbuchs und dem Mangel der Anlage einzelner bestimmter Konti in den geführten Büchern getroffene Schlußfeststellung, die Handelsbücher seien so unordentlich geführt, daß sie keinen Überblick über den Vermögenszustand der Gesellschaft gewährten, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Eröffnungsbilanz. a) Vgl. JDR. **2** Note 1 und oben § 239 HGB. b) **RG.** (Strafs.) 25. 6. 08, SeuffBl. **08** 901. (Der letzte Satz auch R. **08** II Ziff. 2765.) Eine genügende Eröffnungsbilanz liegt nicht vor, wenn die Geschäftsführer bei Gründung der Gesellschaft eine Bilanz nicht neu aufstellen, sondern nur eine frühere benutzen, die die Einlagen der Gesellschafter nicht enthält; es ist nicht ausreichend, daß die Kapitaleinzahlungen aus dem Einzahlungskonto hätten ersehen werden können. Die Buchführungspflicht jedes Geschäftsführers ist von der statutarischen oder durch Beschluß der Gesellschaftsorgane festgesetzten Geschäfts- und Arbeitseinteilung unabhängig.

§ 42. Literatur: BauersZ. **15** 270. Die Führung des Vermögens der Zweigniederlassung in den Bilanzen der AG. und GmbH. (s. § 261 HGB. Note 2a).

1. Ziff. 3 u. 4. Wegen des Fehlers, die Ziffer des Einlagekapitalkontos zu identifizieren mit der Ziffer des satzungsgemäßen Einlagevermögens s. *Fischer zu § 261 Ziff. 5 HGB.

2. BauersZ. **15** 206. Die nachträglich erwiesene Unrichtigkeit einer (den gesetzlichen Vorschriften gemäß aufgestellten und genehmigten) Bilanz infolge Entwertung kann die Tantieme des Geschäftsführers und des Aufsichtsrats bei der GmbH. (oder AG.) nicht schmälern (vgl. § 73 GenG.).

§ 43. Umfang der Sorgfalt des Geschäftsführers. **RG.** BauersZ. **15** 273, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 33, R. **08** II Ziff. 1891. Der Geschäftsführer einer Steinbruchsgesellschaft haftet wegen ungenügender Beaufsichtigung eines mit der Auszahlung von Löhnen beauftragten Angestellten, wenn dieser das Quantum der gebrochenen Steine stets höher angibt und das Mehr an Lohn in seine Tasche steckt, insbesondere da der Geschäftsführer trotz eines näher erörterten, den Angestellten als unzuverlässig kennzeichnenden Vorkommnisses ihn nicht schärfer überwacht hat, nicht in angemessenen, nicht zu lange bemessenen Zwischenräumen an Ort und Stelle den Lagerbestand der Steine kontrolliert hat; die auch durch den Mangel an jeglicher Sicherheitsleistung um so mehr gebotene Kontrolle hätte der Geschäftsführer bei Zeitmangel durch eine zuverlässige Vertrauensperson vornehmen lassen sollen. Er hat auch die Lagerbestände nicht einmal geprüft, bevor er sie in das alljährliche Inventar aufnahm, sonst hätte er das Fehlen derartiger Mengen bemerken müssen.

§ 46. Literatur: BauersZ. **15** 274, Haftung des mit Überwachung der Geschäftsführung beauftragten Gesellschafters, weil er die Unredlichkeiten derselben verheimlichte.

1. Ziff. 1. Reingewinnverteilung. Über das wirkliche Gewinnbestimmungsrecht vgl. *Fischer zu § 271 Ziff. 4 HGB.

2. Ziff. 5. Bestellung von Geschäftsführern. **RG.** BauersZ. **16** 36, LeipzZ. **08** 601 Ziff. 35, HoldheimsMSchr. **08** 235. Die Festsetzung der Zahl der Geschäftsführer gehört nach § 3 GmbHG. nicht zu den wesentlichen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrags: fehlt sie, so gelten für die Bestimmung der Zahl §§ 45 Abs. 2, 46 Nr. 5, 47; ist sie im Vertrag enthalten, so erfolgt eine Änderung nach § 53. Fehlt im Vertrage zwar eine ausdrückliche Bestimmung über die Zahl, sind aber darin 3 Geschäftsführer ernannt und ergibt sich aus dem Zusammenhange der die Geschäftsführer betreffenden Vorschriften, daß auf die Dreizahl Gewicht gelegt ist — Verteilung der Leitung, Zeichnungsrecht — so kann der Beirat nicht einen vierten bestellen. Nur die Gesellschafter können in dieser Beziehung das Statut abändern.

3. Ziff. 6 und 8. Regreß wegen mangelnder Sorgfalt bei Überwachung der Geschäftsführung. BauersZ. **15** 274. Ein mit der Überwachung des Geschäftsführers, der Prüfung der Kassa- und Warenbestände sowie der Bücherrevision betrauter Gesellschafter haftet für einen durch Unredlichkeiten des Geschäftsführers verursachten Schaden, den dieser zwar erst verübt, als bereits ein anderer Gesellschafter mit jener Überwachung betraut ist, wenn aber bereits während der Aufsichtsführung des ersten zweimal Unredlichkeiten des Geschäftsführers entdeckt worden sind, die dieser durch Darlehen auch von seiten des damaligen aufsichtsführenden Gesellschafters selbst deckte, ohne daß den anderen Gesellschaftern Mitteilung gemacht wurde. Ursächlicher Zusammenhang zwischen diesem schuldhaften Verhalten des ersten Gesellschafters und dem Schaden ist zu bejahen, ein Rückgriffsrecht allerdings gegen den nach ihm mit der Revision beauftragten Gesellschafter anzuerkennen.

§ 47. Literatur: Hachenburg, LeipzZ. **08** 645 ff. IV. Auflösungsfragen. A. Die Verpflichtung zur Mitwirkung bei dem Beschlusse der Auflösung.

1. Verträge über die Abstimmung. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. **b)** *Hachenburg aaO. Gültig ist eine Vereinbarung der Gesellschafter, in einem verabredeten Sinne zu stimmen, z. B. bei Eintreten eines Ereignisses die Auflösung zu beschließen. Nur insoweit eine solche Abrede gegen die guten Sitten verstößt, ist sie nichtig. Dies kann bei Vereinbarung über die Wahl als Geschäftsführer oder Aufsichtsrat der Fall sein, muß es aber nicht. Wie aus einer Abrede, so kann auch aus dem Gesetz eine Verpflichtung zur Abstimmung

gegenüber einem Gesellschafter entstehen. So bei vom Vorvertrag abweichender Gründung oder wenn ein Gesellschafter durch Betrug von den anderen Gesellschaftern zum Beitritt bestimmt war, ohne daß hieraus ein wichtiger Grund, die Auflösung gegenüber der Gesellschaft zu fordern, liegt. c) **RG.** BauersZ. **15** 179. Tritt ein Gesellschafter einen Teil seines Anteils an einen anderen ab, so ist es seine Pflicht, bei der gemäß § 17 stattfindenden Beschlußfassung der Gesellschafter für die Erteilung der Genehmigung zu stimmen, statt sich der Abstimmung zu enthalten, und er haftet auf Schadensersatz in Höhe des Wertes des zedierten Anteils, wenn infolge seiner Stimmenthaltung die für die Genehmigung erforderliche Majorität nicht zustande kommt (abgesehen von § 433 BGB.). d) **RG.** I. 6./18. 11. 07, BauersZ. **15** 179, R. **08** II Ziff. 863. Arglist eines zur Mitverwaltung berechtigten Gesellschafters bei der Abstimmung in der Absicht, einen Mitgesellschafter zu schädigen, verletzt keine Vertragspflicht diesem gegenüber, sondern erzeugt nur eine außervertragliche Schadenshaftung nach allgemeinen Regeln. e) Ausübung des Stimmrechts für den Käufer bei Nichtgenehmigung der Übertragung s. § 15 Note 5.

2. Ausschaltung der Kompetenz der Gesellschafterversammlung. Österr. Recht. HoldheimsMSchr. **08** 260 (OLG. Prag). Soweit im Gesetz eine Beschlußfassung durch die Gesellschafter vorgeschrieben ist, kann das Statut diese Angelegenheiten der Gesellschafterversammlung nicht entziehen (z. B. § 53 deutschen Gesetzes).

3. Ausschluß des Stimmrechts. a) Vgl. JDR. **6** Note 2. DJZ. **08** 800 (Cöln). Der Gesellschafter darf über die Festsetzung seiner Bezüge als Geschäftsführer mit abstimmen. b) BauersZ. **16** 45, LeipzZ. **08** 633 (Dresden). § 47 Abs. 4 bezieht sich nicht auf solche Beschlüsse, welche die innere Ordnung der Gesellschaft und insbesondere die Wahl oder die Abberufung von Gesellschaftsorganen zum Gegenstande haben. Die Vereinbarung der Gesellschafter, ihre Tätigkeit als Geschäftsführer bis zur Entscheidung über die Gültigkeit ihrer Abberufung auszusetzen, zwingt das Registergericht nicht, gemäß § 127 FGG. die Eintragung der Abberufung bis zum Erlaß eines Urteils des Prozeßgerichts auszusetzen, wenn es die Abberufung für rechtswirksam hält.

4. Sonderrechte s. § 53.

5. Stimmrecht bei Kapitalserhöhung vor deren Eintragung s. § 57.

§ 51. Einberufung der Versammlung. BauersZ. **15** 156 (KG.). Nicht form- und nicht fristgerechte Ladung eines Gesellschafters: Heilung des Mangels durch Erscheinen dieses Gesellschafters in der Generalversammlung trotz Abstimmungsenthaltung. Ein anderer gehörig geladener Gesellschafter kann wegen dieses Mangels der Abhaltung der Versammlung nicht widersprechen.

§ 52. Literatur: BauersZ. **15** 136, Der Aufsichtsrat ist nicht schon deswegen zur Kündigung des Geschäftsführers befugt, weil er in Gemäßheit des § 247 HGB. zur Vertretung der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit dem Geschäftsführer zuständig ist.

1. Befugnisse des Aufsichtsrats. BauersZ. **15** 136. § 247 HGB., § 52 GmbHG. gilt nicht gegenüber abweichender Statutbestimmung, durch die der Gesellschafterversammlung das Entlassungsrecht zugeteilt ist. Einverständnis der Gesellschafter mit dem Vorgehen des Aufsichtsrats ersetzt nicht den Gesellschafterbeschluß (§ 48). Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht nach § 247 HGB. analog § 37 Abs. 2 GmbHG. besteht im Verhältnisse der Organe zueinander nicht. Ein nachträglicher, § 48 entsprechender Beschluß hat keine rückwirkende Kraft.

2. Abschaffung des Aufsichtsrats. a) Vgl. JDR. **6** Note 3. b) OLG. **16** 120, BauersZ. **15** 156 (KG.). Der eingesetzte Aufsichtsrat kann nur

durch einstimmigen Beschluß aufgehoben werden, arg. § 52 mit § 243 Abs. 2 HGB.; auch nach dem Statut ist der Aufsichtsrat als dauernde Organisation gedacht (alljährliche Festsetzung der Vergütung, Widerruflichkeit der Bestellung zum Aufsichtsratsmitgliede nur bei wichtigen Gründen).

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. 1. Grenzen der Zulässigkeit einfacher Statutenänderung gegenüber Sonderrechten. a) Die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile. α. Vgl. JDR. **6** § 15 Note 1. β. **RG. 68** 210, BayerZ. **15** 230, LeipzZ. **08** 450 Ziff. 30, JW. **08** 407, R. **08** II Ziff. 2118. Soweit nicht das Statut ausdrücklich eine Beschränkung vorsieht, als Sonderrecht des Gesellschafters (Befugnis eines Mitglieds ausschließlich zu seinem eigenen Nutzen) grundsätzlich unentziehbar. Anders dagegen die sog. Individual- oder Vertretungsrechte (Recht, sich in Angelegenheiten der Gesellschaft als Organ zu betätigen), deren Unabänderlichkeit im Einzelfalle zu prüfen ist. Andere Terminologie Staub-Hachenburg § 45 Anm. 40, § 50 Anm. 4, 5. Das Statut hätte, um eine die Veräußerung beschränkende Statutenänderung zuzulassen, bestimmen müssen, daß die Generalversammlung mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit für Veräußerungen der Anteile an Nichtgesellschafter den Genehmigungszwang einführen könne, oder allgemein, daß die Veräußerlichkeit einer Erschwerung durch Mehrheitsbeschluß unterworfen sei. **b) RG.** I. 4. 4. 08, JW. **08** 407, LeipzZ. **08** 542 Ziff. 37, R. **08** II Ziff. 2250, 2251. Das Minoritätsrecht des § 50 Abs. 1 kann auch durch Statutenänderung entzogen werden (§ 45 Abs. 2). Kein Gesellschafter braucht sich eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gefallen zu lassen, welche nicht eine alle Mitglieder gleichmäßig treffende Schmälerung seiner allgemeinen Mitgliederrechte zum Gegenstande hat; aber bei der Frage, wann die Gleichberechtigung verletzt ist, muß von den rein zufälligen Verhältnissen der Gesellschaft und der Gesellschafter abstrahiert werden. **c)** Besonderer Gewinnanspruch s. oben § 29 Note 1 b. **d)** Geschäftsführungsrecht s. oben § 38 Note 7 und JDR. **6** § 35 Note 4. **e)** Verlängerung der Vertragsdauer s. unten § 60.

2. Österreichisches Recht. HoldheimsMSchr. **08** 260 (262) (OLG. Prag). Das Verbot einer Statutenänderung ist unzulässig.

3. Auflösungsbeschluß vor Ablauf der statutarisch bestimmten Zeit keine Statutenänderung s. Wimpfheimer § 274 Ziff. 1 HGB.

§§ 55, 57. Die Erhöhung des Stammkapitals. SeuffBl. **08** 587, RJA. **9** 172, KGJ. **35** 186, BayerZ. **16** 47, ZBlFG. **9** 262, R. **08** II Ziff. 3509 und 1676 (KG.). Sie kann nur durch Schaffung neuer, selbständiger Anteile, aber nicht durch Erhöhung der vorhandenen erfolgen. Die Eintragung eines solchen Beschlusses ist unzulässig.

§§ 57, 54. Abs. 2. Verbot der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses durch einstweilige Verfügung. Prozeß- und Registerrichter. SächsOLG. **29** 184, BayerZ. **15** 138 (Dresden). Eine einstweilige Verfügung auf Antrag des Übernehmers von Stammeinlagen, der wegen mangelnder Eintragung des Erhöhungsbeschlusses zu der weiteren Abstimmung über erneute Erhöhung des Stammkapitals noch nicht zugezogen worden ist, durch die der GmbH. die Anmeldung des zweiten Beschlusses zum Register verboten werden soll, ist unstatthaft; die Entschließung über die Eintragbarkeit steht dem Registerrichter zu, bei dem die Einwände anzubringen sind.

§ 58. Ziff. 4. Sicherstellung bestrittener Forderungen. Die Entscheidung des KG. (JDR. **6** § 58, RJA. **9** 37) findet sich auch KGJ. **34** A 172, BayerZ. **15** 84, R. **08** II Ziff. 242.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. 1. Ziff. 1. Verlängerung der auf bestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) **RG.** BayerZ. **16** 39, LeipzZ. **08** 857 Ziff. 24, HoldheimsMSchr. **08** 253, R. **08** II Ziff. 2498. Ist die Dauer der Gesellschaft (Ziegeleikonvention) auf bestimmte Zeit bestimmt, so ist der Beschluß über ihre Verlängerung in der Regel lediglich eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter ist dagegen dann erforderlich, wenn durch eine solche Verlängerung ein den einzelnen Gesellschaftern nicht entziehbares Recht verletzt wird: sonst ist der Beschluß unwirksam. § 3 Abs. 2 steht nicht entgegen, wenn sich diese Unentziehbarkeit nur aus dem Zusammenhalte des Statuts mit einem in ihm angezogenen weiteren Vertrag ergibt. Unterschied von Löschung der Firma und Eintragung der Auflösung; Verurteilung zur Vornahme der Eintragung der Auflösung (§ 894 ZPO.) zulässig. c) Ebenso OLG. **16** 122, BayerZ. **15** 157 (Hamburg) mit näherer Darlegung über das Verhältnis des eigentlichen Syndikatsvertrags zum Statute des Verkaufsorgans (GmbH.)

2. Ziff. 2. Verlegung in das Ausland. a) Vgl. JDR. **6** Note 4. b) OLG. **16** 121, BayerZ. **15** 159, LeipzZ. **08** 253 Ziff. 10 (Hamburg). Der Beschluß, den Sitz der Gesellschaft ins Ausland zu verlegen, ist gleichwertig dem Beschlusse der Auflösung und hat die Liquidation zur Folge. Erst mit deren Beendigung erlischt die Parteifähigkeit.

3. *Wimpfheimer, Liquidation 124 f. Die aufgelöste Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht mehr in das Werbestadium zurückverwandelt werden.

§ 61. Literatur: Hachenburg, LeipzZ. **08** 647 ff. B. Der Anspruch auf Auflösung aus wichtiger Ursache.

1. Wichtiger in den Verhältnissen der Gesellschaft liegender Grund. a) *Hachenburg aaO. 649, 650. Das Verlangen des Gesetzes, daß die wichtige Ursache zur Auflösung in den Verhältnissen der Gesellschaft liegen müsse, darf nicht in dem engen Sinne genommen werden, daß darunter nur die rechtliche oder wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gemeint sei. Auch das persönliche Verhalten der Gesellschafter zueinander genügt, sobald es auf die Verhältnisse der Gesellschaft zurückwirkt. Es kann daher auch die Tatsache, daß der eine Gesellschafter durch Betrug zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrags bestimmt wurde, erheblich werden. Diese Auflösung ist nicht an die Anfechtungsfrist des § 124 BGB. gebunden. b) R. **08** II Ziff. 2252 (Frankfurt). Wenn bei einer aus einem Kapitalisten, einem Techniker, einem Kaufmanne gebildeten Gesellschaft die beiden letzten — zugleich Geschäftsführer — ausscheiden und neue Konkurrenzunternehmen gründen. c) **RG.** II. 8. 5. 08, LeipzZ. **08** 542 Ziff. 38. Zweijähriger Nichtvertrieb eines patentierten Mehles, dessen Herstellung, Alleinverkauf und Vertrieb Gegenstand des Unternehmens ist, falls keine Hoffnung auf Absatzfähigkeit in absehbarer Zeit besteht. Unerheblich ist eine angebliche Verbesserung der Erfindung, da diese neue Erfindung nicht den Gegenstand des Gesellschaftsvertrags bildet.

2. Gehört der Anspruch auf Auflösung zur Konkursmasse des Gesellschafters? a) OLG. **16** 116, SeuffBl. **08** 340, R. **08** II Ziff. 618 (Hamburg). Ein gemäß § 61 erhobener Prozeß gegen die

Gesellschaft wird durch das Konkursverfahren über das Vermögen des klagenden Gesellschafters unterbrochen, weil das Verfahren die Konkursmasse betrifft; denn der Anteil gehört zur Masse, selbst wenn er von Gläubigern bereits gepfändet ist (§ 857 ZPO.). Vorliegendenfalls ist auch die statutenmäßig erforderliche Veräußerungsgenehmigung der anderen Gesellschafter erteilt, so daß mit der Vollstreckungsfähigkeit (§§ 857, 851 ZPO.) auch die Konkursfähigkeit des Anteils gegeben ist: denn sie haben sich gelegentlich einer anderweiten Pfändung des Anteils mit der Zwangsversteigerung, also der Veräußerung an jedermann und schlechthin einverstanden erklärt. **b)** **RG.** HansGZ. **08** Beibl. 57, JW. **09** 27 (das unter a mitgeteilte Urteil des OLG. Hamburg bestätigend). Das Recht, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen (§ 61), kann als zur Konkursmasse gehörig auch vom Verwalter im Konkurse des Gesellschafters ausgeübt werden, soweit die Gesellschaftsanteile unbeschränkt veräußerlich sind. Die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 5 beschränkt sich nur auf freiwillige Veräußerungen; die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung darf auch durch den Gesellschaftsvertrag nicht beschränkt werden; der Zwangsvollstreckung steht das Konkursverfahren gleich. Eine dem Gesellschafter nach Ausbruch seines Konkurses nur persönlich zugestellte Berufung ist gemäß §§ 240, 249 ZPO. unzulässig.

§§ 64 (84). 1. Der Bilanzbegriff des § 64. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** **RG.** (Strafs.) **37** 26, BauersZ. **15** 258. Er wird erfüllt durch eine zu welchem Zwecke, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form auch immer erfolgte Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva, die den Vermögensstand der Gesellschaft zur Anschauung bringen; also auch durch eine Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven in einem Rundschreiben an den Gläubiger. Ergibt sich hieraus die Überschuldung, so steht den Geschäftsführern nicht auch noch eine Frist zur Abwendung des Konkurses mittels Anbahnung eines außergerichtlichen Vergleichs offen.

2. Haftung des Konkurs anmeldenden Geschäftsführers für Gebühren und Auslagen. LeipzZ. **08** 879 Ziff. 2 (LG. Hamburg). Der Konkurs anmeldende Geschäftsführer ist persönlich Schuldner des Gebühren- und Auslagenvorschusses, wenn er nicht zum Ausdrucke bringt, daß er den Antrag im Namen der GmbH. stelle, insbes. wenn er auf § 64 Bezug nimmt, um sich vor den angedrohten Nachteilen zu schützen. (Der Einsender OLGRat Ritter betont seine abweichende Ansicht.)

§ 66. Literatur: Marcus, Zur Frage betr. die Berufung der Liquidatoren der aufgelösten GmbH., HoldheimsMSchr. **08** 27.

1. Marcus aaO. Die für die Liquidatorenberufung maßgebende Satzung kann nicht durch Gesellschafterbeschluß nach Auflösung geändert werden. Der Registerrichter hat zu prüfen, ob die Liquidatoren nach der gesetzlich geordneten Reihenfolge berufen sind. Das Minderheitsrecht Abs. 2 § 66 kann nicht erweitert werden. Mit der gerichtlichen Bestellung (nicht Eintragung) wird die Funktion der bisherigen Liquidatoren beendet.

2. Das Verfahren im Falle des Abs. 3. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** OLG. **16** 196, SeuffA. **63** 46 f., BauersZ. **15** 88 u. 159 (Dresden). Die gerichtliche Ernennung und Abberufung des Liquidators kann nur im Wege des Beschlußverfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 148, 145 FGG.) erfolgen. Die Bestimmungen der ZPO. über einstweilige Verfügungen sind nicht anwendbar (vgl. SächsAnn. **23** 559, JW. **01** 754).

§ 67. Was ist nach beendigter Liquidation anzumelden? KGJ. **35** A 189, PosMSchr. **08** 36, BauersZ. **16** 18 (KG.). Das Erlöschen der Firma nach durchgeführter Liquidation der Gesellschaft ist wegen Anwendbarkeit

der allgemeinen handelsrechtlichen Vorschriften zum Handelsregister anzumelden (§ 31 HGB.). Daneben bedarf es nicht noch der Anmeldung der Beendigung der Vertretungsbefugnis der Liquidatoren, da die Firmenlöschung diejenige ihrer Vertretungsbefugnis in sich begreift.

§ 69. Anwendbarkeit der Vorschriften des dritten Abschnitts. (§§ 35 ff.) Rechtsstellung der Liquidatoren. BauersZ. **15** 88 (Düsseldorf). Für die Klage auf Zahlung des dem Liquidator zustehenden Honorars ist das ordentliche, nicht das Kaufmannsgericht zuständig. Der Liquidator ist Prinzipal, nicht Handlungsgehilfe, selbst bei sechswöchiger Kündigungsfrist und trotz seines Amtes als Gehilfenbeisitzer im KfmG. (vgl. § 35 Note 1 a).

§ 74. Literatur: Marcus, Über die Voraussetzungen der Wiedereröffnung der Liqidation einer GmbH., nachdem die Beendigung der Liquidation und Erlöschen eingetragen ist, HoldheimsMSchr. **08** 27.

Wiedereröffnung der Liquidation. **a)** Vgl. JDR. **6** § 67. **b)** Marcus aaO. Anwendbarkeit des im § 302 Abs. 4 ausgesprochenen Prinzips. Der Antragsteller hat darzutun: Vorhandensein verteilbarer Aktiven, zur Liquidation bereite Mittel, Beschaffung der zur Übernahme des Amtes bereiten Person, keine Heranziehung des früheren Gesellschafters oder Liquidators, § 66 ist unanwendbar. Antragsstellung eines Gläubigers zwecks Einklagung einer nicht angemeldeten Forderung genügt nicht.

§ 75. Literatur: Marcus, Wer ist als Beteiligter im richterlichen Amtsverfahren auf Löschung bei einer GmbH. anzusehen? HoldheimsMSchr. **08** 187.

1. Verhältnis zu den Nichtigkeitsvorschriften des BG.B **a)** § 125 BGB. (Mängel des § 2 GmbHG.). α. Vgl. JDR. **2** Note 2 und 3. β. *Moses, JheringsJ. **53** 422 f. Die Anwendung des § 125 BGB. auf das Rechtsgeschäft der Gesellschaftsgründung ist zwar durch § 75 GmbHG. ausgeschlossen (Staub-Hachenburg Anm. 50 zu § 2; entgegengesetzt **RG. 54** 422). Aber der § 125, der so für die Gründung als Ganzes außer Kraft gesetzt ist, bleibt in vollem Maße bestehen für jede einzelne Beitrittserklärung. Wenn und insoweit daher der Mangel der Form sich auf alle Beitrittserklärungen oder auf alle außer einer bezieht, ist die Nichtigkeit der Gesellschaft gegeben. **b)** § 139 BGB. **RG.** BauersZ. **15** 210, LeipzZ. **08** 546 Ziff. 3, HoldheimsMSchr. **08** 130, JW. **08** 310, DJZ. **08** 593. Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, daß Teile eines Geschäftsanteils ohne Genehmigung der Gesellschaft an Dritte veräußert werden können, hat nicht die Folge, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werden kann. § 75 ist eine dem § 139 BGB. vorgehende lex specialis. **RG. 54** 418 (zu §§ 2, 75 GmbHG.) paßt nicht (s. § 139 BGB. Ziff. II 4).

2. Beteiligte bei der Offiziallöschung. Marcus aaO. (gegen Staub, Dorner, Neukamp). Die Gesellschaft selbst, die Gesellschafter, der Aufsichtsrat, die Handelskammer; nicht Gläubiger.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78. Anmeldungsinhalt. RJA. **9** 172, KGJ. **35** 186, R. **08** II Ziff. 3509 (KG.). Die Anmeldungen müssen auf bestimmte Eintragungen gerichtet und mit den vorgeschriebenen Unterlagen versehen sein. Es ist unstatthaft, Beschlüsse der Gesellschaft einzureichen, und dem Registergericht es überlassen zu wollen, das zur Eintragung Geeignete herauszusuchen.

§ 80. Literatur: BauersZ. **15** 250, Die Bilanz und die Reserven bei Umwandlung der AG. in eine GmbH.

1. BauersZ. aaO. § 80 Abs. 3 nötigt nicht unter allen Umständen zu einer Wertberechnung des Anteils am Vermögen der AG., so nicht bei Beibehaltung

der Buchwerte der AG. und Fortführung der Reserven durch die GmbH. Es ist auch nicht verboten, die über das Grundkapital hinaus vorhandenen Reserven unter die Aktionäre zu verteilen. Die sich bei der GmbH. beteiligenden Aktionäre sind befugt, die auf sie entfallenden Reservebeträge zur Erfüllung ihrer Einlageverpflichtung und Beseitignng der infolge Nichtbeteiligung von Aktionären sich ergebenden Differenz zwischen 3/4 und dem vollen Grundkapitale (Abs. 3 und 2 § 80) zu verwenden. Die sich an der Umwandlung nicht beteiligenden Aktionäre können Herauszahlung auch ihres Reservefondsanteils beanspruchen.

2. Vgl. JDR. **2** Note 1 und 2.

§ 82. Ziff. 1. 1. Falsche Versicherung von Gesellschaftern (Nichtgeschäftsführer) strafbar? a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) **RG.** (Straff.) **40** 191, SächsRpflA. **08** 22. Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, gleichwohl aber die Gesellschaft zur Eintragung anmelden, und eine § 8 Abs. 2 entsprechende, aber wissentlich falsche Versicherung abgeben, können trotz des Wortlauts nach § 82 Ziff. 1 als Täter nicht bestraft werden; die Anführung der „Mitglieder" neben den Geschäftsführern beruht auf einem Redaktionsfehler. Die Versicherung eines Nichtgeschäftsführers ist auch ohne Bedeutung für den Registerrichter. In Fällen, in denen die gesetzgebenden Faktoren nachweisbar die strittige Gesetzesbestimmung nicht gewollt haben, ist der Richter (anders wie in Fällen einer gewollten, wenn auch auf einem Gedankenfehler beruhenden Vorschrift) nicht an den Wortlaut gebunden.

2. Ermittelung des Inhalts der falschen Versicherung. **RG.** (Straff.) **40** 285, BayerZ. **15** 137. Wie die bei dem Vertragsabschluß unmittelbar Beteiligten den Gegenstand der Stammeinlage verstanden haben, ist ohne Bedeutung, maßgebend ist nur eine solche Auslegung der Anmeldeerklärung, die sich auf den Standpunkt des Publikums stellt. Abmachungen der Gesellschafter, die den Zusicherungen des Anmeldenden über den Umfang des seine Einlage bildenden Inventars einen einschränkenden Inhalt geben, die aber in dem urkundlich Erklärten keinen Ausdruck gefunden haben, und nach den Anschauungen des Verkehrs auch nicht daraus entnommen werden können, müssen außer Betracht bleiben.

§ 83. Strafbarkeit der Liquidatoren der GmbH. nach § 244 KO. **RG.** (Straff.) **41** 309 bejaht auf Grund § 13 Abs. 3 GmbHG. die Verantwortlichkeit.

Anhang. Steuer und Stempel.

1. Umsatzsteuer. BayerZ. **16** 19 (OVG.). Bezahlung der vollen Umsatzsteuer, wenn ein Gesellschafter Grundstücke der GmbH. in der Zwangsversteigerung erwirbt.

2. Gemeindeeinkommensteuer der GmbH. BayerZ. **15** 139. Die GmbH. können in Preußen nicht zu Kommunalabgaben in Form von Zuschlägen zu den Staatseinkommensteuern herangezogen werden (Art. 29 Ziff. 5 AusfAnw. z. PrEinkStG.; §§ 67, 47 KommAbgG.).

3. Wie die gemeindesteuerpflichtigen Gewinnanteile der Gesellschafter einer GmbH. in Preußen zu berechnen sind. BayerZ. **15** 233. Anknüpfend an KommAbgG. § 33 Ziff. 2, wonach die Gesellschafter der GmbH. wie Teilhaber einer oHG. zu behandeln sind (OVG. **33** 70), wird ausgeführt, daß bei der Einkommensfeststellung zu Kommunalsteuerzwecken (§ 36 Abs. 2 KommAbgG.) auf die Gesellschafter Ziff. 3 § 9 EinkStG., nicht Ziff. 2 angewendet werden muß (dreijähriger nicht letztjähriger Durchschnitt), auch wenn der einzelne Gesellschafter keine Handelsbücher nach § 38 HGB. führt, sondern nur die GmbH.

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Vom 1. Mai 1889/20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Rechtsprechung und Literatur des Berichtjahrs betreffen eine Reihe wichtiger Probleme des Genossenschaftsrechts. Aus der Praxis des KG. werden die Beschlüsse zu § 1, Zulässigkeit einer Zeitungsgründung in Genossenschaftsform, zu § 6 über die Natur der Vorschriften über die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen, zu §§ 16, 71, 138, weitgehenden Interesses sicher sein. Von großer Bedeutung, zum Teil für das Handelsgesellschaftsrecht überhaupt sind die Entscheidungen des RG. vom 15. Januar 1908 (zu § 73) über die Bedeutung einer objektiv unrichtigen Bilanz, vom 1. Februar 1908 (§§ 7, 51, 68) über Ausschluß eines Genossen wegen Nichterfüllung eines Nachzahlungsverlangens zwecks Verlustdeckung, vom 29. Januar 1908 (§ 11) über die Bedeutung der Eintragung in die Genossenliste, vom 8. Mai 1908 (§§ 15, 26) über die Anfechtung der Beitrittserklärung, vom 26. Oktober 1908 über die Folgen einer versehentlichen Nichtlöschung eines ausscheidenden Genossen in der Liste (§§ 70, 106). — Aus der Literatur ist auch hier die Arbeit von Wimpfheimer hervorzuheben.

Literatur: Eisner s. zu § 15. — Havenstein s. zu § 55. — Rewoldt, Bilanzberichtigung und Auseinandersetzung bei Genossenschaften, JW. **08** 421 (s. § 73). — Schmidt-Barbeleben, Prüfung der Urkunden über Generalversammlungsbeschlüsse der Genossenschaften durch das Registergericht, R. **08** 660 (s § 45). — Wenz s. zu § 105. — Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation. (Fischers Abhandlungen.) München 1908.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 1. Wesen der Genossenschaft. Unmittelbare Erwerbsförderung. **a)** RJA. **9** 241, DJZ. **08** 1405 (KG.). Gründung einer Zeitung bestimmter politischer Richtung als Genossenschaft: keine Ablehnung der Eintragung wegen voraussichtlich fehlender Rentabilität des Unternehmens mit Rücksicht auf den Mißerfolg eines früheren ähnlichen, woraus geschlossen ist, daß die Genossenschaft den Erwerb und die Wirtschaft der Mitglieder nicht fördern werde. Dagegen fördert die Zeitung nicht unmittelbar die Mitglieder in ihrem sonstigen Erwerb oder in ihrer Wirtschaft; es genügt nicht durch den genossenschaftlichen Geschäftsbetrieb, der an sich mit dem Erwerb und der Wirtschaft der Mitglieder nichts zu tun hat, selbständig einen Vermögenserwerb zu erzielen, der demnächst den Mitgliedern, etwa als Dividende, zufließen soll. **b)** Sterbefallversicherung s. §§ 19/20. **c)** Giese, Das katholische Ordenswesen nach dem geltenden preußischen Staatskirchenrecht, HirthsAnn. **08** 161 ff., erörtert 303 die Frage, ob geistliche Gesellschaften durch Bildung einer Genossenschaft i. S. des RG. betr. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 20. V. 98 und durch Eintragung ins Genossenschaftsregister Rechtsfähigkeit erlangen können. Er kommt zur Verneinung.

§ 6. 1. Ziff. 2. Sitz. **a)** Vgl. JDR. **2**. **b)** Kirschner, Berliner Zuständigkeitsfragen, KGBl. **08** 1, nimmt an, daß der Sitz einer Genossenschaft die politische Gemeinde Berlin im Sinne § 17 ZPO. sei, wenn das Statut lediglich Berlin als Ort des Sitzes angebe, obwohl tatsächlich die Genossenschaft kein eigentliches Geschäftslokal habe und die Geschäfte von drei Vorstandsmitgliedern geführt würden, deren jedes seine Wohnung in einem anderen der drei Berliner Gerichtsbezirke habe. **c)** KGBl. **08** 56, R. **08** II Ziff. 2585 (KG.). § 22 ZPO. gilt nicht für Klagen der Genossenschaft gegen einen Genossen aus mit ihm geschlossenen Kaufverträgen.

2. Ziff. 3. Beurkundung der Generalversammlungsbeschlüsse. RJA. **9** 168, KGJ. **35** A 190, ZBlFG. **9** 259, DNotV. **08** 795,

R. 08 II Ziff. 3508 (KG.). Gemäß § 6 Ziff. 3 GenG. erlassene statutarische Vorschriften über die Beurkundung von Generalversammlungsbeschlüssen müssen den Maßstab für die Prüfung des Richters bei einer Eintragung ins Handelsregister bilden, sofern es sich nicht um bloße für die Eintragung ins Register unerhebliche Ordnungsvorschriften handelt. Die Vorschrift jedoch, daß die Unterzeichnung des Protokolls durch die anwesenden Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats, sowie den Protokollführer zu erfolgen habe, die die Zuverlässigkeit der protokollarischen Feststellungen erhöhen soll und dem Beurkundungszweck als solchen dient, muß erfüllt sein. Daher ist eine Präsenzliste erforderlich. Weigerung der Unterschrift oder Verhinderung seitens einer unterschriftspflichtigen Person erfordert Feststellung im Protokolle. Bloße Ordnungsvorschriften sind dagegen die über Eintragung der Beschlüsse ins Protokollbuch (§ 47) und über die Ernennung des Protokollführers durch den Vorsitzenden.

§ 7. Ziff. 2. a) **RG.** I. 1. 2. 08, **68** 93, JW. **08** 250, LeipzZ. **08** 304 Ziff. 37—39, R. **08** II Ziff. 3332/3. b) OLG. **16** 108 (Celle). c) **RG.** I. 25. 4. 08, HoldheimsMSchr. **08** 254 (vgl. auch JDR. **6** § 18 Note 2). Einem Genossen, der seine Einlagepflicht erfüllt hat, kann nicht die Verpflichtung auferlegt werden, zur Deckung entstandener Verluste und Wiederauffüllung demgemäß erforderlicher Abschreibungen Nachzahlungen zu leisten. Es bleibt nur der Weg des § 16 (Anteilerhöhung). Anders läge der Fall, wenn die ursprüngliche in Ratenzahlungen zu erfüllende Einzahlungspflicht infolge von Gewinnzuschreibungen, die die Höhe des Geschäftsanteils vor Erfüllung der Einzahlungspflicht erreichen ließen, geruht hätte und nach Eintritt der Verluste von selbst wieder aufgelebt wäre. Nach erfüllter Einzahlungspflicht ist der Ausschluß wegen der Nachzahlungsweigerung unzulässig.

§§ 11, 15. **RG.** I. 29. 1. 08, **68** 90, JW. **08** 214, R. **08** II Ziff. 2082. Bedeutung der Eintragung in die Liste der Genossen für die Beweislast: die Eintragung nach vorgängiger Prüfung der formalen Voraussetzungen durch den Registerrichter begründet die Vermutung, der Eingetragene sei Mitglied; die materielle Ungültigkeit der Beitrittserklärung oder den Mangel der gesetzlichen formalen Voraussetzungen hat der die Eintragung Anfechtende zu beweisen (vgl. § 15 Note 4).

§ 15. Literatur: Eisner, Fremdsprachige Beitrittserklärungen zur Genossenschaft, DJZ. **08** 1163.

1. Eisner aaO. hält den Registerrichter für befugt, einen Eintragungsantrag zurückzuweisen, wenn die Beitrittserklärungen mittels Vordruckformularen erfolgen, die links in deutscher, rechts in polnischer Sprache gesetzt sind, während die darunter befindlichen Unterschriften der Genossen beide Texte decken (§§ 8 FGG., 186 GVG.). Eine die Einreichung derartiger Beitrittserklärungen anordnende Statutenbestimmung ist ungültig.

2. RJA. **9** 234, DJZ. **08** 1285 (KG.). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann nicht Mitglied einer Genossenschaft sein. Seine Eintragung in die Liste der Genossen ist abzulehnen. b) Ebenso OLG. Hamburg, LeipzZ. **08** 476 Ziff. 1.

3. a) Vgl. JDR. **6** Note 3. b) OLG. **16** 106 (KG.). Beitritt einer preuß. Landgemeinde zu einer Genossenschaft mumbH. bedarf nicht der Genehmigung des Kreisausschusses (§ 114 LandgemO.). Insbesondere handelt es sich nicht um eine „neue unmittelbare Belastung der Gemeindeangehörigen ohne gesetzliche Verpflichtung".

4. R. **08** II Ziff. 3486 (Colmar). Beitritt einer Gesellschaft zu einer Genossenschaft; die von zum Teil nicht legitimierten Personen abgegebene Erklärung wird durch nachträgliche, formlose Genehmigung der Gesell-

schaft ohne nochmalige Eintragung ins Register gültig. Die durch die Eintragung begründete Vermutung der Mitgliedschaft infolge Beitrittserklärung kann durch Nachweis deren Ungültigkeit entkräftet werden.

5. Willensmängel. a) **RG.** II. 8. 5. 08, **68** 344 (349), LeipzZ. **08** 600 Ziff. 32. Die Mitgliedschaft einer Genossenschaft und die hieraus hervorgehende Haftung entsteht durch Beitrittserklärung, Einreichung zum Register, Eintragung in die Liste. Es handelt sich hierbei nicht um einen Aufnahmevertrag und dessen Vollzug, sondern um eine Beteiligungserklärung des Beitretenden. Zur Wirksamkeit der urkundlich unbedingten Beitrittserklärung gegenüber der Genossenschaft und Dritten ist nur erforderlich, daß sie mit Wissen und Willen des Vorstandes in seinen Besitz gelangt ist: nach der Eintragung keine Berufung auf aus der Beitrittserklärung nicht ersichtliche Vorbehalte („falls ein Darlehen dem Beitretenden gewährt würde") oder auf Mißbrauch der Erklärung durch den mit dem Vorbehalte bekannten Vorstand. Zulässige Anfechtungsgründe: mangelnde Geschäftsfähigkeit, physischer Zwang bei Aushändigung oder Ausstellung der Beitrittserklärung, Irrtum über ihren Inhalt. **b)** **RG.** II. 8. 5. 08, **68** 344. Keine Anfechtung einer Beitrittserklärung wegen Irrtums über die Absicht des Vorstandes, dem Antragsteller ein Darlehen zu geben: Irrtum im Motive. Unzulässig ist die Anfechtung wegen Irrtums über die Vermögenslage der Genossenschaft oder arglistiger Täuschung in dieser Beziehung. Es ist daher auch unerheblich, wie sich der Vorstand auf eine nach der Eintragung in die Liste erklärte Anfechtung der Beitrittserklärung verhalten hat. c) Vgl. JDR. **6** Note 3 und unten § 24.

§ 16. Abs. 2. 1. Erhöhung des Anteils. a) **RG.** I. 13. 2. 07, HoldheimsMSchr. **08** 19. Zwang zum Erwerb eines erhöhten Geschäftsanteils wie **RG. 62** 308. **b)** S. § 7 Ziff. 2.

2. Prüfungsrecht des Registerrichters. OLG. **16** 93, RJA. **9** 34, KGJ. **34** A 196, ZBlFG. **8** 429, BayerZ. **15** 150 (KG.) (vgl. JDR. **6** Note 2, **RG. 60** 414). Pflicht des Registerrichters vor der Eintragung einer von der Generalversammlung beschlossenen Änderung des Genossenschaftsstatuts zu prüfen, ob der Beschluß mit der im Gesetz oder Statut vorgeschriebenen Stimmenmehrheit gefaßt worden ist: diese Prüfung stellt fest, ob überhaupt ein Beschluß vorliegt. Der Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist heilt in diesem Falle den Mangel nicht.

3. Auflösung als Statutenänderung s. Wimpfheimer zu § 274 Ziff. 1 HGB.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17. 1. SchlHolstAnz. **08** 257 (KG.). Eine Genossenschaft mbH. ist als juristische Person im Sinne des Art. 7 § 2 PrAGBGB. (ministerielle Genehmigung zum Grunderwerb) anzusehen (vgl. PrVO. z. AGBGB. vom 16. November 1899 Art. 6). Anders PrOVG., PrVerwBl. **29** 74).

2. LeipzZ. **08** 468 Ziff. 1 (Dresden). Intervention der Genossenschaft (§ 771 ZPO.) wegen bei ihr auf Grund eines Titels gegen einen Genossen (als Inhaber der Firma einer oHG.) vorgenommenen Pfändung: unerheblich ist die Behauptung, daß die Genossenschaft materiell mit der oHG. identisch und nur zum Scheine gegründet sei. Es ist nur Anfechtung denkbar. Auch Schuldübernahme kann der Intervenientin nicht entgegengehalten werden, da kein Titel gegen sie vorliegt.

§ 18. Dispositives und zwingendes Recht s. Altschul vor § 178 HGB.

§§ 19, 20. Gewinnauszahlungsvorschriften. a) Sächs. OLG. **29** 61 (Dresden). Statutenänderungen eines Konsumvereins, wonach der Reingewinn auf Beschluß der Generalversammlung auch zur Ansammlung eines Unterstützungsfonds für Sterbefälle verwendet werden kann, sind zulässig und eintragungsfähig. Ein nach § 1 unzulässiger Geschäftsbetrieb würde nur im Falle der Erhebung von Beiträgen zur Ermöglichung der Sterbegeldzahlung vorliegen. **b)** Vgl. unten zu § 48.

§ 22. Abs. 3. Aufrechnungsverbot im Liquidationsstadium s. § 87.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. 1. Prozeßvertretung. **RG.** VII. 19. 5. 08, R. **08** II Ziff. 3154. Eine Eideszuschiebung an den Genossenschaftsvorstand ist nicht deshalb unzulässig, weil hinsichtlich des Eidgegenstandes der Vorstand der Genossenschaft gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (§ 383 Ziff. 5 ZPO. auf §§ 445 ff. ZPO. nicht anwendbar).

2. Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts der G. als Vertragsschließender. SchlHolstAnz. **08** 222 (Kiel). Die Bestimmung in dem Statut einer Meiereigenossenschaft, daß im Falle einer durch ein Mitglied verübten Milchfälschung der Schaden vom Vorstand oder der Generalversammlung endgültig unter Ausschluß des Rechtswegs festgesetzt werde, ist nicht rechtswirksam wegen Verstoßes gegen § 315 Abs. 3 BGB.; insoweit ist die Bestimmung gültig, als die Genossenschaftsorgane nach billigem Ermessen über den Schaden zu entscheiden haben.

§ 25. Willenserklärungen. 1. Wer muß sie abgeben? SeuffBl. **08** 63 (Stuttgart). Stillschweigender Abschluß eines Kaufvertrags seitens einer Genossenschaft mbH. infolge Stillschweigens auf ein vom Verkäufer gesandtes „Bestätigungsschreiben", wenn der vorangegangene Kaufvertrag nur von einem Mitgliede des Vorstandes und einem anderen Genossen, statt von 3 Vorstandsmitgliedern getätigt war, verneint: das Bestätigungsschreiben ist ohne Bedeutung, da der vorangegangene Kauf ungültig war, die Voraussetzungen **RG. 54** 176 liegen nicht vor.

2. Form. KGJ. **33** A 156, DNotV. **08** 270 (KG.). Die Unterzeichnung einer Grundbuchbewilligung (Entpfändungserklärung) mit den Familiennamen zweier Vorstandsmitglieder ohne Firmenangabe ist ausreichend; § 25 GenG. enthält nur eine Ordnungsvorschrift: es kommt nur darauf an, daß der Unterzeichner im Namen der Genossenschaft die Erklärung abgegeben hat.

3. Heilung von Mängeln. **RG.** I. 1. 4. 08, LeipzZ. **08** 600 Ziff. 34. Heilung einer vom Vorstande nicht in rechtsgültiger Form erklärten Zession durch nachträgliche Genehmigung der Generalversammlung (§ 177 BGB.). Unerheblich ist ihr Eintritt erst nach Klagerhebung, da der Zessionar auf sie seine Aktivlegitimation gestützt hat.

4. Delegation. **RG.** II 24. 3. 08, ElsLothJZ. **08** 490, LeipzZ. **08** 864 Ziff. 4. Der Vorstand einer GenmunbH. ist nach außen befugt, einzelne Rechtshandlungen, wie die Empfangnahme von Einzahlungen der Mitglieder, durch den angestellten Rechner vornehmen zu lassen. Der Vorstand hat damit seine ausschließliche Vertretungsmacht nicht auf den Rechner übertragen. Zur Annahme dieser Bevollmächtigung genügt es, daß der Rechner die einzelnen Rechtshandlungen unter solchen Umständen vorgenommen hat, daß die Mitglieder des Vorstandes sie wahrnehmen mußten, und daß sie dagegen keinen Widerspruch erhoben haben. Die Genossenschaft muß das Verhalten ihres Vorstandes in den

geschäftlichen Beziehungen zu den Mitgliedern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gegen sich gelten lassen.

§ 26. Haftung. **RG.** II. 8. 5. 08, **68** 344, JW. **08** 498, LeipzZ. **08** 600 Ziff. 32/3, DJZ. **08** 969, R. **08** II Ziff. 2500, 2602, 2741. Die Genossenschaft kann von den Genossen nicht für eine durch Betrug des Vorstandes veranlaßte Beitrittserklärung, allgemein nicht für ein schuldhaftes Handeln des Vorstandes bis zur Eintragung des Genossen in die Liste (§ 15 Abs. 2) in Anspruch genommen werden (vgl. **RG. 54** 129 für AG. ebenso). Das gleiche gilt, wenn durch Verschulden des Vorstandes das Ausscheiden nicht angemeldet wurde (vgl. **RG. 41** 56, **45** 100, **57** 292).

§ 33. Abs. 2. **RG.** (StS.) **40** 242. Die Vorstandsmitglieder sind zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz über das Genossenschaftsvermögen verpflichtet (§§ 39 ff. HGB., 240 Nr. 4, 244 KO.).

§ 34. **RG.** I. 4./18. 12. 07, LeipzZ. **08** 229 Ziff. 31, 32, R. **08** II Ziff. 865/6. Das Vorstandsmitglied, das die Kreditunwürdigkeit eines Genossen kennt, darf nicht nur selbst ihm keinen ungedeckten Kredit namens der Genossenschaft gewähren, sondern es hat auch die dienstliche Verpflichtung, die übrigen Vorstandsmitglieder von den die Kreditunwürdigkeit begründenden Tatsachen zu unterrichten und dafür zu sorgen, daß kein ungedeckter Kredit gewährt wird: Haftung für den durch die Unterlassung entstehenden Schaden. Beginn der Verjährung des Ersatzanspruchs: mit dem Augenblicke der Geldhingabe, nicht mit Bekanntwerdung der Kreditunwürdigkeit durch Konkurs des Darlehnsempfängers (vgl. § 46 GenG.).

§ 43. 1. a) **RG.** 4./18. 12. 07, LeipzZ. **08** 229 Ziff. 33, HoldheimsMSchr. **08** 148, R. **08** II Ziff. 867. Die Entlastung des Vorstandes erstreckt sich nicht auf Statutenwidrigkeiten und Pflichtverletzungen, die sich aus den Vorlagen nicht ergeben. b) **RG.** II. 24. 4. 08, LeipzZ. **08** 543 Ziff. 39 ebenso.

2. Sonderrecht? **RG.** I. 25. 4. 08, HoldheimsMSchr. **08** 254. Die Erhöhung des Geschäftsanteils (§ 16) enthält so wenig, wie die Abschreibung des Verlustes von den Geschäftsguthaben der Genossen einen Eingriff in deren Sonderrechte, sondern es handelt sich dabei um genossenschaftliche Duldungspflichten, worüber entgegen dem Widerspruch des einzelnen Genossen durch Stimmenmehrheit entschieden wird. Eine Verletzung des Sonderrechts durch Verlustabschreibung würde nur dann in Frage kommen, wenn die Verteilung des Verlustes nicht nach dem Verhältnisse der Guthabenhöhe entsprechend dem Statute vorgenommen worden wäre.

§ 45. Literatur: Schmidt-Bardeleben, Prüfung der Urkunden über Generalversammlungsbeschlüsse der Genossenschaften durch das Registergericht, R. **08** 660.

1. Schmidt-Bardeleben aaO. Das Registergericht hat vor Eintragung zu prüfen: a) Die formelle Ordnungsmäßigkeit der Urkunde; § 47 als bloße Ordnungsvorschrift; Satzungsvorschriften nach § 6 Ziff. 3; § 125 Satz 2 BGB. analog anwendbar; ausnahmsweise derartige Satzungsvorschriften als Ordnungsvorschriften (vgl. KGJ. **35** A 190). b) Die sachliche Zuständigkeit des beschließenden Gesellschaftsorgans; insbesondere Beschlüsse einer unzureichenden Mehrheit als Nichtbeschlüsse (vgl. RJA. **9** 34). Bedeutungslosigkeit des Fristablaufs nach § 51. Die Innehaltung dieser Majorität muß aus dem Protokolle hervorgehen. c) Die materielle Gesetzmäßigkeit: von Amts wegen lediglich unter dem Gesichtspunkte der Wahrung öffentlicher Interessen.

2. Vgl. auch § 6 Ziff. 3 (Note 2); § 16 Note 2.

§ 46. Abs. 2. Ordnungsmäßige Ankündigung. 1. **RG.** I. 13. 2. 07, HoldheimsMSchr. **08** 19. Zur ordnungsmäßigen Bekanntmachung der Tagesordnung im Sinne des § 46 Abs. 2 Satz 1 und einer gleichlautenden Statutenbestimmung ist erforderlich und genügend jede Angabe, die in Anbetracht

der jeweiligen Sachlage geeignet ist, die Genossen erkennen zu lassen, worüber verhandelt und Beschluß gefaßt werden soll; diesem Erfordernisse genügt eine Ankündigung: „Abänderung der §§ 1 und 16 des Statuts." (Vgl. § 256 HGB.) Dem GenG. fehlt eine dem § 274 Abs. 2 HGB. entsprechende Bestimmung (vgl. JDR. **6** Note 2).

2. **RG.** IV. 8. 10. 08, JW. **08** 674. Die Einladung behufs Beschlußfassung über Ausschluß eines Mitglieds braucht nicht dessen Namen zu enthalten und die Bezugnahme auf den einschlägigen, von der Mitgliederausschließung handelnden Paragraphen des Statuts mit dem Zusatz „Interne Angelegenheit" macht den Zweck hinreichend bekannt.

§ 47. Vgl. § 6 Note 2.

§ 48 (§ 19). 1. Statutarische Abschlagsdividenden? DJZ. **09** 148 (KG.). Die Vorschrift in der Satzung, daß der Vorstand ermächtigt werde, den Genossen im Laufe des Geschäftsjahrs Abschlagsdividenden auf den zu erwartenden Jahresgewinn auszuzahlen, ist unzulässig.

2. Vgl. § 19.

3. *Fischer, Bilanzwerte 387 ff. § 48 ist in Verbindung mit § 19 Abs. 1 dahin auszulegen: Der Umfang des jährlich zu verteilenden Gewinnes wird von der Mitgliederversammlung nicht bloß formell, wie bei Aktien- und -Gesellschaften m. b. H., sondern auch materiell festgesetzt, d. h. es findet gegen den Festsetzungsbeschluß keine Anfechtung aus Minoritätsrechten statt.

§ 51. 1. Notwendigkeit der Anfechtung durch Klage. a) Vgl. JDR. **6** Note 2b. b) SeuffA. **63** 26 (Posen). Ein Generalversammlungsbeschluß kann nur im Wege der Klage oder Widerklage (§ 51) angefochten werden, z. B. wegen nicht rechtzeitiger Ladung, nicht satzungsgemäßer Bekanntmachung, nicht genügender Majorität: gegen die Klage auf Zahlung des erhöhten Anteils kann nicht der Einwand der Unzulässigkeit des Generalversammlungsbeschlusses nach §§ 99, 140 erhoben werden.

2. Ausschluß eines Genossen. a) Vgl. JDR. **6** Note 2. b) **RG.** I. 7. 3. 08, JW. **08** 350, LeipzZ. **08** 460, HoldheimsMSchr. **08** 150. Der ausgeschlossene Genosse kann den Ausschließungsbeschluß der Generalversammlung sowohl durch Klage gemäß § 51 unter Wahrung der dort angeordneten Beschränkungen, wie ohne diese mit gewöhnlicher Klage anfechten. Nur bei Wahrung der Vorschriften des § 51 ist die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 547 Nr. 2 ZPO.). Ist als gesetzlicher Vertreter der Genossenschaft in der Klage nur der Vorstand genannt, so liegt die Klage aus § 51 nicht vor und die Revision erfordert die Revisionssumme. c) **RG.** I. 1. 2. 08, **68** 93 ebenso (vgl. § 7).

Vierter Abschnitt. Revision.

§§ 55 ff. Literatur: Havenstein, Die Haftpflicht der Revisionsverbände, DJZ. **08** 1378.

Havenstein aaO. verneint das Bestehen einer gesetzlichen Haftpflicht der Verbände für ein Verschulden der von ihnen bestellten Revisoren wegen der etwa dadurch verursachten Betriebsverluste der Genossenschaft: weder § 31 noch § 831 noch §§ 276, 278, 280 BGB. können zur Begründung des Anspruchs dienen. Konstruktion der Verbände und der Rechte (Mitgliedschaftsrechte) der Genossenschaft gegenüber dem Verbande.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

§ 65. 1. Verträge über Kündigungsfristen. PosMSchr. **07** 133, R. **08** II 1677 (Posen). Die Genossenschaft kann nicht durch Vertrag

Mitglieder von der Innehaltung der maßgebenden Kündigungsfrist entbinden und vorzeitig entlassen.

2. Verschiedenheit der Kündigungsfristen. RJA. **9** 163, SeuffA. **63** 239, BayObLG. **08** 39, ZBlFG. **9** 255, R. **08** II Ziff. 1068 (BayObLG.). Unzulässigkeit verschiedener Fristen für die Aufkündigung eines Genossen je nach dem Grunde des Austritts; insbesondere im Falle einer kürzeren Kündigungsfrist bei Kündigung des zur Mitgliedschaft berechtigenden Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Eine von einem bestimmten Grunde abhängige Kündigung ist nur im § 67 zugelassen; § 65 kennt nur eine Kündigung mit einheitlicher Frist (vgl. auch § 69 Abs. 2 für den Fall des § 67, nicht für andere).

§ 67. **RG.** I. 22. 2. 08, HoldheimsMSchr. **08** 149, R. **08** II Ziff. 1678. Wohnsitz im Sinne dieses Paragraphen = § 7 BGB., nicht Sitz der landwirtschaftlichen Niederlassung.

§ 68. Ausschluß eines Genossen. Richterliches Nachprüfungsrecht. a) JDR. **6** Note 2. b) Vgl. oben § 51 Note 2. c) **RG.** I. 8. 2. 08, HoldheimsMSchr. **08** 151, R. **08** II Ziff. 1679. In dem Statute kann nicht wirksam bestimmt werden, daß die Generalversammlung endgültig über den Ausschluß eines Mitglieds entscheidet (vgl. **RG. 57** 154, Gegensatz zum Vereinsrechte, dagegen §§ 133, 140, 161 HGB.).

§ 70. Bedeutung der unterlassenen Eintragung des Ausscheidens. a) Vgl. JDR. **6** Note 1. b) α. **RG.** I. 22. 2. 08, LeipzZ. **08** 304 Ziff. 40, R. **08** II Ziff. 1680. β. OLG. **16** 110 (Celle). Ein Genosse, der seine Mitgliedschaft rechtzeitig gekündigt hat, muß der Genossenschaft gegenüber gleichwohl seine Verpflichtungen erfüllen, wenn sein Ausscheiden nicht in die Genossenliste eingetragen ist. Gründe in Anlehnung an **RG. 57** 292. c) **RG.** I. 26. 10. 08, **69** 366. Die Eintragung eines Mitglieds in die Liste der Genossen, die mit dessen Willen erfolgt ist, hat, solange sie besteht, die Bedeutung einer im Rechtsverkehr abgegebenen Erklärung, für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haften zu wollen, und wirkt nicht nur den Gläubigern der Genossenschaft gegenüber, sondern auch im Verhältnisse des Genossen zur Genossenschaft. Daher besteht die Mitgliedschaft bei Konkurseröffnung noch fort, wenn eine zulässige, mehrere Jahre zurückliegende Kündigung nicht eingetragen ist.

§ 71. Vormerkung des Ausscheidens. 1. Rückwirkende Kraft? RJA. **9** 177, R. **08** II Ziff. 3510 (KG.). Der Zeitpunkt des Ausscheidens eines Genossen richtet sich bei der Vormerkung nach denselben Grundsätzen wie bei der endgültigen Eintragung. Das Ausscheiden durch Übertragung des Geschäftsguthabens wird aber stets mit dem Tage der Eintragung (Vormerkung), niemals mit einem früheren Zeitpunkte wirksam. Von einer nachträglichen Vormerkung des Ausscheidens (wegen Anmeldungsweigerung des Vorstandes im Jahre 1907) mit Wirksamkeit für September 1906 kann unmöglich die Rede sein.

2. Bedeutung der Form für das Anerkenntnis. OLG. **16** 111, RJA. **9** 31, KGJ. **35 A** 366, DJZ. **08** 767, R. **08** II Ziff. 240 (BayObLG.). Hat das Registergericht die Anerkennung des für ein Mitglied vorgemerkten Anspruchs auf Ausscheiden infolge einer entsprechenden Erklärung des Vorstandes in die Genossenliste eingetragen, so kann diese Eintragung nicht nachträglich von Amts wegen deshalb gelöscht werden, weil die Anerkennungserklärung nicht in beglaubigter Form abgegeben war; die Beglaubigung ist keine Vorschrift materiellen Rechtes, sondern soll nur die Echtheit der Unterschrift gewährleisten (vgl. § 157).

§§ 73, 74. DJZ. **07** 1324, R. **08** II Ziff. 1681 (KG.). Diese Vorschriften sind zwingenden, durch die Statuten nicht abänderbaren Rechtes mit Ausnahme § 73 Abs. 2 Satz 2.

§ 73. Literatur: Rewoldt, Bilanzberichtigung und Auseinandersetzung bei Genossenschaften, JW. **08** 421.

1. Unrichtige Auseinandersetzungsbilanz. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 2. **b)** **RG.** I. 15. 1. 08, **68** 1, GruchotsBeitr. **52** 871, JW. **08** 214 (ohne Tatbestand), HoldheimsMSchr. **08** 152, LeipzZ. **08** 304 Ziff. 41, R. **08** II 1069. Die der Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Genossen zugrunde zu legende Bilanz darf nicht wegen nachträglich erwiesener objektiver Unrichtigkeit (Wegfall früher vorhanden gewesener Zahlungsfähigkeit des Schuldners, Entwertung oder Zweifel am rechtlichen Bestand einer Aktivforderung) berichtigt werden, sofern sie zur Zeit des Ausscheidens vorschriftsmäßig aufgestellt war. Weder der Gesetzeswortlaut noch die praktischen Folgerungen — Mangel der Stetigkeit in der Auseinandersetzung, Schätzungscharakter der Bilanzwertfeststellungen — sprechen für die Berichtigungsbefugnis. Anders wenn die Bilanz unvorschriftsmäßig war (**RG. 32** 91). Ob die später rechtskräftig für unzulässig erklärten Unkostenbeiträge des Ausscheidenden in die Bilanz voll aufzunehmen waren, richtet sich nach § 40 Abs. 3 HGB. (vgl. **RG.** [Straff.] **13** 355, [Zivilf.] 22 164). Waren die Forderungen der Genossenschaft auf die Unkostenbeiträge schon damals zweifelhafte, so wäre in Frage gekommen, ob nicht und zu welchem Betrage nach dem verständigen Ermessen eines sorgfältigen Kaufmanns die Rückforderungsrechte der zu Unrecht für Unkosten herangezogenen Genossen unter die Passiven als Gegensatz einzustellen waren, statt sie erst dann einzustellen, wenn sie wirklich zur Rückzahlung gelangten. Steht der Genossenschaft hiernach eine Gegenforderung gegen den Ausgeschiedenen auf Grund der ersten, vorschriftsmäßigen Bilanz wegen der zu Unrecht gezahlten Provisionen zu, so ist sie zur Aufrechnung im Prozesse befugt, die Gegenforderung kann auch außerhalb des Auseinandersetzungsverfahrens zur Aufrechnung gestellt werden, vorbehaltlich besonderer Abreden über Ausschluß der Aufrechnung. **c)** Rewoldt kommt nach genauer Darstellung des Tatbestandes, der **RG.** 15. 1. 08 zugrunde lag, und der Entstehungsgeschichte des § 73 zu folgenden Ergebnissen: er unterscheidet die Feststellung des Anspruchs des Ausscheidenden und seine Berichtigung (§ 69 Entw. von 1889), erst mit letzterer sei das Ausscheiden vollzogen, bis dahin sei Zuwachs und Verlust für und gegen den Genossen wirksam (vgl. § 75). Bis zur vollzogenen Auseinandersetzung sei also die wahre Vermögenslage — nicht die Bilanz (auch nicht die subjektiv richtige, objektiv falsche) maßgebend. Zu hohe und zu niedrige Schätzungen von Einzelheiten sind unerheblich; anders wenn die tatsächlichen und rechtlichen Unterlagen der Bilanz zusammenfallen; keine Unbilligkeit dieser Ansicht beim Ausscheiden mehrerer zu ungleicher Zeit: jeder Genosse hat es in der Hand, die Auseinandersetzung zu betreiben; eine Ungleichheit ist auch nach der Ansicht des RG. in diesem Falle bei fahrlässig falscher Bilanz möglich; die Bilanz beruht auf Gesetz und Statut: bei Nichtigkeit einer statutarischen Vorschrift (wie hier) muß demgemäß die Bilanz entsprechend geändert werden.

2. Aufrechnung gegen den Auszahlungsanspruch im Konkurse des Genossen. LeipzZ. **08** 626 Ziff. 4, R. **08** II Ziff. 1854 (Frankfurt). Wenn der Verwalter im Konkurse über das Vermögen eines Genossen dessen Mitgliedschaft kündigt und seinen Anspruch auf demnächstige Auszahlung des Geschäftsguthabens gegenüber der Genossenschaft geltend macht, so kann sie mit einer Forderung aufrechnen, die ihr aus der vor der Konkurseröffnung stattgehabten Geschäftsverbindung mit dem Genossen zusteht (§ 54 Abs. 1 KO.). Der Genosse hat auch während des Bestehens der Genossenschaft bereits ein durch Beendigung seiner Mitgliedschaft bedingtes Forderungsrecht in Höhe seines durch die Auseinandersetzung festgestellten Guthabens:

vgl. §§ 22 Abs. 2, 66, 76 Abs. 1); dieser Anspruch ist nicht erst mit der nach Konkurseröffnung erfolgten Kündigung entstanden. Nur das Recht auf Auszahlung hat erst der ausgeschiedene Genosse.

§ 76. S. § 138.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 78. *Wimpfheimer aaO. 125/126. Die aufgelöste Genossenschaft kann nicht mehr in das Werbestadium zurückverwandelt werden.

§ 87 (§ 22). DJZ. **09** 86 (KG.). Das Aufrechnungsverbot des § 22 Abs. 3 gilt auch im Liquidationsverfahren.

§ 90. Über Naturalteilung s. Wimpfheimer zu § 300 Ziff. 1b HGB.

§ 91. Abs. 3. *Wimpfheimer, Liquidation 175/178. Der Ausschluß der Verteilung des Vermögens oder die Änderung des Verteilungsmodus kann nur im ursprünglichen (Gründungs-)Statute der Genossenschaft, nicht mehr nachträglich durch Statutenänderung beschlossen werden.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§§ 99, 140. Umgehung der Pflicht zur Konkursanmeldung durch Anteilserhöhung. SeuffA. **63** 26 (Posen). Ein Beschluß auf Erhöhung des ursprünglichen Anteils von zwei- auf fünfhundert Mark ist nicht wegen Verstoßes gegen die §§ 99, 140 nichtig.

§ 101. Fortsetzung der Genossenschaft nach Konkursbeendigung. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **08** 186, begründet eine Anwendung des im § 307 HGB., § 60 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG. enthaltenen Rechtssatzes auf die Genossenschaft und hält ein Wiederaufleben nach Einstellung des Konkurses für möglich.

2. Dagegen Becker, Auflösung der Genossenschaft infolge des Konkurses und darauf folgende Fortsetzung der Genossenschaft auf Grund Generalversammlungsbeschlusses, HoldheimsMSchr. **08** 217. Gestützt auf die Entstehungsgeschichte der §§ 307 HBB., 60 GmbHG., der Neufassung des GenG. und §§ 115, 100, 116 GenG.

§ 105. Literatur: Wenz, Anfechtung von Änderungen des ehelichen Güterstandes, insbesondere der Gütertrennung, und Haftung der Ehefrau wegen Verbindlichkeiten ihres Ehemanns als Mitglied einer Genossenschaft bei deren Konkurs, LeipzZ. **08** 922.

Wenz aaO. Die Nachschußpflicht des Genossen, auch des ausgeschiedenen, und die direkte Haftung gegenüber den Gläubigern der Genossenschaft ist eine persönliche Schuld des Ehemanns im Sinne der §§ 1459, 1530, 1549, für die das Gesamtgut haftet. Gegen Vermögensverschiebungen durch Güterstandsveränderung schützt Anfechtung und § 1480. Erörtert wird sodann: a) Die Legitimation zur Anfechtung: die des Konkursverwalters der Genossenschaft wird bejaht, die ihres Vorstandes verneint. Gleiches gilt für § 4 AnfG. b) Auf welchen Zeitpunkt sind die Fristen des § 3 Ziff. 2—4 AnfG. zu erstrecken? Wann gewinnen die Verbindlichkeiten eines ausgeschiedenen Genossen, der nach seinem Ausscheiden in Konkurs gerät, Bestand? Mit der Konkurseröffnung entsteht die Nachschußpflicht als solche. Nicht maßgebend: die Vollstreckbarkeitserklärung der Vor- und Nachschußberechnungen; der tatsächliche oder fingierte Zeitpunkt des Ausscheidens des Genossen. — Der direkte Anspruch der Genossenschaftsgläubiger (§§ 122 ff.) ist durch Abs. 2 §§ 122, 125 nur befristet und schon entstanden, sobald mit dem Schlußverteilungsergebnisse der Ausfall feststeht. c) Beweislast für § 3 Ziff. 2 AnfG. Einwände der Ehefrau.

§ 106. Nachschußpflicht von versehentlich nicht gelöschten Genossen. **RG.** I. 26. 10. 08, **69** 366. Heranziehung eines Genossen, der vor mehreren Jahren seinen Austritt erklärt hat, ohne daß dies in die Liste eingetragen wäre (§ 70 Abs. 2), selbst wenn der Konkursverwalter die Austrittserklärung kannte. Ein früheres Urteil, das die Genossenschaft mit ihrer Forderung auf Einzahlung eines erhöhten Geschäftsanteils wegen der infolge unerlaubter Handlung ihres Vorstandes unterlassenen Anmeldung des Ausscheidens abgewiesen hat, steht der Heranziehung zum Nachschusse nicht entgegen. Der Konkursverwalter kann aber nicht den Betrag der Anteilserhöhung auch in die Vorschußberechnung aufnehmen. Gegen die Heranziehung zum Nachschusse steht dem Genossen der Weg des § 108 und der des § 111 offen. § 826 BGB. ist nicht anwendbar.

§ 107. Ladung zum Erklärungstermine. **RG.** II. 28. 4. u. 8. 5. 08, R. **08** II Ziff. 2501. Für den Erklärungstermin ist § 76 Ziff. 3 KO. wegen § 111 GenG. nicht entsprechend anwendbar (öffentliche Bekanntmachung keine genügende Zustellung). Die besondere Ladung braucht nur den Anforderungen des § 77 KO. zu entsprechen (Aufgabe zur Post).

§ 111. Anfechtung der vollstreckbaren Berechnung. **RG.** II. 28. 4., 8. 5. 08, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 34 und 788 Ziff. 5, R. **08** II Ziff. 2502. Außer der Klage aus § 111 ist für den seine Mitgliedschaft bestreitenden, aber eingetragenen Genossen die gewöhnliche Feststellungsklage mangels Rechtsschutzinteresses nicht gegeben. Versäumung des Erklärungstermins infolge unrichtiger Angaben eines Organs der Genossenschaft hemmt den Lauf der Notfrist nicht, sondern kann höchstens für einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verwertet werden.

§ 112. Zuständigkeit der Anfechtungsklage. **RG.** II. 28. 4. u. 8. 5. 08, LeipzZ. **08** 701 Ziff. 34, R. **08** II Ziff. 2504. Ist das Landgericht mit einem Anfechtungsprozesse befaßt, so können bei ihm auch später auftretende Anfechtungskläger, ohne erst den Weg des Abs. 1 § 112 beschreiten zu müssen, klagen.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

§ 138. Übertragung eines von mehreren Anteilen. RJA. **9** 177, R. **08** II Ziff. 3510 (KG.). Ein mit mehreren Anteilen an einer e. Gen. mbH. beteiligter Genosse kann an einen anderen nur sein ganzes Geschäftsguthaben unter Austritt aus der Genossenschaft, nicht aber einen oder einige seiner Anteile mit der Wirkung übertragen, daß er mit dem Reste an der Genossenschaft beteiligt bleibt.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 157. 1. Beschwerderecht des Prozeßgegners der Genossenschaft. R. **08** II Ziff. 2871 (KG.). Der Prozeßgegner einer eingetragenen Genossenschaft hat als solcher kein Beschwerderecht, um eine Richtigstellung der im Genossenschaftsregister eingetragenen Rechtsverhältnisse durchzusetzen, an der er für den Prozeß ein berechtigtes Interesse hat.

2. Zahl der anmeldenden Vorstandsmitglieder. KGJ. **35** A 364, ZBlFG. 8 435, R. **08** II Ziff. 921 (Jena) (vgl. JDR. **6** Note 2). Anmeldungen zu Eintragungen in das Genossenschaftsregister sind nur dann gehörig erfolgt, wenn Vorstandsmitglieder in der im Statute für die ordnungsmäßige Besetzung des Vorstandes vorgesehenen Zahl mitgewirkt haben. Die Anmeldung durch sämtliche gerade vorhandenen Vorstandsmitglieder genügt nicht.

Patentgesetz.

Vom 7. April 1891.

I. Literatur 1907, 1908: Crome, System des bürgerlichen Rechtes, Bd. IV: Patent- &c. Recht. — Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. IV: Urheber-, Patent-, Zeichenrecht. — Kent, Kommentar zum Patentgesetze. — Kloeppel, Patent-, Gebrauchsmusterrecht. — Kohler, Lehrbuch des Patentrechts. — Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. — Robolski, Patentgesetz. — Stephan, Patentgesetz. — Nummernliste der deutschen Patentschriften.

II. Literatur zur Frage der Sondergerichtsbarkeit in Patentsachen: Alexander-Katz, Über Sondergerichte für gewerblichen Rechtsschutz, ZIndR. **3** 253. — Bolze in seinem Vortrag über „Sondergerichte in Patentsachen" (s. Referat R. **08** 362) widerspricht einer Loslösung der Patentsachen aus der bestehenden Gerichtsorganisation, empfiehlt dagegen die Zuziehung von zwei Technikern (besser: Gewerbetreibenden auf technischem Gebiete) als Beisitzer, die nach Art der Handelsrichter zugezogen werden. Auch das OLG. als Berufungsinstanz solle unter Zuziehung von Technikern tätig werden. Eine Zentralisation der Berufungsinstanz sei nicht erforderlich, ebenso soll das RG. Revisionsgericht bleiben, ein besonderer Patentgerichtshof sei nicht erforderlich. Auch die Zuziehung von Technikern in dritter Instanz sei nicht nötig, auch wenn das RG. dabei bliebe, die Auslegung des Patentanspruchs für sich in Anspruch zu nehmen. — Bolze, Reform des Verfahrens in Patentsachen, R. **08** 62, weist auf die Schäden hin, welche die verschiedene Zuständigkeit von Patentverletzungs- und Nichtigkeitsklagen &c. zur Folge haben, auf die Inkongruenz der Bestimmungen des Patent- und Gebrauchsmustergesetzes darüber, wer über den Mangel der Neuheit der betreffenden Erfindung zu entscheiden hat. — Breslauer, Beitrag zur Frage der Sondergerichtsbarkeit, GewRSchutz **08** 337. — Cahn, Techniker als Richter. Nürnberg 1908. — Damme, Sachverständige Gerichte oder gerichtliche Sachverständige, DJZ. **08** 394, spricht sich für Gerichte mit Techniker-Beisitzern aus. — Degen, Gegen die Sondergerichte für Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908. — *Gunz, Bay. RpflZ. III H 2. Der Plan eines zentralisierten, mit juristischen und technischen Richtern im Hauptamte besetzten Sondergerichtshofs für alle Patentstreitigkeiten, bestehend aus fünf, nach Gebieten der Technik gegliederten Spruchkammern (Projekt des „Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums") ist zu verwerfen. Der Bedürfnisnachweis ist nicht erschöpfend erbracht. Die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit ist äußerlich, zerreißt Prozeßstoffe und führt zu widersprechenden Urteilen. Die Zentralisierung verteuert und verlangsamt den Prozeßgang für auswärtige Parteien und beeinträchtigt die Beweisaufnahme. Geeignete Techniker mit wirklichem „Sachverständnisse" für die heterogenen Gegenstände jeder einzelnen Kammer werden schwer zu finden sein. Die Schwierigkeit wird sich noch fühlbarer erweisen bei Prozessen, die die Gebiete mehrerer Kammern berühren. Der befruchtende Einfluß der Praxis wird dem technischen Richter fehlen. Besserung etwaiger Mißstände ist vielmehr durch sorgfältigere technische Vorbildung der Juristen, vermehrte Heranziehung von Technikern zu den Kammern für Handelssachen ➾ namentlich aber durch Reformen auf dem Gebiete des Sachverständigenwesens ⇐ zu erzielen. — Jacobson, Die Laienrechtsprechung, ZIndR. **3** 205. — Isay, Die Gerichtsbarkeit in Patentprozessen. Berlin 1908. Eindringlich und mit beachtenswerter Begründung werden Sondergerichte verlangt. — Katz, Beweisaufnahme in Patentprozessen, LeipzZ. **08** 49. — Kloeß, Technische Juristen oder Justizingenieure, ZIndR. **3** 181. — Landenberger, Zur Frage der Patentgerichte, ZIndR. **3** 97. — Merzbacher, Rechtsprechung und Sachverständigenwesen auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, SeuffBl. **08** 784. — Rathenau, Patent- und Gebrauchsmusterprozesse in Preußen im Lichte der Statistik, LeipzZ. **08** 488. — Derselbe, Das Sachverständigenwesen in Patentprozessen. Berlin 1908. — Derselbe, Die Patentgerichte auf dem Leipziger Kongresse für gewerblichen Rechtsschutz, R. **08** 633. — Dagegen: Derselbe, Beschleunigung von Patentprozessen, GewRSchutz **08** 156. Verf. macht eine Reihe von Vorschlägen zur Beschleunigung von gewerblichen Rechtsschutzprozessen im Rahmen des geltenden Rechtes. — Dagegen: v. Schütz, Die Patentgerichte &c., GewRSchutz **08** 299. — Rauter, Zur Frage der technischen Gerichtshöfe, MSchutzuWettbew. **7** 133. — Runkel-Langsdorf, Der sachverständige Richter, ZIndR. **3** 134. — Tolksdorf, Die Patentgerichte. Hannover 1908. — Wildhagen, Der Kongreß für gewerblichen Rechtsschutz zu Leipzig, LeipzZ. **08** 481. —

Wirth, Zur Rechtsfindung durch gemischte Gerichte, GewRschutz 08 206. — Sehr beachtenswert dazu Hagens, GewRschutz 08 341. — Wertheimer, Die Gerichtsbarkeit in gewerbl. Rechtsschutzsachen, MschutzuWettbew. 7 153. — Derselbe, Die Ergebnisse des Leipz. Kongresses für gewerblichen Rechtsschutz (eingehende Kritik derselben), LeipzZ. 08 671. — PrJustMinVf. vom 11. Oktober 1907.

Erster Abschnitt. Patentrecht.

Allgemeines. Hanauer, Internationale Klassifikation der Patente, Mitt. VDP. 08 103. Verf. schildert ein System, das ermöglicht, Schriftstücke und Zeichnungen nur durch Ziffern systematisch so zu bezeichnen, daß aus den verschiedenen Ziffern ohne weiteres der Gegenstand, der in dem Schriftstück oder in der Zeichnung behandelt wird, zu erkennen ist.

§ 1. I. 1. **a)** Schanze, Erfindung (Inhalt der Erfindung) und Gegenstand der Erfindung, ZIndR. **01** 49. Der Unterschied beider zeigt sich bei der Beantwortung der Fragen, was ist zu patentieren, und was ist patentrechtlich geschützt, da die Objekte des Patents und des Patentschutzes auseinanderfallen können. Jede Erfindung hat einen Inhalt, hat ihren Gegenstand; beide können sich decken, die Erfindung kann einen Gegenstand zum Inhalte haben, es muß dies aber nicht der Fall sein. Im Hinblick auf den verschiedenen Inhalt kann man Gegenstands- und Bestandteilserfindungen unterscheiden; daneben gibt es noch Eigenschaftserfindungen. **b)** Dagegen polemisiert Adler, Nochmals die Zulässigkeit der Vereinigung mehrerer Erfindungen in einer Anmeldung nach österr. Patentrechte, ZIndR. 2 97. c) Hierauf erwidert Schanze, ZIndR. **2** 121.

2. Löwy, Die Definition des Erfindungsbegriffs, GewRschutz **08** 177. Verf. gibt eine den Grundsätzen der Entwickelungslehre entsprechende Definition des Erfindungsbegriffs. Dieselbe lautet: Eine (neue Erfindung) ist jede technische Leistung, die sich an das jeweilige Endglied einer technischen Entwickelungsreihe anschließt und sich aus einer Problemstellung, mit dem zur Zeit geläufigen Wissen und Können, weder unmittelbar noch als eine in dieser (oder einer nahe verwandten) Entwickelungsreihe bekannte Kombination technischer Elemente in bekannter Verwendungsweise ergibt.

3. Sell, Gewerbliche Verwertbarkeit als Bedingung der Patentfähigkeit, Mitt. VDP. **07** 73. Verf. bekämpft die Ansicht des PA., nach der „gewerblich verwertbar" nicht nur so viel wie ausführbar, sondern „auf eine mechanische oder chemische Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen abzielend" bedeute.

4. **a)** Wirth, Zur psychologischen Synthese der Erfindung, Mitt. VDP. **07** 78. **b)** Wirth, Fortschritt und Überraschung bei der Erfindung, Mitt. VDP. **08** 78, polemisiert über deren Bedeutung gegen Schanze.

5. Bergell u. Gottscho, Über die psychologische Prüfung der Erfindungsgenese, GewRschutz **08** 346. Ausgehend von dem Satze, daß die Erfindung psychologisch das Endresultat einer Reihe von Handlungen darstelle, kommen die Verf. u. a. auch dazu, auf Grund der psychologischen Betrachtung des technischen Fortschritts in einem Fache (d. h. der auf technische Entwickelung gerichteten gesamten Geistestätigkeit aller Fachgenossen) folgenden Leitsatz aufzustellen: eine naheliegende Maßnahme (vgl. PBl. **03** 222 [PA.]) liegt in dem betr. Fache nicht vor, d. h. eine patentfähige Erfindung ist gegeben, wenn derjenige Zeitraum für das betreffende Fach ein großer ist, der zwischen der Möglichkeit der Fassung der ersten Idee zur Erfindung und der die Erfindung abschließenden Idee (äußerlich belegt durch das Datum der Patentanmeldung) liegt.

6. Ferchland, Über Stoffpatente, Mitt. VDP. **08** 91, wendet sich dagegen, daß die chemischen Erfindungen anderen rechtlichen Grundsätzen unter-

worfen sind als alle sonstige Erfindungen. Er versucht nachzuweisen, daß ein chemisches Stoffpatent genau wie jedes andere Erzeugnispatent zu beurteilen ist, daß alle theoretischen Einwendungen dagegen auf Trugschlüssen beruhen und daß die gegenwärtige deutsche Praxis in bezug auf die Patente für chemische Verfahren selbst dann logisch bedenklich bleibt, wenn man den Stoffschutz ablehnt.

II. 1. **RG.** I. 27. 10. 06, PBl. **07** 33. Eine an sich bekannte Vorrichtung wird nicht dadurch zu einer neuen Erfindung, daß mit ihr auf dem für sie bestimmten Gebiet eine neue Wirkung erzielt wird. Der Ausdruck „Saugpumpe" umfaßt alle Arten von Pumpen, da die Saugwirkung zum Wesen des Pumpens gehört. Die Anwendung von Kolbenpumpen statt anderer Pumpenarten ohne Überwindung technischer Schwierigkeiten ist keine Erfindung (vgl. Ziff. 15).

2. **RG.** I. 19. 11. 07, PBl. **07** 107. Die Erkenntnis und Richtigstellung der Bedingungen eines bereits erzielten Effektes ist keine Erfindung, wenn nicht durch ein neues technisches Mittel ein neuer technischer Effekt erzielt wird; unwesentlich ist dabei, ob die Industrie durch die theoretische Erkenntnis praktisch gefördert wird.

3. **RG.** I. 19. 1. 07, LeipzZ. **07** 217. Die Verwendung eines patentierten Apparats zu einem anderen als von dem Erfinder vorgesehenen Zwecke ist keine neue Erfindung, wenn diese Verwendung nahe liegt, ohne Überwindung besonderer technischer Schwierigkeiten möglich ist und in den Rahmen des durch die frühere Erfindung betroffenen Arbeitsvorgang fällt.

4. **RG.** I. 25. 2. 07, LeipzZ. **07** 436. Gewerbliche Praxis und Erfindung.

5. **RG.** I. 1. 6. 07, LeipzZ. **07** 590. Bei dem sog. Gegenstandspatente stellt sich der Erfindungsgedanke in einem körperlichen Arbeitsmitttel, bei dem sog. Verfahrenspatent in der vorgeschriebenen Arbeit selbst dar. Ein Patent kann gleichzeitig für einen Gegenstand und für ein Verfahren erteilt werden, wenn das körperliche Arbeitsmittel (Werkzeug) und die damit zu bewerkstelligende Arbeit oder wenigstens deren Endergebnis neu ist.

6. **RG.** I. 23. 6. 07, LeipzZ. **07** 740. Eine neue Kombination ist auch schutzfähig, wenn einzelne Elemente bereits bekannt waren.

7. Kombinationspatent. **RG.** I. 9. 10. 07, LeipzZ. **08** 170. Unterschied von einem bloßen Aggregat bekannter Elemente. Gesteigerte Gesamtleistung verschiedener bekannter Elemente kann neue patentfähige Erfindung darstellen.

8. **RG.** I. 9. 11. 07, LeipzZ. **08** 170, WarneyersRGRspr. 08 Ziff. 177. Werden drei Teile zu einem Ganzen verbunden und wird ein Teil in seiner Verbindung mit den beiden anderen Teilen geschützt, so erstreckt sich der Schutz notwendig auf die Verbindung dieser drei Teile miteinander.

9. **RG.** I. 28. 9. 07, SörgelRspr. **07** 544. Auch wenn der Satz, daß selbst bei reinen Kombinationspatenten im Zweifel auch die einzelnen Elemente geschützt seien, anzuerkennen sein sollte, kann er doch nie dazu führen, den Patentschutz über dasjenige hinaus zu erstrecken, was der Erfinder erkannt und erprobt hat.

10. **RG.** I. 1. 4. 08. Patentiert wird, was nach den erkennbaren Erfindungsgedanken in Anbetracht des derzeitigen Standes der Technik patentiert werden konnte. Soweit also einzelne Elemente der Kombination neu waren und einen technischen Vorteil boten, genießen sie innerhalb der Gesamtkombination selbständigen Patentschutz. Dasselbe gilt von einer patentfähigen Verbindung einzelner Elemente.

11. **RG.** I. 31. 5. 08, LeipzZ. **08** 602. Die Übertragung einer bekannten Vorrichtung auf ein verwandtes technisches Gebiet, auf

dem sie bisher nicht angewandt wurde, ist, sofern diese Übertragung nahe gelegen und ohne Überwindung besonderer Schwierigkeiten zu bewerkstelligen war, auch dann keine Erfindung, wenn die Vorrichtung bei ihrer neuen Verwendung besondere Vorteile bietet, die sie bei ihrer ursprünglichen Benutzung nicht gewähren konnte.

12. PBl. **06** 326, ZIndR. **1** 18 (Hamburg). Erhöhung der Ausbeute kann patentbegründendes Moment sein.

13. **RG.** I. 15. 2. 08, ZIndR. **3** 117. Der allgemeine Erfindungsgedanke ist bei Bekanntsein einer Ausführungsform nicht mehr neu. Neue Erklärung eines bekannten Vorganges ist keine Erfindung.

14. **RG.** I. 23. 1. 07, GewRschutz **07** 135. Aus der bloßen Übereinstimmung der Erzeugnisse kann nicht auf die Gleichheit der Verfahren geschlossen werden, da verschiedene Wege zur Erzielung des gleichen Produkts gegeben sein können.

15. **RG.** I. 9. 10. 07, WarneyersRGRspr. **08** Ziff. 79. Die Anpassung einer bekannten Einrichtung auf andere Raumverhältnisse ist keine Erfindung, z. B. die Anpassung von Einrichtungen eines Kastenschlosses an die besonderen Raumverhältnisse eines Vorhängeschlosses.

16. **RG.** I 29. 6. 08, WarneyersRGRspr. **08** Ziff. 656. Die Anwendung eines bekannten Verfahrens auf einen neuen Gegenstand kann dann als Erfindung anzusehen sein, wenn sie besondere, bisher unüberwindlich geschienene Schwierigkeiten beseitigt und zu ungeahnten technischen Erfolgen führt.

17. **RG.** I. 25. 9. 07, PBl. **08** 11. Nicht patentfähig ist eine Erfindung, die eine bekannte Aufgabe durch bekannte Mittel löst und nur darin etwas Neues bietet, daß sie diese Mittel steigert und durch diese Steigerung gewisse Vorteile erzielt.

18. **RG.** I. 30. 9. 08, LeipzZ. **08** 857. Die Patentfähigkeit einer technischen Erfindung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß sie für ihre Anwendung die Aufmerksamkeit und Geschicklichkeit eines Menschen als selbständiges Element ihrer Wirksamkeit beansprucht.

19. **RG.** I. 25. 9. 07, WarneyersJ. **07** 559 Ziff. 72. Die bloße Änderung der Abmessungen einer bekannten Einrichtung ist keine patentfähige Erfindung.

20. DJZ. **06** 969 (PA.). Dem Patentschutze sind Heilverfahren für den menschlichen Körper nicht zugänglich.

21. PBl. **07** 128 (PA.). Gewerbliche Verwertbarkeit erreicht nicht ein Verfahren, welches nur eine Angabe für den Arbeiter bietet und bestimmt ist, auf dessen Einsicht zu wirken.

22. **RG.** I. 27. 4. 07, ZIndR. **2** 137. Verfahren im Sinne des Patentrechts ist jeder durch menschliche Tätigkeit hervorgerufene Vorgang, durch den ein gewerbliches Erzeugnis hergestellt oder ein Erfolg erzielt werden soll, der für andere menschliche Bedürfnisse ein Befriedigungsmittel schafft. (Wird angewendet auf den Arbeitsgang einer Gasglühlichtlampe.) Richtiges Erkennen des Verfahrens ist Vorbedingung für den Patentschutz, daher muß der Erfinder einer Einrichtung, wenn nicht nur diese, sondern auch deren Arbeitsgang als Verfahren geschützt sein soll, das Wesen des Arbeitsganges so ergründen, daß er erkennt, in welcher Weise bei demselben die Naturkräfte zur Erzielung des gewollten Erfolges benutzt werden. Er muß darüber eine Regel aufstellen, eine richtige Anweisung erteilen können.

23. OLG. **14** 428, ZIndR. **2** 172 (Dresden). Erfordert ein patentiertes Verfahren die Benutzung bestimmter Arbeitsmittel (Apparate), so erstreckt sich der Patentschutz tatsächlich mit auf diese Arbeitsmittel.

24. PBl. **08** 28 (PA.). Die nicht gedruckte Beschreibung und Zeichnung eines Gebrauchsmusters ist bei der patentrechtlichen Neuheitsprüfung auch nicht einmal unterstützend heranzuziehen.

25. **RG.** I. 30. 9. 08, LeipzZ. **08** 936. Der Grundsatz der Äquivalenz — wonach sich der Patentschutz auf die im Hinblick auf den Zweck gleichen Mittel erstreckt — gilt bei Patenten für eine Vorrichtung in gleicher Weise wie bei Verfahrungspatenten.

§ 2. I. Benjamin, Zur Kollision von technischen Schutzrechten unter sich und mit Rechten aus dem Erfindungsvorbesitze, ZJndR. **3** 145, nimmt Stellung gegen die Ansicht, § 2 PatG., §§ 4, 5, 6 GebrMustG. seien so auszulegen, daß die bloße Existenz eines früher angemeldeten Gebrauchsmusters der Erteilung bzw. Rechtsgültigkeit eines später angemeldeten Patents oder Gebrauchsmusters auf den gleichen Gegenstand nicht hinderlich sein könne, ebensowenig wie die Existenz einer zur Erteilung führenden Patentanmeldung einen Löschungsgrund für ein zwischen Anmeldung und Erteilung des Patents angemeldetes Gebrauchsmuster auf den gleichen Gegenstand bilden könne.

II. 1. **RG.** I. 29. 7. 06, PBl. **07** 107. Offenkundige Benutzung liegt auch dann vor, wenn Geschosse usw. bei Schießübungen des Militärs, die im Interesse der Landesverteidigung gehalten werden, Verwendung finden.

2. Vgl. auch über den Begriff der offenkundigen Benutzung **RG.** I. 25. 11. 03, **56** 54, GewRschutz **08** 105.

3. MschutzuWettbew. 8 114 (PA.). Offenkundige Vorbenutzung kann weder darin liegen, daß den mit der Herstellung des fraglichen Gegenstandes beschäftigten Arbeitern keine Schweigepflicht auferlegt ist, oder daß Besucher, auch wenn sie auf dem betr. Gebiete keine besondere Sachkunde besitzen, ihre Wahrnehmungen auch ohne Kenntnis ihrer technischen Bedeutung an wirkliche Sachverständige mitteilen können.

4. PBl. **08** 28 (PA.). Die nicht gedruckte Beschreibung und Zeichnung eines Gebrauchsmusters ist bei der patentrechtlichen Neuheitsprüfung auch nicht einmal unterstützend heranzuziehen.

§ 3. I. Erfinderrecht der Angestellten. Nernst, Dienstherr und Erfinder, DJZ. 08 909. Verf. macht folgende Vorschläge unter beachtenswerten Ausführungen über die fabrikatorische Art, wie Erfindungen in der Industrie gemacht werden. a) Ein Vertrag zwischen Dienstherrn und Angestellten, wonach letzteren generell die Entnahme von Patenten verboten ist oder etwaige Patente generell dem Dienstherrn gehören, ist unstatthaft und hat keine gesetzlichen Folgen. b) Patentanmeldungen seitens eines Dienstnehmers, die durch Preisgabe von Dingen, die er durch seine berufliche Tätigkeit erfahren hat, das Interesse des Dienstherrn verletzen, sind strafbar. c) Erfindungen eines Dienstnehmers, die eine unmittelbare Frucht von Informationen sind, die er in seiner beruflichen Tätigkeit gewonnen hat, und die ferner Verbesserungen in der Herstellung von Erzeugnissen, welche der Erfinder zu überwachen hat, betreffen, gehören, wenn nichts anderes vereinbart ist, unumschränkt dem Dienstherrn. d) Führt eine unter Ziff. 3 fallende Erfindung zu einer Patentanmeldung, so kann der Angestellte binnen vier Wochen, nachdem er von der erfolgten Anmeldung der Erfindung Kenntnis erhalten hat, ein besonderes Zeugnis dafür beanspruchen, daß er die betreffende Erfindung gemacht oder wenigstens bei ihrer Entstehung mitgewirkt hat.

2. Rauter, Das Recht an der eigenen Erfindung, LeipzZ. **08** 425 ff., 506 ff. Der Schutz soll nur dem wirklichen Erfinder erteilt werden. Dieser hat seine Erfinderschaft eidesstattlich zu erhärten. Zugleich mit der Anmeldung oder während des Erteilungsverfahrens kann erklärt werden, daß die Ausnutzung

des Patents einem Dritten übertragen sei. Vertragsbestimmungen, die einem Angestellten den angemessenen Nutzen aus seiner Erfindung entziehen, sollen nichtig sein. Nichtig sollen auch sein alle Abmachungen, durch welche Personen dahin verpflichtet werden, über Erfindungen, die sie erst nach Beendigung eines Dienstverhältnisses machen werden, zugunsten ihrer früheren Arbeitgeber zu verfügen oder wodurch sie verpflichtet werden, über solche Erfindungen zugunsten ihrer Arbeitgeber zu verfügen, die zu der Tätigkeit, für welche sie angestellt sind, in keiner Beziehung stehen.

3. West, Erfindungsschutz technischer Angestellter, GewRschutz **08** 73 ff., bezeichnet es als unbillig und wirtschaftlich unzweckmäßig, daß in Deutschland die Angestellten, deren berufliche Aufgabe es ist, auf technische Verbesserungen bedacht zu sein, für ihre Erfindungen keinen ausreichenden Schutz genießen. Er erörtert die verschiedenen Phasen, welche die Regelung dieser Frage im Reichstage, beim Bunde der technisch-industriellen Beamten, dem deutschen Technikerverbande, dem deutschen Juristentage durchlaufen hat, und stellt neue Leitsätze auf.

4. Die Forderungen des Bundes technisch-industrieller Beamten s. GewRschutz **08** 221.

5. Tolksdorff, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen, ZIndR. **3** 193, bestreitet, daß Angestellte ein Anrecht auf die in Beziehung zu dem Unternehmer stehende Erfindung haben, tritt aber dafür ein, daß bei der auf den Namen des Unternehmers gehenden Patentanmeldung auch der Name des Erfinders zu nennen und in der Patentschrift anzugeben ist.

6. Verhandlungen des 19. DJT..: „Welche Änderungen des bestehenden Rechtes empfehlen sich, um denjenigen Personen, welche in einem Vertrags- oder Anstellungsverhältnisse tätig sind, den gebührenden Anteil an Nutzen und Ehre aus ihren Erfindungen und sonstigen geistigen Schöpfungen sicherzustellen."

7. Gutachten des Prof. Dr. Schanze I 82 schlägt Gesetzesvorschriften vor, wonach a) das Recht an der Erfindung und an dem Gebrauchsmuster, das in der Person des Angestellten entsteht, geht alsbald ohne weiteres auf den Geschäftsherrn über; b) dem Angestellten, wenn der Geschäftsherr nicht auf die Erfindung verzichtet, ein Anspruch auf angemessene Vergütung zusteht, auf den er im voraus nicht wirksam verzichten kann. Außerdem werden Vorschriften über den Schutz der Erfinderehre gemäß den Ergebnissen des Schanzeschen Aufsatzes: Erfinderehre und ihr rechtlicher Schutz, Industrierechtl. Abhandlungen II 181 ff. verlangt.

8. Gutachten des Prof. Dr. Osterrieth III 252. Um auf dem Gebiete des Erfindungsrechts den Grundsatz einzuführen, daß das Recht an der Erfindung oder dem Gebrauchsmuster grundsätzlich dem Erfinder zusteht, empfiehlt es sich, im PatG. und GebrMustG. ausdrücklich auszusprechen, daß der Anspruch auf das Patent oder die Eintragung des Gebrauchsmusters dem Erfinder zusteht, ebenso, daß auf Antrag des Anmelders der Name des Erfinders bei der Anmeldung, in der Patentrolle und auf der Patentschrift angebracht werden muß. Das Recht der ausdrücklichen Nutzung einer Erfindung kann (ausdrücklich oder stillschweigend) auf andere übertragen werden. Eine stillschweigende Übertragung tritt dann ein, wenn der Urheber kraft Vertrags oder Anstellungsverhältnisses zur Herstellung eines Vermerkes verpflichtet ist, dem ein auf Urheberschaft beruhendes Schutzrecht anhaftet, und wenn die ausschließliche gewerbsmäßige Nutzung der betreffenden geistigen Schöpfung in den Rahmen des Betriebs fällt, dem der Urheber seine Leistungen zur Verfügung zu stellen verpflichtet ist. Undurchführbar ist dagegen dem Urheber einer geistigen Schöpfung, der das Recht ausschließlicher wirtschaftlicher Nutzung an seinem

Werke einem anderen übertragen hat, einen Anspruch auf einen Anteil an dem Nutzen der Erfindung zu gewähren.

9. Wassermann, Der gewerbliche Rechtsschutz auf dem 29. DJT., MSchutzuWettbew. 8 5, behandelt eingehend die „Erfindungen Angestellter".

10. *Bolze, Rechte der Angestellten und Arbeiter an den Erfindungen ihres Etablissements. Enthält der Dienstvertrag keine Bestimmung darüber, wem die von einem in einem gewerblichen Etablissement Angestellten während seiner Dienstzeit in der Branche des Etablissements gemachten, gewerblich verwertbaren Erfindung gehört, so ist der Etablissementsinhaber als der Erfinder anzusehen. Er ist der erste und wahre Erfinder, welcher der rechtmäßige Eigentümer des von ihm auf diese Erfindung angemeldeten und ihm erteilten Patents ist, und die Rechte aus § 3 gegen den Angestellten verfolgen darf, wenn dieser für sich die Erfindung zur Patentierung angemeldet hat. Nur muß die Handlung des Angestellten, welche die Erfindung darstellt, in die Erscheinung getreten sein, um als Erfindung zu gelten, sei es in Zeichnungen, Modellen, Beschreibungen, Erprobungen usw. Hat der Funktionär (Ingenieur, Techniker, Arbeiter, Handlungsreisender usw. des Etablissements wie der Gesellschafter oder Disponent) diesen Weg beschritten, so hat er ihn als Funktionär seines Etablissements beschritten und seine Handlungen sind dem Etablissement zuzurechnen. Begründung dieser Sätze in der Schrift obigen Titels, Leipzig, 1907.

11. Siemens u. Budde, Das Recht der Angestellten an den Erfindungen. Abhandlungen. Berlin 1908. Verf. verteidigen auf Grund der Eigenart unserer großindustriellen Betriebe die derzeitige Rechtslage und warnen zur Zeit vor einem gesetzgeberischen Eingreifen.

12. Die Abhandlung von Siemens auch GewRschutz 07 203.

13. Schwagmaier, Das Urheberrecht des Geschäftsherrn an Werken und Erfindungen seiner Angestellten. Berlin.

14. Joseph, Die Erfindungen Angestellter auf dem DJT. (Karlsruhe), Mitt. DPA. 08 123.

15. Hammer, Das Recht des Angestellten an seinen Erfindungen. Nürnberg.

16. Dernburg, DJZ. 07 1 ff., empfiehlt, den Erfindern Ansprüche zu gewähren gegen diejenigen, welche Patente auf Erfindungen lösen, die von ihnen stammen. Der Anspruch der Erfinder müßte auf einen verhältnismäßigen Teil des Reingewinns gehen, welchen das Patent abwirft. Der Patentnehmer soll weiterhin durch genügende gesetzliche Bestimmung verpflichtet werden, schriftlich zu bezeugen, daß die Erfindung ganz oder zum größeren Teil von dem Erfinder herrühre. Die gesetzliche Bestimmung über den vermögensrechtlichen Anteil am Erfindernutzen müßte eine bloß dispositive sein, so daß es zulässig wäre, daß die Vereinbarung des Erfinders mit dem Patentnehmer diesen Anspruch ausschlösse oder näher bestimmte.

17. Isay, Klöppel, Wirth, GewRschutz 07 41, 122, 9, behandeln in Berichten für den Düsseldorfer Kongreß des Deutschen Vereins für den Schutz des gewerblichen Eigentums die Frage der Abhängigkeit.

18. *Dunkhase, Der Schutz des Erfinders gegen unberechtigte Anmeldungen nach dem Patentgesetze GewRschutz 07 213—221. In der Abhandlung wird ausgeführt, daß es einen „Erfindungsbesitz", insbesondere ein Recht des Besitzers auf Anmeldung der Erfindung nicht gebe, daß insbesondere der § 3 Abs. 2 PatG. nicht die Erfindungsbesitzer schütze, sondern nur, falls der dort vorgeschriebene Beweis geführt werde, eine Beweisvermutung für das Recht des Einsprechenden an der Erfindung aufstelle, die indessen auf seiten des Anmelders den Gegenbeweis, daß der Einsprechende kein Recht an der Erfindung

habe, nicht ausschließe. Zum Einspruche wegen Entnahme sei auch ein Mitberechtigter berufen, aber nur gegenüber einem Unberechtigten, nicht gegenüber einem Mitberechtigten.

II. 1. **RG.** I. 19. 6. 07, LeipzZ. **08** 654, JW. **07** 527, ZJndR. 2 270. Das Recht des Anmelders auf Erteilung des Patents für die von einem anderen gemachte Erfindung ist nur dann ausgeschlossen, wenn dessen Einwilligung zur Zeit der Anmeldung fehlte. Späterer Widerruf ist belanglos, auch für die seitens des Anmelders an Dritte vorgenommenen Übertragungen, es sei denn, daß zwischen diesen eine Kollusion zur absichtlichen Schädigung des Erfinders stattgefunden hätte.

2. PBl. **08** 260 (PA.). Der Schutz einer früher angemeldeten Vorrichtung, die ein bestimmtes Verfahren voraussetzt, schließt die Patentierung dieses Verfahrens im Hinblick auf § 3 Abs. 1 PatG. nicht aus.

3. **RG.** I. 19. 1. 07, JW. **07** 527. Widerruf der Einwilligung des Erfinders nach der Anmeldung hat auf die Erteilung des Patents keine den Anmelder schädigende Wirkung.

4. **RG.** I. 27. 6. 07, R. **07** 994 Ziff. 2488. Das Recht des Anmelders auf Erteilung des Patents ist nach § 3 PatG. nur dann ausgeschlossen, wenn es zur Zeit der Anmeldung in der Einwilligung des Erfinders gefehlt hat. Der spätere Widerruf hat diese Wirkung nicht.

5. OLG. **15** 6 (Cöln). Eine patentfähige Erfindung ist von ihrer Anmeldung unpfändbar und gehört nicht zur Konkursmasse.

6. **RG.** I. 15. 4. 08, JW. **08** 436. Die Abhängigkeit einer neuen Erfindung von der älteren erfordert nicht notwendig, daß die ältere ganz in der neuen in Benutzung genommen wird. Vielmehr genügt schon eine teilweise Benutzung und eine Benutzung mit Abänderungen. Freilich genügt es nicht, daß sich das erfinderische Denken in beiden Fällen teilweise auf der gleichen Bahn bewegt hat, insbesondere nicht, daß die gleichen Naturgesetze zu demselben technischen Erfolge geführt haben. Wohl aber wird man die teilweise Benutzung der älteren Erfindung dann anerkennen müssen, wenn greifbare technische Teilerfolge, die zur Herbeiführung des technischen Endzwecks dienen und bei der alten Erfindung mittels erfinderischer Tätigkeit erzielt waren, auch bei der neuen Erfindung mit den gleichen technischen Mitteln hergestellt und zur Herbeiführung des Endzwecks benutzt werden.

7. **RG.** VII. 14. 6. 07, R. **07** 994 Ziff. 2447. Über den Streit zweier Patentinhaber wegen der Abhängigkeit ihrer Rechte voneinander haben die ordentlichen Gerichte zu befinden. Die Auffassung des Patentamts ist dafür nicht maßgebend.

8. **RG.** I. 15. 6. 08, LeipzZ. **08** 706. Um zu entscheiden, ob es glaubhaft ist, daß ein Patent von einem anderen Patent abhängig ist, muß das Gericht sich an der Hand der Patentschrift ein Bild von der technischen Bedeutung und dem Gehalte der angeblichen Muttererfindung machen, demnächst die neuere Patentschrift prüfen und sich fragen, ob trotz der in ihr enthaltenen Neuerungen der Erfindungsgedanke des älteren Patents festgehalten und benutzt ist, oder ob das neue Patent aus dem Schutzbereiche des älteren herausfällt.

9. **RG.** I. 15. 4. 08, JW. **08** 437. Eine teilweise Benutzung (Abhängigkeit einer neuen Erfindung von einer älteren) der älteren Erfindung ist dann anzuerkennen, wenn greifbare technische Teilerfolge, die zur Herbeiführung des technischen Endzwecks dienen, bei der alten Erfindung mittels erfinderischer Tätigkeit erzielt waren, auch bei der neuen Erfindung mit den gleichen technischen Mitteln hergestellt und zur Herbeiführung des Endzwecks benutzt werden.

10. **RG.** II. 19. 4. 07, GewRschutz **08** 222. Ist in einem Dienstvertrage bestimmt, daß die von einem Angestellten gemachten, sich auf den Betrieb der Fabrik beziehenden Erfindungen dem Geschäftsherrn als Eigentum zufallen, während dieser sich „vorbehält", dem Angestellten eine Anerkennung je nach Wichtigkeit der Erfindung zu gewähren, so bedeutet dieser Vorbehalt eine Verpflichtung zur Leistung einer Vergütung, wenn der Geschäftsherr die Erfindung anerkenne (ausnütze? Anm. des Verf.).

11. **RG.** I. 17. 4. 07, PBl. **07** 176, LeipzZ. **07** 508. Eine während des Laufes eines Dienstvertrags gemachte Erfindung des Dienstverpflichteten fällt nur dann dem Dienstberechtigten zu, wenn dies ausdrücklich vereinbart oder die Erfindung entweder im besonderen Auftrage des Dienstberechtigten gemacht ist oder im Bereiche der besonderen dem Dienstverpflichteten zufallenden Aufgaben liegt.

12. SächsRpflA. **07** 182 (Dresden). Dem Werkmeister einer Fabrik steht kein Anspruch auf Vergütung zu für eine im Fabrikbetrieb innerhalb seines Anstellungsbereichs gemachte und dem Fabrikbesitzer patentierte Erfindung.

13. **RG.** I. 23. 6. 06, BayRpflZ. **08** 479. Ist von einem Angestellten eine Erfindung mit Zustimmung des Dienstberechtigten auf seinen eigenen Namen zum Patent angemeldet, so bedarf es in irgendeiner Form der Übertragung, sei es schon des Rechtes aus der Anmeldung, sei es später des bereits erteilten Patents auf den Dienstberechtigten, wenn dieser gegen eine Pfändung des Patents auf Grund § 771 ZPO. widersprechen will.

14. **RG.** III. (Strafs.) 21. 9. 08, R. **08** II Ziff. 3205. Mag man auch nicht davon ausgehen, daß Erfindungen der Angestellten schon kraft des Anstellungsverhältnisses dem Geschäftsherrn gehören, so ist doch daran festzuhalten, daß der Geschäftsherr die Erfindung mindestens dann für sich in Anspruch nehmen kann, wenn sie entweder in Erfüllung einer dienstlichen, auf einem besonderen Auftrage beruhenden Aufgabe erfolgt ist oder doch in den Rahmen der dem Angestellten vertragsmäßig obliegenden Diensttätigkeit fällt.

15. Abs. 2. **RG.** I. 29. 10. 06, PBl. **07** 106, ZIndR. **2** 90. Widerrechtliche Entnahme liegt nicht vor, wenn eine Erfindung in der Verwendung eines Stoffes und der Anwenduug eines Verfahrens in ihrer Vereinigung liegt und allein die Verwendung des Stoffes zu dem gleichen Zwecke den Einrichtungen des Einsprechenden (Klägers) entnommen ist, oder wenn der Erfinder aus einem unfertigen, praktisch nicht ausführbaren Verfahren eines Dritten die Anregung zu seiner Erfindung, die dieses Verfahren praktisch brauchbar macht, erhalten hat.

16. PBl. **08** 132 (PA.). Derjenige, der wegen widerrechtlicher Entnahme Einspruch erhebt, ist, wenn die Patentfähigkeit der angemeldeten Erfindung verneint wird, nicht berechtigt, eine Entscheidung über seinen Einspruchsgrund zu verlangen.

17. **RG.** I. 8. 1. 08, WarneyerErgBd. **08** Ziff. 341. Der in Abs. 2 normierte Tatbestand der widerrechtlichen Entnahme will in seiner kasuistischen Aufzählung alle Fälle bezeichnen, wo der Anmeldende sich die Erfindung eines anderen ohne dessen Einwilligung angeeignet hat. Unter den hier und § 10 Ziff. 3 erwähnten Beschreibungen sind auch die eine Beschreibung enthaltenden mündlichen Mitteilungen zu verstehen.

§ 4. I. 1. Kritik der Holzmehlentscheidung (PBl. **08** 271, JW. **06** 146, JDR. **06** 1058) in GewRschutz **07** 76.

2. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 141/142, Zum Schutze seines Rechtes hat der Patentinhaber die Unterlassungsklage (näheres über deren Voraussetzungen und Ziel oben im Anhange zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.

3. Reichel, Fassung von Unterlassungsurteilen in Patentprozessen, DJZ.

08 1135. In der Regel werde man sich nach der Ansicht des Verf. bei der Tenorierung mehr oder weniger wörtlich an die Patentschrift anlehnen können. Erscheine der Patentanspruch unklar oder unrichtig, insbesondere zu eng gefaßt, so werde man denselben entsprechend umredigieren müssen. Schwieriger sei die Formulierung des Urteilsspruchs dann, wenn die Verletzung nur einen Ausschnitt aus dem Kreise des Patents ergreife. Der Richter müsse dann das Gebiet, dessen Bedrohtsein feststehe, abwarten; dazu seien aber technische Kenntnisse erforderlich, die der Richter nicht besitze. Verf. stellt deshalb zur Erwägung, ob der Richter sich nicht bei der Förmelung des Tenors sich der Beihilfe eines Sachverständigen bedienen solle. Für besonders schwierige Fälle wird empfohlen, in dem Tenor zur Konkrektisierung der verbotenen Handlung auf dem Urteile beigefügte Zeichnungen ꝛc. Bezug zu nehmen.

4. Rathenau, DJZ. **08** 1216, wendet sich gegen diese Ausführungen, insbesondere gegen den vorgeschlagenen Urteilsformulierungsgehilfen — „für Praktiker eine neue, aber indiskutable Prozeßfigur". In dem Tenor auf Zeichnungen ꝛc. Bezug zu nehmen, wird als in den meisten Fällen undurchführbar, für die Zwangsvollstreckung unmöglich bezeichnet und darauf hingewiesen, daß nichts mehr nötige, einen technischen Tatbestand bis auf den Grund zu durchdringen, als die Notwendigkeit, den daraus gezogenen Schlußfolgerungen wörtlichen Ausdruck zu geben. Schließlich macht Verf. nachdrücklich darauf aufmerksam, daß außer im Wege der Auslegung der Patentanspruch für den Richter unantastbar ist, von einer „entsprechenden Umförmelung" also keine Rede sein könne.

5. Bolze, Zur Auslegung des § 4 PatG., R. **07** 5 ff. Berufsmäßigkeit, Wiederholung und Entgeltlichkeit sind für das Vorhandensein des gewerbsmäßigen Gebrauchs im Sinne des § 4 PatG. nicht entscheidend. Verboten ist der Gebrauch des Gegenstandes, welcher sich nicht ausschließlich auf den Haushalt und die Person des Gebrauchenden und seiner Familie beschränkt, wie auf reine Studienzwecke. — Der Gebrauch zu persönlichen Zwecken des Individuums liegt bei dem Gebrauche jeder Art seitens des Reichs, des Staates, der Kirche, der Gemeinde, der öffentlichen Korporationen nicht vor, gleichgültig, ob es sich bei ihrem Gebrauch um wirtschaftliche oder um politische, religiöse, behördliche, soziale, eigentlich staatliche, humane Zwecke usw. handelt. Es ist immer das Wohl des anderen, der Menge oder einzelner, denen jener Gebrauch jener juristischen Personen oder Personengesamtheiten zugute kommt.

II. (Vgl. auch zu § 35.) 1. **RG.** I. 22. 1. 07, R. **07** 994 Ziff. 2446. Die Regel, daß bei der Auslegung eines Patents davon auszugehen ist, der Schutz reiche so weit, als die Beschreibung der angemeldeten Erfindung reicht, findet dann keine Anwendung, wenn der völlig klare Patentanspruch über den Umfang des gewollten Schutzes keinen Zweifel läßt.

2. a) **RG.** I. 11. 4. 08, WarneyerErgBd. **08** Nr. 541. Eine Patentverletzung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Ausführung des geschützten Verfahrens in einem Punkte unvollkommen ist und diese Unvollkommenheit durch eine neue Zutat ausgeglichen wird. b) **RG.** I. 2. 2. 07, ZIndR. 2 160. Oder dadurch, daß der Gegenstand der Erfindung in mangelhafter Weise benutzt resp. in Anspruch genommen wird.

3. **RG.** I. 16. 3. 08, LeipzZ. **08** 381. Es genügt nicht, daß die Herstellung der unter Patentschutz stehenden Erzeugnisse mit Hilfe des geschützten Verfahrens nur erleichtert wird. Die Erzeugnisse müssen durch das Verfahren hergestellt sein.

4. **RG.** I. 30. 9. 08, LeipzZ. **08** 857. Eine Konstruktion, die nach der Absicht des Herstellers eine außer den Schutzbereich eines fremden Patents fallende Wirkung haben soll, kann doch dann patentverletzend erscheinen, wenn sie tat=

sächlich als Nebenerfolg eine in den Patentschutz eingreifende Wirkung übt; es kommt auf den objektiven Tatbestand, nicht auf die Absicht des Herstellers an. — Ebenso auch **RG.** I. 9. 10. 08, MschutzuWettbew. 8 84.

5. OLG. **14** 428 (Dresden). Hat das geschützte Verfahren die Benutzung bestimmter Arbeitsmittel (Apparate) zum Gegenstande, so erstreckt sich der Schutz auch auf das Arbeitsmittel, soweit es nicht zu anderen Zwecken benutzt werden kann und zu solcher Benutzung bestimmt ist.

6. ElsLothJZ. **08** 293 (Colmar). Ein Lizenzträger, welchem eine Lizenz von jemandem erteilt ist, der in mehreren Ländern seine Erfindung hat patentieren lassen, kann nur in demjenigen Lande den Gegenstand der Erfindung ausnutzen, in dem ihm die Lizenz erteilt ist.

7. **RG.** IV. (Straff.) 19. 11. 07, SächsAnn. **29** 185. Die auf Unterlassung einer Patentverletzung gerichtete Klage wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten nicht unterbrochen, falls der Beklagte lediglich bestreitet, daß die fragliche Handlung patentverletzend sei. Eine Unterbrechung tritt dagegen ein, wenn der Beklagte seine Verteidigung darauf gründet, daß er auf Grund eines Rechtes (Vorbenutzungsrecht, Lizenz) zur Vornahme der betreffenden Handlung befugt sei.

8. **RG.** I. 2. 2. 07, **65** 157, R. **07** Ziff. 994, 2449. Der Verkauf einer zur Abwendung eines patentierten Verfahrens geeigneten Maschine ist rechtlich nicht ebenso anzusehen, wie der Verkauf eines Rezepts, welches das patentierte (chemische) Verfahren wiedergibt.

9. **RG.** I. 2. 2. 07, **65** 157, R. **07** Ziff. 994, 2450. Der Inhaber eines jüngeren Maschinenpatents darf ohne Erlaubnis des Inhabers des älteren entsprechenden Verfahrenspatents eine Maschine bauen und verkaufen, obschon sie ohne diese Erlaubnis zu dem geschützten Verfahren nicht gebraucht werden darf. Diese Auffassung beruht auf dem Satze, daß, wer eine Maschine baut und verkauft, die zur Anwendung eines patentierten Verfahrens geeignet und bestimmt ist, damit die Erfindung, d. h. das Verfahren selbst, nicht in Benutzung nimmt und daher keine Handlung begeht, die unter §§ 4, 35 PatG. fällt.

10. **RG.** II. 6. 12. 07, R. **08** II. 39. Ist eine Ware Gegenstand der geschützten Erfindung, so ist ein anderer durch das Patent nicht gehindert, ein Verfahren zu ihrer Herstellung zur späteren gewerbsmäßigen Ausnutzung zu erfinden und zu erproben. Gehindert ist er nur, das Verfahren zur gewerbsmäßigen Herstellung der Ware ohne Zustimmung des Berechtigten anzuwenden.

11. **RG.** I. 29. 9. 06, **64** 143, GewRschutz **07** 343, LeipzZ. **07** 50. Der Patentinhaber, der mit der Annahme der in seinem Auftrage von einem anderen hergestellten Ware in Verzug ist, kann dem Selbsthilfeverkaufe nicht widersprechen auf Grund seines Patentrechts, weil er allein zur Verwertung der nach seinem Patent hergestellten Ware befugt sei.

12. **RG.** I. 9. 10. 08, MschutzuWettbew. 8 84. Ein besonderer Schutz des einzelnen Kombinationselements läßt sich aus dem Kombinationspatente nicht schon dann ableiten, wenn das Element zur Zeit der Patentanmeldung neu war; es muß demselben auch eine eigene erfinderische Bedeutung zukommen.

13. **RG.** I. 30. 9. 08, LeipzZ. **08** 857. Das einzelne Element einer Kombinationserfindung ist nicht als solches geschützt, sondern nur insoweit es für die Kombination eine besondere Wirkung erzielt. Es muß ihm für die Kombination ein eigener Erfindungswert zukommen.

14. **RG.** I. 9. 10. 08, MschutzuWettbew. 8 884. Eine äquivalente Nachbildung liegt dann nicht vor, wenn die betr. konstruktiven Teile nicht die ihnen im Rahmen der geschützten Kombination zukommende Funktion ausüben.

15. **RG.** 8. 5. 08, ZIndR. **3** 283. Äquivalenz wird durch Verbesserung nicht ausgeschlossen.

16. **RG.** I. 15. 6. 08, WarneyerErgBd. **08** Nr. 657. Ein jüngeres Patent ist von einem älteren abhängig, wenn es dessen Erfindungsgedanken benutzt und nur verbessert und vervollkommnet, mag es auch selbst bedeutsame, des Erfindungsschutzes würdige Neuerungen bieten.

17. **RG.** I. 15. 4. 08, JW. **08** 437, ZIndR. **3** 142. Daß zwischen dem geschützten Verfahren des Klägers und dem Verfahren des Beklagten wesentliche Unterschiede bestehen und daß letzteres einen Fortschritt in technischer Beziehung gegenüber den ersteren darstellt, schließt eine Abhängigkeit des Verfahrens des Beklagten von dem des Klägers nicht aus, beides ist vielmehr geradezu Voraussetzung einer patentierbaren Abhängigkeitserfindung. Es müssen vielmehr die Ähnlichkeiten beider Verfahren geprüft und untersucht werden, ob im Verfahren des Beklagten nicht wesentliche Erfindungsgedanken des Patents zum Ausdrucke kommen. Dies ist dann der Fall, wenn greifbare technische Teilerfolge, die zur Herbeiführung des technischen Endzwecks dienen und bei der alten Erfindung mittels erfinderischer Tätigkeit erzielt werden, auch bei der neuen Erfindung mit den gleichen technischen Mitteln hergestellt und zur Herbeiführung des Endzwecks benutzt werden.

18. **RG.** IV. 17. 3. 08, R. **08** II. Ziff. 292, 1740. Unter gewerbsmäßiger Herstellung ist die gesamte Tätigkeit, durch welche der geschützte Gegenstand hervorgebracht wird, zu verstehen. Schon der Beginn derselben, nicht bloß der Vollendungsakt fällt darunter. Bei Kombinationspatenten wird daher auch schon durch die Anfertigung der einzelnen Teile die Erfindung in Benutzung genommen, wenn nicht die einzelnen Teile ihrer objektiven Beschaffenheit nach jeder besonderen Beziehung zu dem Gegenstande der Erfindung entbehren.

19. **RG.** IV. 17. 3. 08, R. **08** II. 292 Ziff. 1740. Unter gewerbsmäßiger Herstellung des geschützten Gegenstandes ist die gesamte Tätigkeit, durch welche jener geschaffen wird, von ihrem Beginn an nicht nur der letzte, die Vollendung unmittelbar herbeiführende Akt zu verstehen. Bei Kombinationserfindung gehört daher auch schon die Anfertigung der Einzelteile in den Bereich der Herstellung des patentierten Gegenstandes, so daß durch eine solche die Erfindung in Benutzung genommen wird, es sei denn, daß der einzelne Gegenstand in objektiver Beschaffenheit einer besonderen Beziehung zu dem Gegenstande der Erfindung ermangelt.

20. **RG.** I. 29. 5. 07, JW. **07** 492, ZIndR. **2** 208, PBl. **07** 217. Gewerbsmäßigkeit. Nur der häusliche, der rein persönliche und private Gebrauch soll ausgeschlossen werden, in allen übrigen Fällen tritt der Schutz des § 4 ein. Den Gegensatz zu dem „häuslichen Gebrauche" bildet nicht nur der Gebrauch in einem eigentlichen Gewerbebetriebe, sondern jede nicht rein private Benutzung, wenn sie auch nicht für die Zwecke eines Gewerbes erfolgt, wie z. B. die Benutzung einer Vorrichtung durch eine Kirchengemeinde für die Zwecke eines regelmäßigen öffentlichen Gottesdienstes.

21. **RG.** II. (Strafs.) 6. 12. 07, ZIndR. **3** 118. Zum Begriffe des Feilhaltens gehört, daß der Gegenstand dem Publikum zum Ankaufe bereitgestellt oder zugänglich gemacht wird; bloße Ankündigung fällt nicht darunter. Keine gewerbsmäßige Herstellung liegt vor, wenn dieselbe zu Versuchszwecken erfolgte, um zu ermitteln, ob das angewendete Herstellungsverfahren sich bewährt. Der Gebrauch der Probestücke ist kein gewerbsmäßiger.

22. **RG.** I. 30. 1. 07, LeipzZ. **07** 291. Ein Anspruch auf Vernichtung, wie § 14 GebrMustG. oder § 46 LitUrhG., ist im PatG. nicht gegeben (vgl. zu § 31 Ziff. 6).

23. **RG.** I. 8. 7. 08, LeipzZ. **08** 781. Ein Anspruch auf Bereicherung wegen Patentverletzung kann, wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat (vgl. **RG. 15** 132, **35** 70 ff., **43** 53 ff.), nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht geltend gemacht werden (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Patentverletzers).

24. ZIndR. **3** 102 (Dresden). Eine W a r n u n g vor Patentverletzung auf Grund eines später für nichtig erklärten Patents macht nicht schadensersatzpflichtig.

25. **RG.** I. 22. 6. 07, SörgelRspr. **07** 896. Wer die durch Patent für einen anderen geschützte Erfindung in Benutzung nimmt, darf sich nicht darauf berufen, daß er das Patent für nichtig angesehen habe.

26. **RG.** I. 2. 2. 07, **65** 157, R. **07** 994 Ziff. 2451. Wer einem anderen zur Begehung einer Patentverletzung durch Rat und Tat wesentliche Hilfe geleistet hat, ist dem Patentinhaber auch zivilrechtlich verantwortlich und kann deshalb mit der Klage auf Unterlassung der gefährdenden Störung, wie mit der Klage auf Schadensersatz belangt werden. Um eine solche Beihilfe annehmen zu können, ist aber nicht nur erforderlich, daß der Täter objektiv die Patentverletzung des anderen durch seine Handlung befördert, sondern es muß auch das subjektive Moment hinzutreten, das dieser Handlung zur Unterstützung des patentrechtverletzenden Verhältnisses des anderen dienen sollte. Der Täter muß sich an der Patentverletzung des anderen in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken beteiligt haben.

27. **RG.** I. 4. 7. 08, LeipzZ. **08** 781. Der Klagantrag ging dahin, der Beklagten die Anfertigung von „Schrammaschinen" in einer das klägerische Patent verletzenden Weise zu untersagen. Diese Fassung ist fehlerhaft; es mußte der Gegenstand der Untersagung nach Maßgabe des den Anspruch begründenden konkreten gesetzwidrigen Eingriffs sachlich charakterisiert werden. Indem das OLG. bei seiner negatorischen Verurteilung dies getan hat, ging es nicht über den Parteiantrag hinaus; vielmehr hat es die zu weitgehende Fassung des Verbotsantrags sachgemäß beschränkt; dieser Einschränkung steht § 308 ZPO. nicht entgegen.

28. **RG.** I. 23. 10. 07, R. **07** 1544 Ziff. 3869. Dreht sich der Rechtsstreit nicht um ein Recht zur Benutzung des Patents des Klägers, sondern nur darum, ob das Patent von dem Beklagten tatsächlich benutzt worden ist, so muß in dem Klagantrag und in dem U r t e i l s t e n o r die konkrete Vorrichtung, in denen die Benutzung gefunden werden soll, bezeichnet werden. Klaganträge, welche nur allgemein auf Unterlassung der Benutzung des Patents mit Angabe des Wortlauts der Patentansprüche gerichtet sind, und die diesen Anträgen entsprechenden Urteile sind unstatthaft. Ein Verstoß gegen diese Grundsätze ist materieller Natur, weil Kläger etwas fordert und zugesprochen erhalten hat, was er nicht fordern konnte.

29. **RG.** I. 2. 2. 07, R. **07** 585 Ziff. 1246. Es ist fehlerhaft, wenn im Patentverletzungsverfahren der Klagantrag und das Urteil so abgefaßt werden, daß dem Beklagten einfach die Benutzung des Patents untersagt wird. Das geschieht aber, wenn das Verbot bloß die Merkmale des Patentanspruchs wiedergibt. Eine solche Formulierung würde berechtigt sein, wenn der Streit der Parteien sich darum dreht, ob der Beklagte das Patent des Klägers benutzen dürfe. Es ist aber sinnwidrig und verfehlt, wenn hierüber kein Streit ist und nur darüber gestritten wird, ob das gewerbsmäßige Verhalten des Beklagten innerhalb oder außerhalb des Patentbereichs fällt. In einem solchen Falle ist das Verbot auf die konkrete Störung zu richten, die vorgefallen ist und vorzufallen droht. Insbesondere sind also die technischen Merkmale in die Formel

aufzunehmen, auf deren Vorhandensein der Beklagte seine Verteidigung gestützt hat.

30. **RG.** I. 23. 1. 07, ZIndR. **2** 125. Solange ein Patent nicht für nichtig erklärt ist, kann der Inhaber, auch wenn er überzeugt ist, daß dasselbe nichtig ist, die zum Schutze des Patents erforderlichen Maßregeln ergreifen und fortführen.

31. **RG.** I. 19. 10. 07, JW. **07** 750. Bei einstweiligen Verfügungen zum Schutze gegen die Bezichtigung einer Patentverletzung hat der Antragsteller die Störung glaubhaft zu machen, sowie weiter, daß der Störende unberechtigterweise in seinen Gewerbebetrieb eingreift.

32. **RG.** I. 25. 1. 08, R. **08** II 181. Auch eine noch nicht rechtskräftige Entsch. des PA. kann als Mittel zur Glaubhaftmachung für einen Eingriff in das Patentrecht dienen.

33. R. **08** II 596 (Frankfurt). Bei einstweiligen Verfügungen wegen Verletzung eines Patents oder Gebrauchsmusters kann der Umstand, daß ohne sie der Gegner bis zum Erlasse des Urteils in der Hauptsache im Genusse des betreffenden Schutzrechts bleibt, nicht allgemein als ein wesentlicher Nachteil im Sinne des § 940 ZPO. angesehen werden.

34. **RG.** I. 25. 1. 08, R. **08** II 181 Ziff. 1079. Auch noch nicht rechtskräftige Entsch. des PA. können als Mittel zur Glaubhaftmachung für einen Eingriff in ein Patentrecht dienen.

35. KGJ. **13** 708, ZInd. **3** 103, DJZ. **08** 708 (KG.). Die Möglichkeit, daß der Antragsteller für seinen Schadensersatzanspruch von dem Antragsgegner befriedigt werden kann, ist kein Grund gegen den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, einmal wegen der Schwierigkeit des Schadensnachweises, dann, weil der Antragsgegner das Vorliegen einer grobfahrlässigen oder wissentlichen Patentverletzung bestreiten würde. Es erscheint daher unzulässig, den Antragsteller auf die ungewisse Aussicht auf Schadensersatz zu verweisen.

36. **RG.** I. 19. 10. 07, LeipzZ. **07** 828. Wer gegenüber der Bezichtigung einer Patentverletzung eine einstweilige Verfügung erwirken will, hat nicht nur die Bezichtigung glaubhaft zu machen, sondern auch, daß die behauptete Patentverletzung ihm nicht zur Last fällt. Der Hinweis auf das Prinzip der Gewerbefreiheit genügt nicht.

37. **RG.** I. 2. 2. 07, RheinA. **104** II 256, R. **07** 568 Ziff. 1248. Zur Begründung einer Unterlassungsklage genügt in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB., daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Ein solche Besorgnis ist trotz Einstellung des verletzenden Verhaltens vor Erhebung der Klage dann als begründet anzuerkennen, wenn die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das Patentrecht bestritten wird. Die Urteilsfassung des Verbots muß sich auf die kontrete Störung richten und die technischen Merkmale enthalten, auf deren Vorhandensein der Beklagte seine Verteidigung gestützt hat.

38. OLG. **14** 426, ZIndR. **2** 172 (Hamburg). Zur Begründung der Annahme einer künftigen Fortsetzung des rechtswidrigen Verhaltens bedarf es nicht notwendig einer Mehrheit von Zuwiderhandlungen. Es genügt, wenn nach den Umständen des Falles die einmalige Patentverletzung die Besorgnis weiterer Zuwiderhandlungen rechtfertigt. Das den Untersagungsanspruch rechtfertigende Verhalten gibt auch ein Interesse, einen richterlichen Ausspruch zu erhalten, der das Verfahren des Beklagten als Patentverletzung kennzeichnet, auch schon deshalb, um vor ähnlichen Verletzungen Dritter geschützt zu sein.

39. **RG.** I. 2. 2. 07, R. **07** 585 Ziff. 1245. Das Untersagungsverbot darf nicht ausschließlich nach den abstrakten Merkmalen des Patents formuliert werden, es muß vielmehr gegen die konkrete Verletzung gerichtet sein. Daher müssen vor

allem die Abweichungen und Einzelformen erfaßt werden, wegen deren sich der Patentverletzer außerhalb des Patentrechts zu bewegen behauptet. Wie weit hierin im Einzelfalle vorgegangen werden muß, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und des richterlichen Taktes.

40. OLG. **13** 138, GewRSchutz **07** 341 (Hamburg). a) Die Abhängigkeitsklage setzt keine Verletzung des Patents voraus, es genügt schon eine Berühmung mit dem betr. Patentrechte; sie geht auf Feststellung der Nichtberechtigung des Beklagten. Die Unterlassungsklage auf Beseitigung einer konkreten Rechtsverletzung; sie verlangt einen tatsächlichen Eingriff in das Patent. b) Ist die Unterlassungsklage begründet, so kann der Patentinhaber stets die Klage auf den Antrag, es sei die Nichtberechtigung des Beklagten festzustellen, beschränken; der Übergang von der Unterlassungs- auf die Abhängigkeitsklage ist zulässig. Von der Abhängigkeitsklage kann dagegen nicht auf die Unterlassungsklage übergegangen werden. Das in einem solchen Falle nötige Nachbringen des neuen Klagegrundes der Patentverletzung ist eine Klagänderung, die nur im Rahmen des § 246 ZPO. zulässig ist.

41. **RG.** I. 8. 2. 08, ZIndR. **3** 283. Privatgutachten können auf Grund des § 286 ZPO. als „Urkunden" berücksichtigt werden.

§ 5. I. 1. Benjamin, Zur Kollision von technischen Schutzrechten unter sich und mit Rechten aus dem Erfindungsvorbesitze, ZIndR. **3** 148, spricht sich dagegen aus, daß das Vorbenutzungsrecht nur durch technische Handlungen begründet werden könne, daß die Benutzung der Erfindung schon bis zur Verarbeitung von Rohstoffen oder Weiterverarbeitung von Halbfabrikaten gediehen sein müsse (vgl. auch JW. **08** 247).

2. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 363, 364. Das Recht der Vorbenutzung ist, wie im Gegensatze zu Kent, PatG. Note 94 zu § 5, ausgeführt wird, nicht pfändbar, da das Vorbenutzungsrecht nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden kann, der Betrieb aber als solcher regelmäßig nicht pfändbar ist.

3. Spielmann, GewRSchutz **08** 145 ff. Die Einrichtung, welche gemäß § 5 Abs. 3 einen Ausnahmeschutz genießt, muß ihrem Wesen nach zu ihrer Anwendung die Fortbewegung erfordern oder bei der Fortbewegung oder dem unter Bewegung erfolgenden Gebrauche des „Fahrzeugs" mitwirken. — Wenn die Einrichtung zum Betriebe des Fahrzeugs benutzt wird, so ist ein unmittelbarer fester Zusammenhang mit dem Fahrzeuge selbst nicht erforderlich. — Einrichtungen, welche zur Vermittelung des Fahrzeugverkehrs (im weitesten Sinne) zwischen dem In- und Auslande dienen, sollen dann vom Patentschutz ausgenommen sein, wenn sie nur vorübergehend und nur zur Erfüllung des genannten Zweckes in das Inland gelangen.

II. 1. **RG.** I. 26. 1. 07, PBl. **07** 130. Ein Vorbenutzungsrecht hat derjenige nicht, der vor der Anmeldung eines Patents auf Verwendung eines Erzeugnisses (Holzmehl) zu einem bestimmten technischen Zwecke (Streumittel zu Bäckereizwecken) seinerseits dasselbe zur gleichen Verwendung, aber in fremden Betrieben in Verkehr gebracht hat.

2. **RG.** I. 25. 1. 08, PBl. **08** 189, JW. **08** Ziff. 7, ZIndR. **3** 93, R. **08** II. 214 Ziff. 1280/5. Abs. 1 findet auch Anwendung, wenn für eine Erfindung ein Patent und ein Gebrauchsmuster erteilt ist. — Die Anfertigung von Zeichnungen, welche die unmittelbare Unterlage für die Ausführung bilden sollen, können als „Veranstaltungen" angesehen werden. Für den Begriff der Veranstaltung kommt nicht in Betracht, ob dafür mehr oder minder erhebliche Aufwendungen gemacht worden sind. Das Vorbenutzungsrecht ist nicht eine Folge des subjektiven Erfinderrechts,

sondern beruht allein auf dem in der Benutzung betätigten Besitze der Erfindung. Unter „fremden Werkstätten" sind nicht nur solche zu verstehen, die, wenn auch dem Vorbenutzer nicht gehörig, doch seinem Betrieb angegliedert sind. Unerheblich ist, ob der Erfindungsbesitzer gutgläubig ist, und ob er den Erfindungscharakter des von ihm tatsächlich Ausgeführten erkannt hat.

3. **RG. 45** 119. Eine „Veranstaltung" liegt nicht in dem Abschluß eines Rechtsgeschäfts.

§ 6. I. 1. Klein, Erfinderrecht und Zwangsvollstreckung, LeipzZ. **08** 210. Das Erfinderrecht, d. i. das Recht an der (fertigen) Erfindung vor der Anmeldung zum Patent, ist Vermögensrecht und als solches der Zwangsvollstreckung unterworfen. — Der gleichen Ansicht ist Wertheimer, Die Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 279 ff., 282 Note 8.

2. Wertheimer, Die Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 279—289, 352—365. Eingehende Erörterung der einschlägigen Fragen.

3. Hüfner, GewRschutz **07** 129 ff. Der Lizenznehmer ist nicht Rechtsnachfolger in das Prioritätsrecht des Art. 4 IntÜbGewRschutz vom 20. März 1883.

II. 1. **RG.** I. 5. 1. 07, PBl. **07** 130, ZIndR. **2** 150, JW. **07** 136. Ist Gegenstand eines Lizenzvertrags eine territorial begrenzte, ausschließliche Lizenz, also ein positives oder absolutes, quasidingliches Recht, für das als Gegenleistung ein fester Preis bestimmt ist, so liegt ein Kauf vor. — Entgegen Isay (PatG. 198) ist mit Kent (PatG. 597 Note 36) entscheidendes Gewicht darauf zu legen, ob bei Übertragung eines Benutzungsrechts, ebenso wie bei der Übertragung des ganzen Patents der Vertrag auf einmalige, endgültige Begründung eines absoluten Rechtes in der Person des Erwerbers (Kauf) oder auf die periodische Benutzung der Erfindung (Pacht) gerichtet war (vgl. dagegen **RG.** II. 4. 7. 05, JW. **05** 543).

2. **RG.** I. 28. 12. 04, SächsRpflA. **08** 274. Der Anspruch auf Erteilung des Patents ist kein obligatorischer, sondern ein absolutes Recht, das aus der Anmeldung erwächst und das mit deren Bekanntmachung vorläufig und mit der Erteilung des Patents definitiv für denjenigen entsteht, dem der Anspruch auf Patenterteilung von dem Anmelder übertragen worden ist; dies auch dann, wenn die Patenturkunde infolge des Umstandes, daß das Patentamt von der Abtretung des Anspruchs nichts erfahren hat, auf den Namen des Anmelders ausgestellt worden ist. In Anwendung der Vorschriften der §§ 413, 398, 407, 408 BGB. ergibt sich, daß das Patentrecht resp. der Anspruch auf Erteilung des Patents nur von dem Berechtigten und nur einmal übertragen werden kann, daß der Berechtigte, der über das Recht verfügt hat, also nicht noch einmal darüber verfügen kann, und daß der, dem das Recht ordnungsgemäß übertragen worden ist, dasselbe gegen jeden späteren Erwerber und gegen jeden unberechtigten Dritten durch Klage auf Anerkennung, formelle Abtretung, Herausgabe der das Recht betreffenden Urkunden verfolgen kann, und zwar ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Dritten, da der Grundsatz des § 929 BGB. über den Erwerb von Nichtberechtigten nur auf körperliche Sachen Anwendung findet.

3. **PBl. 07** 154 (LG. I Berlin). Der Lizenznehmer ist in einem Abhängigkeitsprozesse weder aktiv noch passiv legitimiert.

4. LeipzZ. **07** 519 (KG.). Die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB. finden auf den Kauf von Patenten keine Anwendung; insbesondere hat der Verkäufer an sich nicht für gewerbliche Verwertbarkeit einzustehen. ➡ Im Falle JW. **05** 119 Ziff. 26 lagen besondere Zusicherungen vor und außerdem war das Patent vom RG. bereits vernichtet worden. Red. ⬅

5. **RG.** I. 2. 11. 07, LeipzZ. **07** 907. Sog. Betriebslizenzen, d. h. Lizenzen von Verfahrenspatenten, welche für einen Fabrikbetrieb erworben worden sind, können mit demselben im Umfange der Lizenzbestellung auf einen anderen übertragen werden. Der Rechtsnachfolger bedarf keiner neuen Lizenz.

6. GewRschutz **08** 302, R. **06** 1273, 1274 Ziff. 3158 (Frankfurt). Der ausschließliche Lizenzvertrag gewährt ein eigenes dingliches Schutzrecht gegen Dritte.

7. DJZ. **08** 700, GewRschutz **08** 412 (KG.). Auch ein nur bekannt gemachtes Patent (§ 23 PatG.) kann Gegenstand eines Lizenzvertrags sein. Durch die Versagung des Patents wird derselbe nicht von Anfang an nichtig; die Lizenzgebühr ist bis zur Versagung des Patents zu entrichten.

8. BadRpr. **08** 54 (Karlsruhe). Der Lizenzvertrag kann nicht unter die Vorschriften des BGB. über die Pacht subsumiert werden, ist vielmehr ein Vertrag sui generis. Kündigt der Lizenzgeber nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Lizenzträgers den Vertrag, so kann die zur Erlangung der Patentverwertung gezahlte Summe, welche mehr Ähnlichkeit mit der rechtlichen Natur eines Kaufpreises als eines Pachtzinses hat, nicht zurückverlangt werden.

9. SchlHolstAnz. **08** 50 (Kiel). Ein Vertrag, in welchem gegen Zahlung einer bestimmten Summe das Recht zur ausschließlichen Verwertung des Patents in bestimmten Ländern abgetreten und bewilligt wird, daß der Erwerber sich als Inhaber des Patents für die bezeichneten Länder an zuständiger Stelle eintragen lassen dürfe, ist nicht Erteilung einer Lizenz. Ist die Erteilung des Patents für die genannten Länder ausgeschlossen, so steht dem Erwerber ein Rückforderungsrecht der gezahlten Summe zu.

10. SeuffBl. **08** 379 (Zweibrücken) (bestätigt vom **RG.** 2. 10. 07). Ein entgeltlicher Lizenzvertrag ist regelmäßig dahin auszulegen, daß der Patentinhaber damit die obligatorische Verpflichtung übernimmt, dafür zu sorgen, daß das Patent aufrechterhalten bleibt, somit die jeweils fälligen Patentgebühren zu bezahlen.

11. SeuffA. **62** 34 (Braunschweig). Wenn jemandem durch Vertrag gegen Entgelt die Ausnutzung einer zum Patent angemeldeten Erfindung gestattet ist, muß er auch schon vor Erteilung des Patents bei Ingebrauchnahme der Erfindung die Lizenzgebühr zahlen. Auch das Recht auf Ausnutzung einer Erfindung, abgesehen von der Patentierung, ist Gegenstand des immateriellen Güterrechts und kann Objekt von Verträgen sein, die auf Ausnutzung derselben gerichtet sind.

12. **RG.** I. 29. 9. 06, HoldheimsMSchr. **07** 72. Wenn der Patentinhaber einem anderen die Herstellnng der patentierten Ware überträgt und dieser sich verpflichtet, die Ware an niemand anders als an den Patentinhaber oder einen von diesem bezeichneten Dritten zu verkaufen und zu liefern, so wird durch diese Vertragsbestimmung das Recht des anderen Teiles, die vertragsmäßig hergestellte Ware bei Annahmeverzug des Patentinhabers bzw. des Dritten nach Maßgabe des § 373 HGB. im Wege des Selbsthilfeverkaufs zu veräußern, nicht beseitigt, sofern dies nicht im Vertrage klar zum Ausdrucke gebracht ist. — Der Patentinhaber oder der Dritte kann die im Wege des Selbsthilfeverkaufs vorzunehmende Veräußerung vertragswidriger Ware durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung nur hindern, wenn er die Vertragswidrigkeit der angebotenen und deshalb nicht angenommenen Ware glaubhaft macht.

13. **RG.** II. 9. 1. 06, HoldheimsMSchr. **06** 103. Die Verpflichtung, die Benutzung eines Patents durch einen anderen zu dulden und ihr nicht zu widersprechen, ist im Wohnort (Ort der Handelsniederlassung) des Patentinhabers zu erfüllen. Der Gerichtsstand für die Klage auf Befreiung von dieser Verpflichtung ist ebenfalls daselbst begründet.

§ 7. I. 1. ZIndR. 2 109. Die Lebensdauer der deutschen Patente.

2. Dunkhase, Der Anmeldetag im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz 08 116. Die Feststellung des Anmeldetags ist nicht die bloße Feststellung einer Tatsache, sondern sie enthält stets eine rechtliche Beurteilung. Die Auffassung, welcher Tag als Anmeldetag zu gelten hat, kann während des ganzen Erteilungsverfahrens wechseln. Die bei Gelegenheit der Bekanntmachung erfolgende Veröffentlichung des Patentamts, welcher Tag der Anmeldetag sei, ist unverbindlich. Erweist sich der veröffentlichte Tag als unrichtig, so wird die Gültigkeit der Bekanntmachung hierdurch nicht in Frage gestellt. Das Patent beginnt mit Ablauf des Anmeldetags, nicht mit Beginn des auf die Anmeldung folgenden Tages. Die Festsetzung des Beginns des Patents ist Gegenstand der Entscheidung und geht in Rechtskraft über. Durch die hierüber getroffene rechtskräftige Entscheidung sind die Dauer des Patents und die Fälligkeitstermine für die Gebühren endgültig festgesetzt. Dagegen bleibt auch nach endgültiger Erteilung des Patents die Frage, welcher Tag als Anmeldetag zu gelten hat, eine offene. Jede Anmeldung hat nur einen Anmeldetag. Eine Verlegung dieses Tages oder ein Wahlrecht zwischen mehreren Tagen ist, abgesehen vom Falle des § 3 Abs. 2 PatG., ausgeschlossen. Auch bei abgezweigten Anmeldungen findet ein Wahlrecht nicht statt.

3. *Damme, Historische Begründung der Begrenzung der längsten Dauer von Patenten, GoldschmidtsZ. 08 92. Systematik verfehlt, wenn demgegenüber bei Gebrauchsmustern Verlängerung, bei Warenzeichen Erneuerung statthaft, vielmehr bedeutet beides auch nur Begrenzung der Längstdauer dieser Schutzrechte.

II. PBl. 08 259 (PA.). Ein Zusatzpatent wird nur dann selbständig, wenn durch Nichtigkeitserklärung das Hauptpatent vollständig wegfällt. Deshalb werden Zusatzpatente, deren Ansprüche auf einzelne Ansprüche eines Hauptpatents oder auf keine bestimmten Ansprüche des Hauptpatents Bezug nehmen, nicht zu selbständigen Patenten, wenn die in Bezug genommenen Ansprüche oder nur einige Ansprüche der Vernichtung anheimfallen.

§ 8. I. 1. Die Reform der Patentgebühren behandeln: Jürgensohn, GewRschutz 07 160, Tolksdorf, GewRschutz 07 195, Damme, GewRschutz 07 235, Herse, GewRschutz 07 277.

2. Tolksdorf, Die deutschen Patent-Jahresgebühren, ZIndR. 2 194. Verf. nimmt gegen die agitatorischen Ausführungen Jürgensohns Stellung und sucht sie zu widerlegen.

3. Hüfner, Kommt bei Prüfung der Rechtzeitigkeit der Gebührenzahlung den am Aufenthalts- und Wohnorte des Zahlenden staatlich anerkannten allgemeinen Feiertagen eine entscheidende Bedeutung zu? GewRschutz 08 344. Im Gegensatze zu der nachstehend mitgeteilten Entsch. des PA. kommt der Verf. zu dem Resultate: Nur die in Berlin staatlich anerkannten allgemeinen Feiertage kommen bei der Fristberechnung gemäß § 8 Abs. 3 u. 9 PatG. und § 193 BGB. in Betracht.

II. 1. PBl. 08 204 (PA.). Die Einzahlungsfrist verlängert sich um einen Tag, wenn nach dem Rechte des Aufenthaltsorts des Zahlenden der letzte Tag der Frist ein allgemeiner Feiertag ist.

2. **RG.** I. 1. 6. 08, **69** 26, JW. 08 497, R. 08 II. 480 Ziff. 2744. Besondere Vorschriften für die Fälligkeit der zweiten und ferneren Jahresgebühren enthält das Gesetz nicht. Die allgemeine Bestimmung im § 8 paßt für den Fall nicht, daß bei Beginn des zweiten und ferneren Schutzjahrs die Entscheidung über die Erteilung des Patents noch nicht ergangen ist. Im Wege der Auslegung ist daher anzunehmen, daß, wenn erst nach Beginn des zweiten oder ferneren Patentjahrs das Patent erteilt wird, die Fälligkeit oder Gebühren für

diese Jahre erst mit der Rechtskraft, niemals aber vor Zustellung des Erteilungsbeschlusses eintreten.

§ 9. OLG. **15** 130 (Hamburg). Unter „rechtzeitig" ist nicht der Tag der Fälligkeit, sondern nur die zur Zahlung gesetzte Frist gemeint.

§ 10. 1. Adler, Richtigkeit eines Patents infolge von Mängeln des Erteilungsverfahrens, GewRschutz **08** 165. Auch formelle Mängel können die Nichtigkeit eines Patents herbeiführen. Die einzelnen möglichen Verfahrensmängel werden unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Rechtes untersucht.

2. a) Katz, Über die Nichtigkeit im Patentrechte, GewRschutz **07** 44. b) Ephraim, Über die Nichtigkeit im Patentrechte, GewRschutz **07** 54. Beides Berichte über die Reform des § 11 für den Düsseldorfer Kongreß des Vereins für gewerblichen Rechtsschutz. Dazu: Wangemann, Die Katzschen Vorschläge betr. Nichtigkeit im Patentrechte, GewRschutz **07** 259.

3. v. Ziegler, Ist in der Revisionsinstanz der Einwand der Nichtigkeit oder eine nach Revisionseinlegung ergangene Nichtigkeitserklärung eines Patents erachtlich? HoldheimsMSchr. **08** 293. Die Frage wird verneint. Der in verschiedenen Urteilen des RG. gemachte Versuch, dem patentamtlichen Nichtigkeitsurteile Gesetzesnatur zuzusprechen, wird abgelehnt. Nicht nur die urteilsmäßige Patentvernichtung erscheine als Tatsachenbehauptung, sondern auch die Nichtigkeit (der Mangel der Neuheit, der gewerblichen Verwertbarkeit, der Erfindungsentnahme). Aus der rückwirkenden Kraft des Nichtigkeitsurteils könne die Zulässigkeit seiner Beachtung in der Revisionsinstanz nicht gefolgert werden. Zur Beseitigung der aus diesem Resultate sich ergebenden Mißstände wird für das bürgerliche Recht die Geltendmachung eines Kondiktionsanspruchs gemäß § 812 BGB. und die Vollstreckungsgegenklage nach § 764 ZPO., für das Strafverfahren die Wiederaufnahme des Verfahrens empfohlen. Verf. folgert ferner aus diesem Ergebnisse seiner Untersuchung, daß die Gerichte erster und zweiter Instanz verpflichtet seien, falls die Behauptung der Nichtigkeit eines Patents aufgestellt sei, das Verfahren bis zur Erledigung des Nichtigkeitsstreits auszusetzen, jedenfalls dann, wenn der letztere schwebe.

II. 1. **RG.** I. 18. 4. 06, PBl. **07** 3. a) Die Judikatur des RG., die (PBl. **6** 56, bes. **13** 2) den Standpunkt vertritt, die Nichtigkeitsklage sei auch bei nicht ordnungsmäßigem Verfahren bei Erteilung des Patents gegeben, bezeichnet Osterrieth, Lehrbuch 120 Anm. 5, als bedenklich und empfiehlt, eine Wiederaufnahme des Verfahrens einzuführen. Ein Patent ist nichtig, wenn es auf Grund von Angaben und Tatsachen und für Ansprüche erteilt ist, die nicht im Aufgebotsverfahren durch die Bekanntmachung und die Auslegung zur allgemeinen Kenntnis gebracht sind, für die also die Möglichkeit der Prüfung durch Dritte und der Erhebung des Einspruchs nicht gegeben war. b) Über die Priorität ist im Nichtigkeitsverfahren nicht zu entscheiden.

2. **RG.** I. 15. 2. 08, PBl. **08** 155. Die Tatsache, daß eine durch Patent geschützte Angabe eine nachweislich irrige Erkenntnis zur Grundlage hat, macht das Patent noch nicht nichtig, sofern nur der vom Erfinder behauptete Erfolg tatsächlich zu beobachten ist.

3. **RG.** I. 15. 2. 08, GewRschutz **08** 222. Enthält bei dem Vorhandensein mehrerer Patentansprüche der erste Anspruch den allgemeinen Erfindungsgedanken, der in gleicher Weise den Ausführungsformen der nachfolgenden Ansprüche zugrunde liegt, so muß er die technische Regel, auf der die Ausführungsformen beruhen, richtig, insbesondere nicht zu weit formuliert enthalten und diese allgemeine Regel muß z. Z. der Anmeldung neu sein. Ein allgemeiner Erfindungsgedanke kann aber nur vorliegen, wenn keine der verschiedenen Ausführungsformen, in denen er sich verkörpert, bekannt war. Erweist sich auch nur eine

Ausführungsform als nicht neu, so ergibt sich daraus, daß das Prinzip, weil es bereits verwirklicht war, nicht mehr erfunden werden konnte, daß vielmehr nur noch Raum für eine Ausführungserfindung war. — Eine neue Beobachtung an einer bekannten Einrichtung über die Ursachen eines Vorganges ergibt keine patentfähige Erfindung, weil dadurch ja nichts Neues geschaffen, sondern nur etwas bereits Vorhandenes aufgedeckt wird.

4. **RG.** I. 27. 4. 07, ZIndR. 2 137. Nichteintreten der behaupteten Wirkung ist Nichtigkeitsgrund.

5. **RG.** I. 27. 6. 08, Mitt. DPA. **08** 142. Ein Vorpatent, dessen Patentschrift bei Anmeldung des im Streitverfahren auszulegenden Patents noch nicht veröffentlicht ist, gehört nicht zum Stande der Technik.

6. **RG.** I. 13. 4. 08, Mitt. DPA. **08** 86. Es ist denkbar, daß einer abweichenden Konstruktion der Charakter einer patentwürdigen Erfindung abgesprochen wird und sie demnach bei einer Klage aus Nr. 1 der Patentvernichtung unterliegt, während doch die Identität des Gegenstandes deshalb verneint werden muß, weil der Patentanspruch ausdrücklich auf die Abweichungen gerichtet ist.

7. **RG.** I. 8. 1. 08, WarneyerJ. **08** Nr. 341. Unter den im § 10 Ziff. 3 und § 3 Abs. 2 erwähnten Beschreibungen sind auch die eine Beschreibung enthaltenden mündlichen Mitteilungen einbegriffen.

8. Widerrechtliche Entnahme s. auch § 3.

§ 11. I. 1. Schanze, Ist die Zurücknahme des Patents eine Sache freien Ermessens? GewRSchutz **08** 197. Die Zurücknahme des Patents ist eine Verwaltungsentscheidung, für welche Gründe der Zweckmäßigkeit und des öffentlichen Interesses maßgebend sind und für welche die Voraussetzungen des § 11 nur als Schranken in Betracht kommen. Das Patentamt ist zur Zurücknahme des Patents ermächtigt, aber nicht verpflichtet.

2. Isay, Zurücknahme der Patente, GewRSchutz **07** 126. Bericht über die Reform des § 11 PatG. für den Düsseldorfer Kongreß des deutschen Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums.

3. Mumm, Der Ausführungszwang im Patentrechte, DJZ. **08** 1096. Verf. empfiehlt eine Änderung des § 11 dahin, daß gegenüber solchen Staaten, die einen Ausführungszwang nicht haben, es für die Aufrechterhaltung eines in Deutschland erteilten Patents genügt, wenn die patentierte Erfindung in dem betreffenden ausländischen Staate zur Ausführung gebracht wird.

4. Damme, Spielt die Nationalität des Patentinhabers bei der Zurücknahmeklage eine Rolle? GewRSchutz **08** 290. Im Anschluß an den vorstehend erwähnten Aufsatz von Schanze, der darin auch anläßlich der im englischen PatG. von 1907 statuierten strengen Ausführungspflicht eine Retorsion gegenüber englischen Inhabern deutscher Patente verlangt, begründet Verf. seine Auffassung (vgl. auch Deutsches Patentrecht 430) näher, daß die Nationalität des Patentinhabers bei dem Zurücknahmeantrage völlig außer Betracht zu bleiben hat. Das öffentliche Interesse bei der Zurücknahme von Patenten bestehe ausschließlich darin, der einheimischen Industrie die durch das Patent geschützte Produktion tatsächlich zu sichern.

II. 1. **RG.** I. 14. 11. 06, PBl. **07** 5. Wird ein patentiertes Verfahren ausgeführt, so ist der Ausführungspflicht selbst dann genügt, wenn nicht alle in der Patentschrift angegebenen Erfolge erreicht werden.

2. **RG.** I. 27. 5. 07, PBl. **07** 211. Der Umstand, daß die nach einem Maschinenpatent hergestellten Maschinen nur in Miete gegeben werden, kann nicht zur Zurücknahme des Patents führen, wenn das Mietsystem für die inländische Er-

zeugung der mit der Maschine herzustellenden Waren wirtschaftliche Vorteile bringt.

3. **RG.** I 1. 6. 07, LeipzZ. **07** 590. Ein Einwand gegen die Nichtigkeitsklage kann aus § 226 BGB. nicht hergeleitet werden, wenn es überhaupt dem Kläger erwünscht sein kann, den Industriezweig, in dem er sich betätigt, von einem Patente zu befreien. Auch besteht ein öffentliches Interesse, der deutschen Industrie durch Beseitigung eines Patents ein ihr bisher dadurch verschlossenes Arbeitsgebiet zu öffnen.

4. **RG.** I. 27. 5. 07, PBl. **07** 214. Das Zurücknahmeverfahren ist nicht dazu da, um die Höhe der an den Patentinhaber zu zahlenden Vergütung zu entscheiden. Es ist ein legitimer Ausfluß seiner Alleinberechtigung zu versuchen, aus dem Patente den größten Nutzen zu ziehen. Die Preisbestimmung wird für die Frage der Zurücknahme erst dann beachtlich, wenn sie unverhältnismäßig groß erscheint.

5. **RG.** I 28. 3. 08, SächsRpflA. **08** 429. Der eigenen Ausführung wird der Patentinhaber nicht dadurch überhoben, daß ein anderer ohne Verfolgung die Ausführung bewerkstelligt.

6. **RG.** I. 28. 3. 08, SächsRpflA. **08** 429. Auch überholte Patente können zurückgenommen werden, wenn sie der Weiterentwicklung der Industrie entgegenstehen. Zurschaustellung einiger Maschinen ist keine angemessene Zinssicherung.

7. PBl. **08** 291 (PA.). a) Die Aussetzung eines Zurücknahmeverfahrens kann nicht damit begründet werden, daß gegen ein anderes Patent, aus dessen Bestand das gemäß § 11 Nr. 2 PatG. erforderliche öffentliche Interesse an der Zurücknahme hergeleitet wird, zurzeit eine Nichtigkeitsklage schwebt. b) Im Zurücknahmeverfahren ist über die Kosten zu entscheiden, auch wenn der Streit in der Hauptsache durch Erlöschen des Patents erledigt ist.

8. PBl. **08** 292 (PA.). Ist im Zurücknahmeverfahren die Berufung zurückgenommen, so kann auf Antrag allein Entscheidung wegen der Kosten ergehen.

9. **RG.** I. 29. 6. 07, LeipzZ. **07** 834. Auch wenn die Fabrikation vielleicht sofort größere Geldmittel erfordern und ein lohnender Absatz erst nach 10 Jahren zu erwarten sein würde, ist die Ausführung eines die Verbesserung im Weichenstellwesen betreffenden Patents in irgendeiner Weise, z. B. durch Angebot an inländische Firmen und Behörden, zu sichern.

10. ZIndR. **3** 246 (PA.). Eine Kostenentscheidung ist im Zurücknahmeverfahren auch dann zulässig, wenn auf das Patent verzichtet wurde.

§ 12. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 286. Durch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Inlandsvertreter wird die Pfändung des Patentrechts rechtsgültig bewirkt. Wird unter Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht Kents (Kommentar z. PatG. u. Note 26 zu § 12) eingehend begründet.

Zweiter Abschnitt. Patentamt.

§ 15. 1. PBl. **08** 182 (PA.). Die Bestimmung des § 176 ZPO. findet auf das Patenterteilungsverfahren keine Anwendung. Zustellungen, die trotz Bestellung eines Vertreters an den Patentanmelder selbst erfolgt sind, sind deshalb rechtswirksam.

2. **RG.** I. 9. 11. 07, PBl. **08** 9, WarneyerErgBd. **08** Nr. 178, PBl. **08** 8 (PA.). Verkündete Entscheidungen sind auch nach Zurückziehung der Nichtigkeitsklage rc. von Amts wegen zuzustellen.

§ 16. PBl. **07** 105, ZIndR. **2** 90 (PA.). Die Aussetzung des Verfahrens wegen Vorliegens einer älteren, den gleichen Gegenstand betreffenden Anmeldung kann mit Beschwerde nicht angefochten werden.

§ 19. I. Landenberger, Inwieweit schließen die Bestimmungen des § 12 PatG. das Bestehen von Gewerbegeheimnissen bei eingetragenen Patenten aus? Verf. polemisiert gegen eine vom RG. bestätigte Entsch. des OLG. Cöln (PBl. **07** 7), wonach, falls eine Ware als unter ein Patent fallend angepriesen wird, die zur Angabe der Nummer des Patents angerufenen Zeugen sich ihrer Zeugnispflicht nicht unter Berufung darauf, daß es sich um ein Gewerbegeheimnis handle, entziehen dürfen.

II. Abs. 2. 1. PBl. **07** 210 (PA.). Eine Vertragsurkunde, in welcher die Übereignung des Patents an bestimmte, vom Erwerber zu erfüllende Bedingungen geknüpft ist, ersetzt nicht die beglaubigte, auf Eintragung gerichtete Erklärung des Patentinhabers. — Wird der Umschreibungsantrag nicht von dem Erwerber gestellt, so ist eine — die Beglaubigung nicht erfordernde — Erklärung desselben nötig, welche die Annahme der Übertragung ausspricht.

2. **RG.** I. 30. 11. 07, **67** 176, 180, JW. **08** 53, R. **08** II 71, DJZ. **08** 249. Der nicht eingetragene Rechtsnachfolger des eingetragenen Patentinhabers ist nicht nur dem Patentamte gegenüber nicht legitimiert, sondern auch nicht für die gerichtliche Geltendmachung der aus dem PatG. sich ergebenden Rechte und Pflichten.

3. **RG.** I. 28. 12. 07, SächsRpflA. **08** II 274. Abs. 2 verleiht dem Vermerk in der Patentrolle nicht die Bedeutung einer grundbuchmäßigen Eintragung.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Patentsachen.

§ 20. I. 1. Ephraim, Tragweite von Unteransprüchen, ZIndR. **2** 2, polemisiert gegen Heimann, Mitt. VDP. **06** 5; auch Unteransprüche müssen nach genau denselben Gesichtspunkten auf Patentfähigkeit wie selbständige Patente geprüft werden. — Dagegen: Heimann aaO. 24. Erwiderung: Ephraim aaO. 122.

2. Wirth, Einheitlichkeit der Erfindung, Mitt. VDP. **07** 45, 53, erörtert die Änderung des Verfahrens des PA. bei der Anmeldung nicht einheitlicher Erfindungen.

3. Fried u. Landenberger, Zur Frage der Vereinfachung des deutschen Patenterteilungsverfahrens, GewRschutz **08** 133. Es wird vorgeschlagen, bei einer Änderung des PatG. zu bestimmen, daß das PA. nach Abschluß der Vorprüfung nicht bloß die Bekanntmachung, sondern zugleich auch bedingt die endgültige Patenterteilung zu beschließen hat.

4. Meinhardt, Der Patentanspruch in der Rechtsprechung, Mitt. VDP. **08** 59, erörtert die zur Auslegung des Patentanspruchs maßgebenden Grundsätze an Hand der Rechtsprechung. Ausgangspunkt ist der Satz: Der Patentanspruch ist eine Willenserklärung des Patentamts; deshalb ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an den Buchstabensinn des Ausdrucks zu haften. Demgegenüber steht Isay aaO. 66 auf dem Standpunkte, der Patentanspruch sei objektiv zu beurteilen. Äußerungen des Anmelders seien nur dann für den Schutzumfang heranzuziehen, wenn er ausdrücklich auf etwas habe verzichten wollen.

5. Gleichen, Über die Einheit und das Zusatzverhältnis angemeldeter Erfindungen, GewRschutz **08** 136, stellt den Satz auf, daß die Einheit und das Zusatzverhältnis nicht ausschließlich aus dem Anspruche (Schutzbereiche), sondern aus der ganzen Erfindung heraus, wie sie durch die Beschreibung dargestellt ist (Erfindungsbereich), zu beurteilen sei.

6. Forch, Zur Frage der Einheit und des Zusatzverhältnisses, GewRschutz **08** 293, wendet sich gegen den vorstehend erwähnten Aufsatz insofern, als darin ein Gegensatz zwischen Anspruch und Beschreibung konstruiert wird. Verfasser

verneint die Möglichkeit, Schutz- und Erfindungsbereich derart in Gegensatz zu stellen, daß der eine über den anderen und zwar letzterer über den ersteren hinausgreift.

7. Hüfner, Ist es gesetzlich zulässig, nach der Bekanntmachung der Anmeldung die ausgelegten Patentansprüche vom Gesichtspunkte der Einheitlichkeit zu prüfen? GewRschutz **08** 124. Die Prüfung der ausgelegten Patentansprüche unter dem Gesichtspunkte der Einheitlichkeit der Erfindung und die Forderung auf Ausscheidung führt, wenn der Anmelder die Trennungserklärung abgibt, zu dem unlösbaren Widerspruche, daß der ausgeschiedene Anspruch noch den vorläufigen Patentschutz genießt, wenngleich er in einem besonderen Verfahren weiter verfolgt wird, und daß er nochmals ausgelegt werden muß, obwohl der Anmelder in Ansehung dieses Patentanspruchs einstweilen das volle Ausschlußrecht des § 4 besitzt. Dieses Verfahren hätte für die Allgemeinheit den ungeheuren Nachteil, daß der vorläufige Patentschutz im Gegensatze zum Zwecke und zur Absicht des Gesetzes lange in der Schwebe bliebe. Unter Abwägung der Gründe für und wider — good reasons must of force give place to better — gelangt die logische Gesetzesauslegung zu dem Rechtsatze, daß nach der Bekanntmachung der Anmeldung die Patentansprüche nicht mehr der Vorschrift des Satz 2 des § 20 unterstehen. Nur solche prozessuale Mängel können dann noch berücksichtigt werden, die nicht eine Hinausschiebung der Entscheidung über die ausgelegten Ansprüche zur Folge haben.

8. Tolksdorf, Über das Patenterteilungsverfahren, ZIndR. **2** 133, weist auf Mängel hin und macht Verbesserungsvorschläge.

II. 1. ZIndR. **3** 173 (PA.). Zwischenurteile sind im Patenterteilungsverfahren unzulässig.

2. DJZ. **07** 716 (PA.). Eine Anmeldung ist dem Patentamt erst mit der Abstempelung des Einganges in der Annahmestelle zugegangen. Ein nach Schluß der Geschäftsstunden der Annahmestelle abgegebener Eingang kann nicht vor Beginn des folgenden Tages als zugegangen behandelt werden.

3. PBl. **08** 258 (PA.). Das Patenterteilungsverfahren ist ein Untersuchungsverfahren. Jede Parteidisposition über dieses Verfahren ist also ausgeschlossen. Teilurteile im Sinne des § 301 ZPO. sind darin nicht statthaft.

§ 21. I. Rauter, Der Vorbescheid im Patentrechte, GewRschutz **08** 212 ff. Der Vorbescheid muß als solcher bezeichnet sein, da sonst die Rechtsfolgen nicht eintreten, auch wenn es sich aus sonstigen Umständen etwa ergeben sollte, daß der Vorprüfer einen Vorbescheid hat erlassen wollen. Entgegen der Praxis des Patentamts wird mit Isay die Ansicht vertreten, daß in demselben Verfahren mehrere Vorbescheide nicht zulässig sind. Der Vorbescheid in seiner jetzigen Fassung wird nicht für berechtigt erklärt und empfohlen, im jetzigen Patenterteilungsverfahren den Vorbescheid erst dann zu erlassen, wenn die Vorprüfung tatsächlich abgeschlossen ist.

II. PBl. **07** 32 (PA.). Vorprüfer keine selbständige (erste) Instanz. Er kann daher, auch wenn er einen Vorbescheid erlassen hat, an der Beratung der Anmeldeabteilung teilnehmen (gegen Seligsohn, PatG. [7] 288 und Isay, GoldschmidtsZ. **59** 176).

§ 22. PBl. **08** 8 (PA.). Eine Verzichterklärung des Anmelders ist nach Verkündung eines Beschlusses, der die Anmeldung zurückweist, selbst wenn dieselbe vor der Zustellung des Beschlusses erfolgt, ohne Einfluß auf die sich an den Beschluß knüpfenden Rechtsfolgen.

§ 23. I. 1. Wangemann, GewRschutz **07** 305 ff. Der Begriff „Antrag" ist nicht im engeren Sinne zu fassen, er umfaßt die gesamte Anmeldung;

das PA. muß den wesentlichen Inhalt, wie er z. B. in den Patentansprüchen niedergelegt ist, bei der Bekanntmachung im Reichsanzeiger veröffentlichen.

2. Spielmann, Die Art der Bekanntmachung der deutschen Patentanmeldungen, GewRschutz **07** 389. Zum Teil gegen die obigen Ausführungen Wangemanns, zum Teil sie ergänzend, hält es Verfasser nicht für angemessen, ausführliche Veröffentlichungen über den Inhalt von Patentanmeldungen vor der Erteilung des Patents auch in Zukunft zuzulassen, da den Vorteilen, die sie für die Gesamtheit haben könnten, die Möglichkeit schwerer Schädigungen des einzelnen gegenübersteht.

3. *Rauter, GewRschutz **07** 345. Gegenüber anderweitig aufgestellten gegenteiligen Behauptungen wird darauf hingewiesen, daß die Art und Weise, wie das PA. Patentanmeldungen bekannt macht und zur Auslage bringt, durchaus dem Gesetz entspricht. Insbesondere ist das PA. weder berechtigt noch verpflichtet, statt des bloßen Titels den Text der Patentanmeldung oder einen Auszug daraus öffentlich bekannt zu machen. — Die Befugnis, gegen die Erteilung des Patents auf Grund der ausgelegten Unterlagen Einspruch zu erheben, schließt die Berechtigung in sich, von diesen Unterlagen Abschriften zu nehmen oder nehmen zu lassen. Diese Befugnis hindert nicht, daß die ausgelegten Anmeldungen im übrigen den Schutz des LitUrhG. genießen. Die fraglichen Bestimmungen des PatG. bilden gegenüber § 11 LitUrhG. lediglich eine Ausnahme, insoweit dadurch Patentanwälte usw. berechtigt werden, auch gegen Entgelt das betreffende Werk (als Manuskript) zu verbreiten. — De lege ferenda ist nicht eine druckschriftliche Bekanntmachung des vollen Inhalts der ausgelegten Patentanmeldungen, sondern vielmehr im Interesse der beteiligten Patentsucher eher Abschaffung der öffentlichen Auslegung von Patentanmeldungen zu wünschen.

II. 1. **RG.** I. 16. 5. 07, **63** 39, ZIndR. **2** 114, JW. **07** 278. Wird zum Schutze einer ausgelegten Patentanmeldung eine einstweilige Verfügung erlassen, während des Revisionsverfahrens aber das Patent endgültig versagt, so ist der Revision stattzugeben und die einstweilige Verfügung aufzuheben.

2. ZIndR. **3** 55 (PA.). Die Zurücknahme des Bekanntmachungsbeschlusses seitens des Patentsamts ist zulässig.

3. Mitt. DPA. **07** 100 (PA.). Der Bekanntmachungsbeschluß ist nur eine die Endentscheidung vorbereitende Maßnahme. Eine selbständige Beschwerde ist dagegen nicht zulässig.

4. **RG.** I. 28. 12. 04, SächsRpflA. **08** 274. Der vorläufige Patentschutz tritt auch für denjenigen ein, dem der Anspruch auf Erteilung des Patents gemäß § 6 Abs. 2 durch Vertrag übertragen worden ist.

§ 24. I. 1. *Dunkhase, Die Stellung des Einsprechenden im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz **07** 1—9. In dem Aufsatze wird der Offizialcharakter des patentamtlichen Erteilungsverfahrens nachdrücklich betont und hieraus insbesondere gefolgert, daß auf Beschwerde des Einsprechenden die Beschwerdeabteilung im vollen Umfange zuständig wird, ohne an Anträge des Beschwerdeführers gebunden zn sein, und daß die einmal begründete Zuständigkeit der Beschwerdeabteilung durch Zurücknahme des Einspruchs oder der Beschwerde nicht wieder beseitigt wird.

2. Dagegen: Ephraim, Die Stellung des Einsprechenden im Patenterteilungsverfahren, GewRschutz **07** 397. Verfasser unterscheidet zwischen dem Populareinspruche wegen mangelnder Patentfähigkeit und dem Personaleinspruche wegen widerrechtlicher Entnahme. Im ersten Falle nimmt er eine formale Parteistellung an, im zweiten „eine Parteistellung in noch höherem Grade". — Hiergegen wieder: Dunkhase, GewRschutz **08** 242.

3. Kummer, Zur Frage der Beweispflicht des Einsprechenden, Mitt. DPA. **08** 131, vertritt den Standpunkt, daß das Einspruchsverfahren kein Parteistreit, sondern ein Teil des amtlichen Vorprüfungsverfahrens sei. Es genüge daher, daß der Einsprechende patenthindernde Umstände in einer Weise vorbringt, die geeignet ist, das PA. zu deren Verfolgung von Amts wegen zu veranlassen.

4. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 359. Die durch den Einspruch begründete Rechtsstellung kann nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein.

5. Schmidt, Zur Auslegung des § 24 Abs. 1 PatG., Mitt. DPA. **08** 1. Verf. hebt die Gründe hervor, die entgegen der jetzt herrschenden Auffassung dafür sprechen, daß die fragliche Gesetzesbestimmung lediglich die durch entgegengesetzte Willenserklärung des Anmelders zu entkräftende Vermutung dafür begründen, daß der Anmelder die Anmeldung habe zurücknehmen wollen.

II. 1. PBl. **08** 261 (PA.). Die Berichtigung eines rechtskräftigen Erteilungsbeschlusses und der auf Grund desselben ausgegebenen Patentschrift ist nur wegen offenbarer Unrichtigkeiten, d. h. wegen der aus dem sonstigen Inhalt ohne weiteres erhellenden Mängel im Ausdrucke, nicht dagegen wegen eines Fehlers in der sachlichen Beurteilung zulässig. Es kommt daher nicht darauf an, ob etwa die Entscheidung auf einem Irrtume beruht, der durch ein Versehen des Anmelders oder auch des PA. hervorgerufen ist.

2. PBl. **08** 132 (PA.). Der Einsprechende hat auch im Falle des § 3 Abs. 2 PatG. nach § 24 Abs. 2 nur das Recht, Einspruch gegen die Erteilung des Patents zu erheben; ein besonderer Anspruch auf Feststellung, daß die Voraussetzungen der widerrechtlichen Entnahme vorhanden seien, ist ihm im PatG. nicht eingeräumt.

§ 25. GewRschutz **08** 180 (PA.). Der Einsprechende kann verlangen, vor der Beschlußfassung gehört zu werden, nicht aber über jeden Schriftsatz der Gegenseite. Wann dies zu geschehen hat, oder ob eine Erwiderung vor der Entscheidung abzuwarten ist, hat lediglich die erkennende Stelle zu bestimmen.

§ 26. I. 1. Hüfner, Die Zurücknahme der befristeten Patentbeschwerde, GewRschutz **08** 252. Das PatG. enthält darüber, ob die im § 26 vorgesehene Beschwerde zurückgenommen werden kann und welche Rechtswirkung diese Zurücknahme herbeiführt, keine Bestimmungen. In analoger Anwendung des § 515 ZPO. kommt Verf. zu dem Resultate, daß die Wirksamkeit zurückgezogener Beschwerden innerhalb der laufenden Frist des § 26 von demselben Beschwerdeführer nicht nochmals eingelegt werden kann.

2. Ephraim, Der Anspruch auf Anhörung im Patenterteilungsverfahren, ZIndR. **2** 170. Verf. wendet sich gegen die Ansicht, daß mit einer einmaligen Ladung und Anhörung der im § 26 gewährte Anspruch auf Anhörung verwirkt und erschöpft sei (vgl. den nachstehenden Beschluß des PA. vom 16. Januar 1907).

3. Hüfner, Wann ist der gemäß § 26 PatG. anfechtbare Beschluß erlassen? GewRschutz **08** 217. Der Beschluß der ersten Instanz ist „erlassen", sobald er den Beteiligten ausgeliefert worden ist. Dies ist geschehen nicht bloß, wenn der Beschluß ordnungsmäßig zugestellt worden ist, sondern auch wenn er verkündet, ganz formlos oder unter teilweiser Nichtbeachtung der Zustellungsvorschriften den Beteiligten ausgehändigt worden ist. Auch in diesen drei Fällen kann die Beschwerde rechtsgültig nach § 26 PatG. eingelegt werden. Ist der Beschluß nicht rechtsgültig zugestellt worden, so läuft die Beschwerdefrist nicht, aber die Beschwerde kann vor der Zustellung erhoben werden, wenn der Beschluß „erlassen" ist.

II. 1. PBl. **07** 2 (PA.). Die Beschwerdeabteilung ist an die Anträge der

Beteiligten nicht gebunden; sie hat von Amts wegen den gesamten Anmeldestoff daraufhin selbständig zu prüfen, in welchem Umfang er zum Patent führen soll.

2. PBl. **07** 2 (PA.). Dem Einsprechenden steht das Rechtsmittel der Beschwerde auch dann zu, wenn es sich nur noch um Feststellung des Inhalts der Beschreibung handelt.

3. ZIndR. **07** 5 (PA.). Beschwerde ist gegen die Ablehnung des Hauptantrags zulässig, auch wenn dem Eventualantrag entsprochen worden ist.

4. PBl. **07** 128 (PA.). Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung steht den Beteiligten ein Anspruch auf nochmalige Ladung und Anhörung nicht zu.

5. PBl. **08** 182. Die unter Umgehung des bestellten Vertreters bewirkte Zustellung an den Einsprechenden bzw. Anmelder ist rechtswirksam und setzt die Beschwerdefrist in Lauf.

§ 27. I. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbl. Schutzrechte, LeipzZ. **08** 284. Die Zwangsvollstreckung in das Patentrecht darf sich nicht gegen die Patenturkunde richten. Die Patenturkunde selbst (als bewegliche Sache) unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung, da sie keinen selbständigen Vermögenswert hat. Auf Grund des das Patentrecht pfändenden Beschlusses kann die Herausgabe der Patenturkunde verlangt werden.

II. 1. PBl. **07** 176 (PA.). Mitteilung des Inhalts von Akten über Patentanmeldungen, die wohl zur Bekanntmachung, nicht aber zur Patenterteilung geführt haben, ist unzulässig, falls nicht ein besonderes Interesse glaubhaft gemacht wird.

2. **RG.** I. 16. 3. 07, **63** 39, JW. **07** 278. Das Erlöschen des Patents ist auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten.

§ 28. 1. PBl. **07** 235 (PA.). Das Nichtigkeitsverfahren ist einzustellen, sobald sich ergibt, daß der Antragsteller kein Interesse daran hat. Behörden dürfen nicht zwecklos in Anspruch genommen werden.

2. **RG.** I. 19. 12. 06, **65** 24, LeipzZ. **07** 217, ZIndR. **2** 199, R. **07** 1150 Ziff. 2828. Der erste Tag der in Abs. 3 vorgesehenen Frist wird durch die im Abs. 1 bezeichnete Bekanntmachung bestimmt. Fristberechnung nach § 187 Abs. 1 BGB.

§ 30. a) **RG.** I. 12. 2. 08, **67** 399, LeipzZ. **08** 305, ZIndR. **3** 76, PBl. **08** 134, R. **08** 134, R. **08** II 635 Ziff. 3488. Gegen die vom PA. gemäß § 30 Abs. 3 ausgesprochene Androhung der Zurücknahme des Patents gibt es kein Rechtsmittel. Sie hat nur den Charakter einer prozeßleitenden Verfügung, die für das PA. selbst nicht bindend ist. **b)** Dagegen: Hagens, Ist die im § 30 Abs. 3 PatG. vorgesehene „Androhung der Zurücknahme" eine mit der Berufung anfechtbare Entscheidung? LeipzZ. **08** 561. Er führt aus, der Wortlaut des Gesetzes gäbe nicht, wie das RG. annehme, keine sichere Handhabe zur Entscheidung dieser Streitfrage, vielmehr habe der Gesetzgeber dieselbe der Wissenschaft und Praxis vorbehalten. Der Ansicht des RG. könne die Analogie der ZPO. nicht zur Stütze dienen; auch sei dieselbe nicht zweckmäßig. Praktischer und zugleich juristisch unbedenklicher sei es, die Androhung als ein berufungsfähiges, bedingtes Endurteil zu behandeln. **c)** Die gleiche Frage behandelt Alexander-Katz, Die Zurücknahmeklage, ZIndR. **2** 229. Er kommt unabhängig von der oben zitierten Entsch. des RG. zu dem gleichen Resultate.

§ 31. 1. **RG.** IV. 11. 10. 06, PBl. **07** 3. Kostenfestsetzungsbeschlüsse des PA. sind von dem Vollstreckungsgerichte mit der Vollstreckungsklausel zu versehen. — Die Vorschrift der ZPO., daß die Vollstreckungsklausel vom Prozeßgerichte zu erteilen ist, findet im Patentstreitverfahren keine Anwendung.

2. PBl. **07** 33 (PA.) Im Nichtigkeitsverfahren vor dem PA. sind der obsiegenden Partei die Gebühren und Kosten einer Doppelvertretung (Rechts- und

Patentanwalt) nur in besonders schwierigen Fällen zu ersetzen. Auch der hohe Wert des Streitgegenstandes kann dabei berücksichtigt werden. Hat sich eine Partei durch einen Rechtsanwalt und einen Patentanwalt vertreten lassen, sind aber nur die Kosten eines Vertreters erstattungsfähig, so können mindestens die nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte sich berechnenden Gebühren ersetzt verlangt werden. Sollte sich wegen des zu geringen Streitwerts in einem solchen Falle keine der Schwierigkeit der Sache entsprechende Vertreterentschädigung ergeben, so ist es zulässig, sie höher zu bemessen.

3. **RG.** I. 8. 12. 06, PBl. **07** 38. Die Honoraransprüche eines Patentanwalts, der in einer Nichtigkeitsberufungssache neben dem Reichsgerichtsanwalt vor dem RG. erschienen ist, sind nicht erstattungsfähig.

§ 32. 1. **RG.** IV. 11. 10. 06, **64** 179, PBl. **07** 3. Vollstreckungsklausel erteilt Vollstreckungsgericht.

2. **RG.** 28. 10. 05, GruchotsBeitr. **50** 1044. Ein Rechtshilfeersuchen des PA. darf nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Amt in der Lage sei, die Zeugen selbst zu vernehmen.

§ 33. 1. **RG.** I. 9. 12. 07, WarneyerJ. **08** Nr. 179. Wer zur Zeit des Einganges des Nichtigkeitsantrags als Mitinhaber des Patents in die Patentrolle eingetragen ist, bleibt auch für die Berufung passiv legitimiert, selbst wenn er sich sachlich auf das Verfahren nicht eingelassen hat und sich später in der Patentrolle hat löschen lassen.

2. **RG.** I. 9. 11. 07, PBl. **08** 9. In der Berufungsinstanz ist das Zurückziehen des Nichtigkeitsantrags nach der Verkündung der Entsch. des PA. zu berücksichtigen (vgl. zu § 15).

3. **RG.** I. 9. 11. 07, SächsRpflA. **08** 112. Der Antrag auf Nichtigerklärung eines Patents kann so lange zurückgezogen werden, bis eine rechtskräftige Entscheidung auf Vernichtung vorliegt, also auch noch in der Berufungsinstanz.

Vierter Abschnitt. Strafe und Entschädigung.

§ 35. I. *Eltzbacher, Unterlassungskage 141/142. Neben seinem Anspruch auf Schadensersatz hat der Patentinhaber auch die Unterlassungsklage. (Näheres oben im Anhange zum 6. Abschnitt des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.)

II. (Vgl. auch § 4.) 1. LeipzZ. **08** 248 (KG.). Gerichtsstand. Der Gerichtsstand des § 32 ZPO. ist auch für die „reine Abwehrklage" (die Unterlassungsklage) dann begründet, wenn der Kläger behauptet, daß sein absolutes Recht (gewerbliches Schutzrecht) vom Beklagten durch eine schuldhafte, ihn schadensersatzpflichtig machende Handlung verletzt worden sei. — Dagegen:

2. MSchutzuWettbew. 7 199 (Hamburg). Die Behauptung, daß jemand ein Patent verletze, kann eine Behauptung tatsächlicher Art im Sinne des § 6 UnlWG. sein. In Fällen aber, in denen die Auslegung des Patents schwierige und verwickelte Erörterungen nötig macht, ist die Unrichtigkeit der Behauptung nicht als objektiv feststellbar anzusehen; es liegt daher dann keine Behauptung tatsächlicher Art vor.

3. LG. I Berlin, ZIndR. 3 126, bejaht die Frage, ob der Anspruch auf Patentverletzung durch das PatG. endgültig geregelt ist (gegen Bolze, AcivPr. **92** 319).

4. **RG.** PBl. **07** 151. Wer eine Maschine baut und verkauft, die zur Anwendung eines patentierten Verfahrens bestimmt ist, verletzt dieses nicht.

5. PBl. **08** 185 (LG. I Berlin). Ein auf ein Kombinationsverfahren erteiltes Patent wird schon durch widerrechtliche Benutzung eines

Teiles des geschützten Gesamtverfahrens verletzt, sofern das benutzte Teilverfahren zu demselben Produkte führt wie das geschützte Kombinationsverfahren und als ein wesentlicher Teil desselben anzusehen ist. Dies auch dann, wenn das spätere Verfahren erst bei einem Zwischenprodukte des in Betracht kommenden Teilverfahrens einsetzt, dessen Entstehung in der Patentschrift zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber angenommen werden muß. Gleichgültig ist es, ob das Zwischenprodukt im Anschluß an das patentierte Verfahren oder auf eine davon unabhängige Weise gewonnen wird.

6. **RG.** I. 30. 1. 04, LeipzZ. **07** 291. Die Klage auf Feststellung einer Patentverletzung ist nur unter den allgemeinen prozessualen Voraussetzungen jeder Feststellungsklage zulässig. — Ein patentrechtlicher Anspruch auf Vernichtung patentwidriger Produkte und Reklamen besteht nicht. Eventuell kommt § 249 BGB. in Frage (vgl. **RG. 62** 321).

7. SeuffA. **63** 209, HansGZ. **06** 287, GewRschutz **07** 343 (Hamburg). Die Unterlassungsklage hat ihren Grund in dem absoluten Rechte aus § 4 PatG. und wird auch dadurch nicht zu einer Klage aus einer unerlaubten Handlung im Sinne von § 32 ZPO., daß eine wissentliche Patentverletzung behauptet wird. Auch zusammen mit dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Patentverletzung kann die Unterlassungsklage nicht im Gerichtsstande des § 32 ZPO. erhoben werden. Es gibt keinen Gerichtsstand des Zusammenhanges.

8. **RG.** I. 9. 10. 08, MSchutzuWettbew. **8** 84. Für die Frage, ob eine Patentverletzung vorliegt, kommt es allein auf den objektiven Sachverhalt, nicht auf die Absicht an.

9. **RG.** I. 24. 1. 06, **62** 320. Wegen objektiver Patentverletzung können in Fällen, in denen eine Entschädigungspflicht nicht besteht, in der Regel selbständige Ansprüche auf Rechnungslegung und Herausgabe von Nutzungen nicht erhoben werden.

10. MSchutzuWettbew. **7** 31 (Cassel). Dem Verletzten steht der Anspruch auf Rechnungslegung nicht nur bei wissentlicher, sondern auch bei grobfahrlässiger Verletzung zu.

11. SächsOLG. **29** 185 (Dresden). Die Klage auf Unterlassung von Handlungen, in denen der Kläger eine Patentverletzung findet, wird durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten nicht unterbrochen, wenn dieser lediglich bestreitet, daß die Handlungen an sich patentverletzend seien.

12. PBl. **08** 161 (KG.). Im Falle rein objektiver Patentverletzung, also beim Nichtfeststehen eines Verschuldens des Verletzers, ist nach konstanter Praxis für den Patentinhaber kein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung auf Herausgabe des vom Verletzer gezogenen Gewinns gegeben.

13. **RG.** I. 24. 6. 08, WarneyerJ. **08** Nr. 658. Ein Bereicherungsanspruch wegen Patentverletzung setzt wissentliches oder grobfahrlässiges Zuwiderhandeln voraus.

14. **RG.** I. 4. 1. 08, R. **08** II. 144 Ziff. 873. Für einen bestimmten Schadensersatzanspruch wegen Patentverletzung können mehrere miteinander nicht verträgliche Berechnungsarten nicht gleichzeitig geltend gemacht werden, doch ist es zulässig, neben dem Entgange der Lizenzgebühren, der durch die unbefugte Benutzung der patentierten Einrichtung veranlaßt wurde, auch einen weitergehenden Schadensersatzanspruch, der durch die infolge der patentverletzenden Benutzung eingetretene Konkurrenz oder durch Diskreditierung des Geschäfts entstanden sein kann, nach einer anderen Berechnungsmethode geltend zu machen.

15. **RG.** I. 24. 7. 08, R. **08** II. 536 Ziff. 3020. Hat ein Unternehmer, der von dem Inhaber eines Patents ermächtigt ist, bei der Ausführung von Werken

die patentierte Erfindung unter Vorbehalt des Lizenzanspruchs des Patentinhabers anzuwenden, im Einzelfall ohne jeden Vorbehalt zugunsten des Patentinhabers zu machen, die patentierte Erfindung angewandt, so ist für einen Bereicherungsanspruch des Patentinhabers gegen den Besteller kein Raum, sofern dieser ohne grobe Fahrlässigkeit von dem Patentrechte nichts wußte.

16. **RG.** I. 2. 2. 07, R. **07** 585 Ziff. 1247. Der Tatbestand der wissentlichen Verletzung liegt nicht nur dann vor, wenn sich der Täter bewußt war, er greife in das fremde Patentrecht ein, sondern auch schon dann, wenn er sich nur der Möglichkeit des Eingriffs bewußt war und diese Möglichkeit dergestalt in seinen Willen aufgenommen hatte, daß er entschlossen war, die Handlung auf die Gefahr des Eingriffs vorzunehmen (vgl. auch **RG.** I. 10. 10. 08, R. **08** II. 715 Ziff. 3899).

17. **RG.** I. 17. 11. 06, JW. **07** 58. Die Konkursmasse haftet für grobfahrlässige oder vorsätzliche Patentverletzung des Konkursverwalters im Betriebe des gemeinschuldnerischen, von ihm fortgeführten Geschäfts. Er hat die Frage, ob der Vertrieb bestimmter Gegenstände eine Patentverletzung darstelle, zu prüfen.

18. SächsRpflA. **08** 476, ZIndR. **3** 268 (Dresden). Die rechtswidrige Benutzung eines fremden Patents läßt für den Patentinhaber, auch wenn er sich auf §§ 687 Abs. 2, 812 BGB. nicht berufen kann, einen Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr entstehen, selbst wenn er zur eigenen Verwertung des Patents in dem betr. Falle nicht in der Lage war.

§ 36. **RG.** I. 23. 2. 02, R. **07** 463 Ziff. 948. Über die Zulässigkeit der Zurücknahme des Strafantrags kann mit rechtlicher Wirkung paktiert werden.

§ 40. I. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 143/144. Der Gewerbetreibende, dessen Konkurrent eine der nach § 40 strafbaren Handlungen begangen hat, hat bei Wiederholungsgefahr die Unterlassungsklage (näheres über deren Voraussetzungen und Ziel oben im Anhange zum 6. Abschnitte des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231).

II. 1. ZIndR. **3** 31 (LG. Hamburg). Die Worte „Patentamtsschutz Nr. . .“ stellen keine Patentberühmung dar.

2. **RG.** (VerStrafs.) 21. 1. 08, PBl. **08** 155, MschutzWettbew. 8 37. Dagegen führt das RG. aus: Es wäre verfehlt, rechtsgrundsätzlich auszusprechen, daß die Anwendung des Ausdrucks „patentamtlich eingetragen“ niemals eine Patentanmaßung im Sinne des § 40 PatG. Nr. 2 in sich schließen könne. Der Ausdruck kann sehr wohl zu einer Verletzung dieser Gesetzesvorschrift führen. Es hängt ganz von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere davon ab, ob nach der Durchschnittsauffassung, die bei dem jeweilig beteiligten Abnehmerkreise vorauszusetzen ist, die Möglichkeit einer Irrtumserregung dahin besteht, daß die betreffenden Gegenstände durch ein deutsches Patent geschützt seien.

3. OLG. **13** 316 (Cassel). Nicht gegen Ziff. 1 verstößt, wer eine Ware in der von einem anderen mit der Bezeichnung „Patentiert in den meisten Kulturstaaten“ versehenen Packung in Verkehr bringt.

4. HansGZ. **07** 201, R. **07** 1334 Ziff. 3385 (Hamburg). In der Anpreisung eines nicht patentierten Gegenstandes als patentiert liegt eine Verletzung sowohl des PatG. als des UnlWG. Der Unterlassungsanspruch ist im UnlWG. nicht wie nach PatG. davon abhängig, daß die Gefahr einer Wiederholung besteht.

Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern.

Vom 1. Juni 1891.

Verhältnis zum Patentgesetze. **RG.** I. 30. 11. '07, **67** 176, PBl. **08** 164, LeipzZ. **08** 166, JW. **08** 53, 249, DJZ. **08** 249. Das GebrMustG. gibt in seiner knappen Fassung keine erschöpfende Regelung der Materie. Die Verwandtschaft des Gegenstandes und das innere Verhältnis des späteren GebrMustG. zu dem für den Erfinderschutz grundlegenden PatG. rechtfertigt, wo nicht besondere Gründe entgegenstehen, die Ergänzung und Erläuterung des jüngeren Gesetzes durch das ältere (vgl. zu §§ 3, 7).

§ 1. I Schanze, Erfindung (Inhalt der Erfindung) und Gegenstand der Erfindung, ZIndR. 2 49. Auch für das Gebrauchsmusterrecht ist Gegenstand und Inhalt der Musterschöpfung auseinanderzuhalten. Das GebrMustG. verlangt, a) daß der Gegenstand der Gebrauchsmusterschöpfung, d. i. das Arbeitsgerät oder der Gebrauchsgegenstand modellfähig ist, b) daß der Inhalt der Gebrauchsmusterschöpfung durch das Modell veranschaulicht wird. Das Gesetz verlangt aber nicht, daß der Inhalt der Gebrauchsmusterschöpfung für sich allein modellfähig ist (Flächenmuster danach geschützt). Weiter verlangt das Gesetz: Einfachheit. Dieses Erfordernis ist nur an den Inhalt der Musterschöpfung, nicht an den Gegenstand derselben zu stellen (vgl. Schanze, GoltdA. **47** 211, SächsA. X 81; ferner zu § 1 PatG.).

II. Abs. 1. **RG.** 21. 9. 07, JW. **07** 680, R. **07** 1332 Ziff. 3379. Auch Erfindungen, deren Wesen nur mittels der damit zu verrichtenden Arbeit und ihrer Arbeitswirkung beschrieben werden können, sind gebrauchsmusterschutzfähig Die Ansicht Isays, Komm. z. GebrMustG. § 1 Anm. 21: Erfindungen, deren Gegenstand nur räumlich und zeitlich definiert werden kann, seien als Einrichtungen nicht schutzfähig, wird als unzutreffend abgelehnt. Schutzfähig ist auch ein wesentlicher Teil einer Maschine, für die als Ganzes wegen ihrer Kompliziertheit nicht ein Gebrauchsmusterschutz, sondern ein Patentschutz in Frage kommt. Erforderlich ist nur, daß jener Teil der Arbeit dient, die von der Maschine verrichtet wird, daß der Erfindungsgedanke sich in der Form verkörpert und daß die Funktion eine allgemein verständliche und einfache ist. RG. läßt es dahingestellt, ob auch an sich komplizierte Maschinen den Gegenstand des Gebrauchsmusterschutzes sein können, wenn sie im großen und ganzen bekannt sind und die Neuheit sich nur auf einen einzelnen im Modelle darstellbaren relativ einfachen Bestandteil bezieht (ebenso **RG.** I. 2. 10. 07, JW. **07** 718).

2. **RG.** I. 21. 9. 07, ZIndR. **2** 263, LeipzZ. **07** 740, JW. **07** 680. Ein einzelner Bestandteil einer Maschine kann Gegenstand eines Gebrauchsmusterschutzes sein, auch wenn die Maschine wegen ihrer Kompliziertheit des Gebrauchsmusterschutzes unfähig ist und dieser Bestandteil eine für die ganze Maschine wesentliche Funktion besitzt.

3. **RG.** I. 6. 5. 08, PBl. **08** 262, LeipzZ. **08** 600. Der Umstand, daß an den Erfindungsgedanken beim Gebrauchsmusterschutz geringere Anforderungen gestellt werden, als beim Patentschutze, darf nicht dazu führen, daß von jeder Erfindertätigkeit abgesehen wird. Die bloße Zusammenstellung bekannter Einrichtungen ohne jeden besonderen (eigenartigen) Erfolg für die Förderung des Arbeits- oder Gebrauchszwecks enthält nur eine Summierung bekannter Wirkungen, schafft aber kein neues Modell.

4. **RG.** I. 27. 5. 08, JW. **08** 498. Rechtlich verfehlt ist die Annahme, nicht alle Eigenschaften des Geräts, welche dazu beitragen, seinem Gesamtbilde das Gepräge der Neuheit zu verleihen, müßten in der Anmeldeschrift ent-

halten sein, vielmehr muß es genügen, wenn sie aus dem nach Anmeldung und Modell gefertigten Gegenstand erhellen. Denn damit würden für die begriffliche Feststellung des geschützten Musters, auf dessen Neuheit es allein ankommen kann, in unzulässiger Weise Momente herangezogen, die mit der, dem Gebrauchsmuster offenbarten Erfindung nichts zu tun haben und daher dem Schutze des Gebrauchsmusters nicht unterstehen. Eigenschaften, die nach dem Inhalte der Anmeldung nicht zu den Merkmalen des Modells gehören, worin die dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienende neue Gestaltung oder Vorrichtung bestehen soll, dürfen auch nicht verwendet werden, um für sich oder in Verbindung mit der geschützten Kombination das Wesen des Gebrauchsmusters zu charakterisieren.

5. ThürBl. **53** 260 (Jena). Die Annahme eines Gebrauchszwecks ist bei Kinderspielwaren nicht ausgeschlossen.

6. PBl. **06** 171 (LG. Chemnitz). Umfaßt die Eintragung in der Musterrolle mehrere selbständige Gebrauchsmuster, obwohl dem Wortlaute nach nur ein einziges Gebrauchsmuster eingetragen ist, so kann ein Schutz nicht entstehen.

7. a) RheinA. **104** I 151 (Düsseldorf). Die inhaltliche Anordnung eines Adreßbuchs nach Stadtbezirken ist nicht musterschutzfähig. b) ElsLothZ. **32** 449 (Colmar). Ebensowenig eine weiße, sog. Friseurjacke mit Knopflaschen.

8. **RG.** I. 20. 4. 07, ZIndR. **3** 22. Die Schutzfähigkeit eines Gebrauchsmusters ist nicht durch seine Herstellungsweise (Verfahren), sondern ausschließlich durch seine äußere Gestaltung bedingt.

9. ZIndR. **3** 36 (LG. Leipzig). Aufdruck geschäftlicher Anzeigen auf Briefumschläge ist keine „Gestaltung" im Sinne des GebrMustG.

10. ZIndR. **3** 47 (Düsseldorf). a) Die Anpassung eines Gebrauchsmusters an einen neuen Verwendungszweck kann originell sein; sie ist es aber dann nicht, wenn sie sich aus dem neuen Gebrauchszwecke von selbst ergibt. b) Auch in der Fortentwickelung und Weiterbildung einer bekannten Idee kann eine schöpferische Tätigkeit liegen.

11. PBl. **08** 18 (KG.). Die Verwendung einer bekannten Anordnung zu einem neuen Zwecke begründet allein nicht die Neuheit eines Gebrauchsmusters.

12. PBl. **08** 33, ZIndR. **3** 71 (Bamberg). Unter K o m b i n a t i o n im technischen Sinne bei einem Gebrauchsmuster ist die Verbindung mehrerer, sei es neuer oder auch schon vorher bekannter Elemente durch neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung, wodurch neue, eigenartige Wirkungen erzielt werden, zu verstehen; vorausgesetzt ist dabei, daß diese Zusammenfügung noch nicht bekannt ist. Geschützt sind hier an sich nicht die einzelnen Elemente, sondern nur ihre Vereinigung; den Schutz genießt nur die originelle Zusammensetzung, durch welche die eigenartige Wirkung bedingt und erzielt wird. Aus der Beschreibung des Musters muß hervorgehen, daß der Nachdruck nicht auf die einzelnen Teile, sondern auf ihre Verbindung zu einem neuen Ganzen gelegt ist.

13. **RG.** I. 20. 4. 07, R. **07** 646 Ziff. 1370. Da das Schutzrecht sich beim Gebrauchsmuster nicht auf eine Herstellungsweise, d. h. ein Verfahren, sondern auf die besondere Gestaltung eines körperlichen Gegenstandes beziehen kann, so kann die Identität des dem Muster zugrunde liegenden Erfindungsgedankens nicht aus dem Grunde verneint werden, daß die Herstellung des neuen Musters in anderer Weise erfolge, als die des älteren.

14. UnlW. **6** 105 (Dresden). Die bloße Zusammenlegbarkeit eines Gegenstandes ist nicht gebrauchsmusterschutzfähig. Sie ist nicht lediglich im Raume darstellbar, nicht ausschließlich stofferfüllte Form, sondern Ausdruck eines Vorganges. Die Zuhilfenahme zeitlicher Momente ist erforderlich. Erfindungen,

die sich zugleich auf einen Vorgang beziehen, sind möglicherweise patentfähig, musterschutzfähig sind räumlich und zeitlich definierbare Erfindungen nicht, das den Gebrauchsmusterschutz im Modell, also nur ein im Raume allein darstellbares Etwas voraussetzt.

15. **RG.** I. 21. 9. 07, PBl. **08** 31. Wesentliche Teile einer komplizierten Gesamtkombination sind schutzfähig.

16. **RG.** I. 3./7. 10. 08, R. **08** II 679 Ziff. 3698. Die Bestimmung, daß Verfahren von dem Gebrauchsmusterschutz ausgeschlossen sind, steht nicht dem entgegen, daß für eine auf bestimmte Weise — durch Ziehen, Pressen und ähnliche Deformationsprozesse — hergestellte Vorrichtung ein Gebrauchsmuster erteilt wird.

17. PBl. **08** 18 (KG.). Die Anwendung einer bekannten Anordnung zu einem neuen Zwecke ist allein nicht neuheitbegründend. Nötig ist vielmehr, daß die Einfügung der bekannten Teile in die Vorrichtung, bei der sie bisher noch nicht verwendet wurde, irgendwelche Anpassung im Sinne einer neuen Formgebung erfordert und daß die neue Verwendungsart nicht eine rein mechanische, sondern einen, wenn auch unbedeutend technischen Fortschritt enthält und auf einer, wenn auch geringen erfinderischen, geistigen Tätigkeit beruht.

18. ZIndR. **3** 210 (Dresden). Hintergründe aus gewebten Stoffen für photographische Aufnahmen sind gebrauchsmusterschutzfähig.

19. ZIndR. **3** 261 (LG. Leipzig). Die Nachahmung eines Gebrauchsgegenstandes ist schutzfähig, wenn die Stoffwahl eine, wenn auch geringe, Erfindertätigkeit erkennen läßt.

20. Abs. 2. R. **07** 585 Ziff. 1243. Die Veröffentlichung einer zwecks Patentierung erfolgten Anmeldung gemäß § 23 PatG. kann nicht als öffentliche Druckschrift angesehen werden, da in derselben die Erfindung beschrieben ist, und diese nur den wesentlichen Inhalt des in der Anmeldung enthaltenen Antrags wiedergibt, genaue Informationen aber nur durch Einsicht der bei dem PA. ausliegenden Anmeldung nebst Beilagen möglich ist.

21. R. **08** II. 383 Ziff. 2225 (Frankfurt). Unter „Druckschrift" sind auch Abbildungen ohne Text zu verstehen, wenn sie die Erfindung so veranschaulichen, daß ein Sachverständiger auf Grund derselben in der Lage ist, das Muster nachzubilden.

22. R. **08** II. 383 Ziff. 2256 (Frankfurt). „Offenkundig" ist eine Erfindung dann nicht benutzt, wenn der Erfinder davon nur einem geschlossenen Kreise, den er in das Vertrauen gezogen hat, Kenntnis gegeben hat.

23. ZIndR. **2** 83 (LG. Breslau). Die einmalige Anfertigung des geschützten Gegenstandes und die Anknüpfung von Verkaufsverhandlungen bezüglich solcher Gegenstände kann als offenkundige Benutzung nicht angesehen werden. Dagegen ZIndR. **2** 120.

24. **RG.** I. 6./7. 07, SörgelRspr. **07** 908. Der Gegenstand des Musterschutzes ist nicht aus dem sog. Anspruch allein, sondern aus der Gesamtheit der Anmeldung in Verbindung mit dem Modelle zu entnehmen (vgl. auch § 2).

§ 2. I. Heimann, Berechtigung und Bedeutung mehrerer Ansprüche bei Gebrauchsmustern, Mitt. DPA. **08** 82, will „in gewissem Sinne und Umfang" Unteransprüche bei Gebrauchsmustern zulassen.

II. 1. **RG.** I. 3. 10. 08, LeipzZ. **08** 857. Die Formulierung eines besonderen Schutzanspruchs ist für das Gebrauchsmuster nicht vom Gesetze verlangt; sie ist aber zulässig. Ist sie erfolgt, so ist ihm zu entnehmen, welche neue Gestaltung oder Vorrichtung dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienen soll. Dies schließt nicht aus, auch den übrigen Inhalt der Anmeldung zur

Auslegung des Schutzanspruchs beizuziehen, vorausgesetzt, daß es dieser Auslegung überhaupt noch bedarf (vgl. auch R. **08** II. 679 Ziff. 3700).

2. ZIndR. **2** 214 (Hamm). Wenngleich in der Regel der Schutzanspruch die nach Ansicht des Anmelders neue Gestaltung oder Vorrichtung angeben wird, so kann dies doch gegenüber § 2 Abs. 2 um so weniger als Erfordernis für die Schutzfähigkeit der Erfindung angesehen werden, weil die Formulierung eines Schutzanspruchs im Gesetze nicht verlangt wird. Es genügt, daß die von dem Anmelder in Anspruch genommene neue Gestaltung in der „Anmeldung" des Gebrauchsmusters angegeben ist. Die Absicht des Anmelders muß nach dem Gesamtinhalte der Anmeldungsurkunde beurteilt werden; es ist zulässig, eine undeutliche oder unvollständige Angabe der neuen Gestaltung in dem etwa formulierten Schutzanspruche durch die Beschreibung sowie auch durch die beigelegte Abbildung des Modells klarzustellen resp. zu ergänzen (vgl. § 1 Ziff. 23).

3. ZIndR. **3** 60 (KG.). Eine maßgebende erläuternde oder ergänzende Bedeutung ist der Zeichnung nur dann beizumessen, wenn die Anmeldung selbst kein klares und bestimmtes Bild des Gebrauchsmusters ergibt. — Mitteilungen an das Patentamt nach Eintragung des Gebrauchsmusters zwecks Einschränkung des Schutzes sind bedeutungslos.

4. R. **08** II. 679 Ziff. 3699 (Hamburg). Die Frage, worin die neue Gestaltung, Anordnung, Vorrichtung eines Modells liegt, ist nicht nach dem objektiven Sachverhalte zu entscheiden, sondern lediglich nach dem Inhalte der Anmeldung. Es läge außerhalb des Gesetzes, dem Anmelder ein Recht zu gewähren, das er mit seiner Anmeldung nicht verlangt hat.

5. **RG.** I. 27. 5. 08, JW. **08** 498. Eine Berücksichtigung der von der Anmeldung nicht umfaßten Formelemente einer Maschine ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Anmeldung trotz ihres beschränkten Inhalts dahin ausgelegt werden kann, daß diese Formelemente doch auch zu den Merkmalen des geschützten Modells gehören soll.

§ 3. 1. **RG.** I. 30. 11. 07, LeipzZ. **08** 166, JW. **08** 53, 249. Die Übertragung des Gebrauchsmusterrechts ist zwar nicht durch die Eintragung des Rechtsnachfolgers in die Gebrauchsmusterrolle bedingt. Über die Legitimation zur Geltendmachung des Gebrauchsmusterrechts richtet sich — arg. § 19 Abs. 2 PatG. — nach der Eintragung. Der eingetragene (frühere) Inhaber bleibt bis zur Eintragung des Rechtsnachfolgers zur Untersagungs- und Schadensersatzklage wegen Verletzung des Gebrauchsmusterrechts ausschließlich berechtigt (vgl. Ziff. 2).

2. **RG.** I. 30. 11. 07, ZIndR. **3** 35, JW. **08** 53. Zur Ergänzung der Bestimmungen über die Eintragung von Gebrauchsmustern ist auf die Vorschriften des § 19 PatG. zurückzugehen (vgl. Vorbem.).

3. PBl. **08** 32 (KG.). Die Inhaber eines Gebrauchsmusters sind bei der Löschungsklage keine notwendigen Streitgenossen.

§ 4. I. Vorbenutzungsrecht. 1. **a)** Dagegen West, Mitt. VDP. **08** 61, weil nach der Entstehungsgeschichte des GebrMustG. ein Vorbenutzungsrecht nicht geschaffen werden sollte. — Unentschieden läßt **RG.** PBl. **08** 188 diese Frage. **b)** Osterrieth, Lehrbuch 195, spricht sich für das Vorbenutzungsrecht aus, da es ein natürliches Korrektiv zu dem aus dem Eintragungsprinzip entspringenden Formalismus sei. Der wirtschaftlich genutzte Besitzstand an dem Gebrauchsmuster sei den Wirkungen der Eintragung entzogen. **c)** Auch Kohler, Mitt. VDP. **08** 71, ist für das Vorbenutzungsrecht („die Vorbenutzung ist eine Art des gewerblichen Besitzstandes"). — Ebenso: Wertheimer, LeipzZ. **08** 363 Note 49; vgl. auch Sobbe, Das Vorbenutzungsrecht beim Gebrauchsmuster, Mitt. VDP. **08** 33, 49.

2. Benjamin, Zur Kollision von technischen Schutzrechten unter sich und mit Rechten aus dem Erfindungsvorbesitze, ZIndR. 3 146 ff., §§ 4, 5 GebrMustG. befassen sich mit dem Falle der Identität des Gegenstandes der kollidierenden Schutzrechte überhaupt nicht, sondern betreffen lediglich den Fall der Abhängigkeit (s. im übrigen zu § 2 PatG.).

3. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 141/142. Zum Schutze seines Rechtes hat der Eingetragene die Unterlassungsklage (näheres oben im Anhange zum 6. Abschnitte des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231.

II. **RG.** I. 25. 1. 08, PBl. **08** 189. Sind Gebrauchsmusterschutz und Patentschutz für dieselbe Erfindung erwirkt, so kann das Vorbenutzungsrecht nach § 5 PatG. auch gegenüber dem Gebrauchsmusterschutze geltend gemacht werden.

§ 6. 1. SeuffA. **62** 417, PBl. **08** 33, ZIndR. **3** 71 (Bamberg). Teillöschung kann nur bei einer Klage aus § 6 Abs. 1 in Frage kommen, wenn es bezüglich eines Teiles des Musters an den Voraussetzungen des § 1 fehlt, und bei der Klage aus § 6 Abs. 2, wenn widerrechtliche Entnahme nur bezüglich eines Teiles des Musters vorliegt. In beiden Fällen ist Voraussetzung der Teillöschung, daß das Muster seinem Inhalte nach teilbar und der nicht angefochtene Teil desselben nach § 1 noch musterschutzfähig ist. Zu unterscheiden ist hierbei, ob nach der Beschreibung des Musters der zu löschende Teil nur ein unselbständiges Element einer Kombination, die lediglich als solche geschützt sein soll, oder einen selbständigen Gegenstand des Schutzes darstellt. Im ersteren Falle kann ein Löschungsanspruch nur bezüglich des ganzen Musters erhoben werden, wenn auch nur bezüglich eines Teiles der gerügte Mangel besteht; im letzteren Falle ist aber eine Teillöschung zulässig, sofern der Teil des Musters, der aufrechterhalten werden soll, für sich den Erfordernissen eines schutzfähigen Musters genügt.

2. **RG.** I. 3. 10. 08, LeipzZ. **08** 856. Es kann auch auf teilweise Löschung eines Gebrauchsmusters erkannt werden. Eine Beschränkung des Gebrauchsmusterschutzes kann auch durch Hinzufügung eines weiteren Merkmals zu den bisher im Schutzanspruch angegebenen erfolgen.

3. **RG.** I. 6. 7. 07, SörgelRspr. **07** 909. Für eine zum Gebrauchsmusterschutz angemeldete Maschine, bei der mehrere an sich schutzfähig erscheinende Vorrichtungen vorhanden sind, wird ein einheitlicher Musterschutz nur dann erworben, wenn durch die Kombination der einzelnen Vorrichtung eine Wirkung hervorgebracht wird, die über die Summierung der Einzelwirkungen hinausreicht. Ist dies nicht der Fall und erweisen sich nachträglich einzelne Vorrichtungen nicht als schutzfähig, so ist insoweit einer Löschungsklage stattzugeben und der Musterschutz entsprechend einzuschränken.

4. **RG.** I. 6. 7. 07, BadRpr. **07** 324. Besteht eine Einheitlichkeit des Gebrauchsmusters nicht, so ist eine teilweise Löschung (Einschränkung) zulässig. Eine Einheitlichkeit ist bei einer Kombination aber nur dann anzunehmen, wenn eine Wirkung hervorgebracht wird, die über die Summierung der Einzelwirkungen hinausreicht.

5. R. **08** 383 Ziff. 2257 (Frankfurt). Derjenige, der die Löschung eines Gebrauchsmusters beantragt, muß auch, wenn der Anspruch auf Löschung widerklagend geltend gemacht wird, nachweisen, daß das Muster bereits zur Zeit der Eintragung offenkundig benutzt oder in öffentlichen Druckschriften beschrieben worden war.

6. **RG.** I. 3. 10. 08, R. **08** Beil. 679 Ziff. 3701. Die Löschungsklage kann auf den Umfang eines beanspruchten Gebrauchsmusterschutzes eingeschränkt werden. Eine solche Einschränkung kann auch in der Weise erfolgen, daß durch Hinzu-

fügung eines weiteren Merkmals zu dem den Schutzanspruch bisher angegebenen Merkmal an Stelle des bisher beanspruchten ein engerer Musterschutz gesetzt werden.

7. PBl. **08** 32, ZIndR. **3** 71 (KG.). Die Inhaber eines Gebrauchsmusters sind bei der Löschungsklage nicht notwendige Streitgenossen.

§ 7. I. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 279—289, 352—365.

II. 1. **RG.** I. 30. 11. 07, **67** 176, ZIndR. **3** 35, JW. **08** 53, PBl. **08** 164. Nur der eingetragene Gebrauchsmusterinhaber ist im Streitfall aktiv und passiv legitimiert. Die entsprechenden Bestimmungen des PatG. sind analog anzuwenden.

2. PBl. **08** 128 (KG.). Im Falle der Übertragung eines Gebrauchsmusters steht der Mangel der Neuheit dem Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Entgelts für die Zeit der Ausnutzung nicht entgegen (anders **RG.**, s. Nr. 3).

3. **RG.** I. 26. 2. 08, LeipzZ. **08** 449, PBl. **08** 206. Veräußerungsvertrag wegen Mangels der Neuheit nichtig; es besteht auch kein Lizenzanspruch für die Benutzung des Gebrauchsmusters; geleistete Lizenzen sind rückforderbar.

4. **RG.** I. 8. 4. 08, **68** 292. Auf den Verkauf eines Gebrauchsmusters, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist, findet § 437 Abs. 1 BGB. keine Anwendung. Dahingegen ist der Verkauf wegen einer von Anfang an stehenden objektiven Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig. Die Parteien haben nach §§ 812, 818, 273, 274 BGB. einander Leistung und Gegenleistung zurückzugewähren.

5. **RG.** I. 5. 6. 07, LeipzZ. **07** 590. Das Gebrauchsmuster, für das eine ausschließliche Lizenz erteilt war, war bereits zur Zeit der Anmeldung derartig in öffentlichen Druckschriften beschrieben, daß jedermann die Herstellung bewirken konnte. Der Lizenzvertrag war daher, als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, von vornherein nichtig (vgl. **RG.** I. 26. 2. 08, **51** 944, LeipzZ. **08** 449 [Veräußerungsvertrag], aaO. 451).

§ 8. (Literatur vgl. zu § 7 PatG.) 1. PBl. **07** 156 (Breslau). Die Verlängerung des Gebrauchsmusterschutzes kann nicht dadurch herbeigeführt werden, daß das Modell erneut zur Eintragung angemeldet wird.

2. ZIndR. **2** 132 (Nürnberg). Berühmung mit einem nicht mehr existierenden Gebrauchsmusterschutze begründet die Unterlassungsklage des § 1 Abs. 1 UnlWG. (Anschein eines besonders günstigen Angebots).

§ 9. I. *Eltzbacher, Unterlassungsklage 141/142. Neben einem Anspruch auf Entschädigung hat der Verletzte die Unterlassungsklage (näheres oben im Anhange zum 6. Abschnitte des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231).

II. 1. Gerichtsstand. S. zu § 35 PatG.

2. **RG.** I. 11. 4. 07, R. **07** 652 Ziff. 1410. Der innere Tatbestand des Vergehens gegen § 10 GebrMustG. erfordert Kenntnis des Angeklagten nicht nur hinsichtlich des Bestehens und Umfanges des verletzten Gebrauchsmusterschutzes, sondern auch nach der Richtung, daß die Anfertigung des beanstandeten Gegenstandes trotz vorhandener Abweichungen eine Nachbildung des eingetragenen Gebrauchsmusters und damit einen Eingriff in das Schutzrecht darstellt, läßt aber auch bedingten Vorsatz zu.

§ 13. Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 286. Zustellung eines Pfändungsbeschlusses, der sich gegen das Ge-

brauchsmusterrecht richtet, muß an den Inhaber, nicht an dessen Inlandsvertreter erfolgen.

§ 14. **RG.** II. 24. 9. 07, R. **07** 1276 Ziff. 3236. Zu der Feststellung, daß ein Angeklagter die Nachbildung eines geschützten gewerblichen Musters in fahrlässiger Weise veranstaltet oder veranlaßt hat, genügt noch nicht die Tatsache, daß er das Einziehen einer Erkundigung darüber, ob das Muster gesetzlich geschützt sei, unterlassen hat. Es müssen noch besondere Umstände hinzutreten, die den Angeklagten darauf hinweisen, daß ein geschütztes Muster vorliegt und Erkundigungen deshalb geboten seien.

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen.

Vom 12. Mai 1894.

Vorbemerkung: In der Berichtszeit (1907, 1908) sind folgende umfassende Werke erschienen. Freund und Magnus, WarenZG., geben bei aller Knappheit und Übersichtlichkeit in der Form einen äußerst reichhaltigen Kommentar zu dem WarenZG. Neuberg, Das Warenzeichenrecht, erläutert ebenfalls das Gesetz paragraphenweise. In Osterrieths Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes bildet die systematische Darstellung des Warenzeichenrechts den vierten Teil (261—389). Der Verf. gibt in der Einleitung einen Überblick über die Geschichte und die Grundzüge des Warenzeichenrechts, behandelt im ersten Abschnitte das materielle, im zweiten Abschnitte das formale Zeichenrecht, erörtert im dritten Abschnitte den Rechtsschutz des Zeichens, d. h. die Wirkungen der Eintragung, und schließt eine Darstellung des Ausstattungsschutzes an.

§ 1. 1. ZIndR. **1** 116 (Hamburg). Gegenstand des Warenzeichenrechts und des Ausstattungsschutzes (§ 15) kann nur die sinnfällige, dem Auge unmittelbar zugängliche Erscheinung sein. Die Zweckmäßigkeit als solche ist auf diesem Wege gegen Nachahmungen nicht geschützt. Eine Nachahmung nach dieser Richtung ist nicht rechtswidrig, wenn nur nicht die sinnliche Erscheinung die gleiche oder eine allzu ähnliche ist.

2. **a**) *Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 360. Das Warenzeichenrecht ist kein Persönlichkeitsrecht, sondern ein reines Schutzrecht, das aus einem bestimmten Tatbestande, dem kraft gesetzlicher Bestimmung ein besonderer Schutz gewährt ist, erwächst. **b**) Kohler, LeipzZ. **07** 175 ff. Die Marke, auch die Wertmarke, ist nicht eine Sach-, sondern eine Personenbezeichnung. Das Markenrecht ist unveräußerlich. Die Übertragung auf einen anderen ist völlig sachwidrig, denn sie verkehrt den ganzen Zweck und führt zur Täuschung des Publikums. Da das Markenrecht ein Persönlichkeitsrecht ist, so wird es verletzt, sobald durch Benutzung der Marke die Person im Kreise ihrer Produktion verletzt wird; das Recht wird nicht nur dadurch verletzt, daß die Marke widerrechtlich auf ein fremdes Produkt gesetzt wird, sondern auch dadurch, daß sie widerrechtlich auf die Ware des Markenberechtigten selbst gesetzt wird, widerrechtlich, d. h. ohne seine Zustimmung. **c**) Hahn, Der Schutz des eingetragenen Warenzeichens, GewRSchutz **07** 373 ff. Das Warenzeichen ist begrifflich nicht dazu bestimmt, in Gestalt eines Ausschließungsrechts ein Entgelt für eine wirtschaftlich oder geistig bedeutende Betätigung zu gewähren, wie etwa im Patentrechte sich aus dieser Erwägung heraus die Erteilung eines „abhängigen Patents“ ohne weiteres rechtfertigt. Vielmehr findet der Warenzeichenschutz seine innere Erklärung lediglich durch die Fähigkeit seines Gegenstandes, zur Unterscheidung der Waren eines Gewerbetreibenden von den Waren des anderen zu dienen.

3. a) Landgraf, LeipzZ. 07 497 ff. Hotels, Speise- und Schankwirtschaften, Cafés usw., die sich eines Warenzeichens bedienen wollen, können dieses Zeichen zur Eintragung in die Zeichenrolle anmelden. b) Wassermann, MschutzuWettbew. 6 182 ff., behandelt den Schutz von Hotel- und Restaurantbezeichnungen.

4. Rauter, Zur Frage der Kollektivzeichen, GewRschutz 07 378 ff. In Deutschland erkennt das Gesetz Kollektivzeichen in keiner Weise an. Wo nach der Praxis des PA. Warenzeichen für eine Mehrzahl von Personen gemeinschaftlich eingetragen werden, sind diese nicht Kollektivzeichen, sondern Zeichen, die für einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb der betreffenden Personen bestimmt sind.

5. Schäfer, Aneignung fremder Kennzeichnungen von Waren (Namen, Bilder, Zeichen) mittels Anmeldung und Eintragung als gesetzlich geschütztes eigenes konkurrierendes Warenzeichen zum Zwecke des Wettbewerbes, GewRschutz 07 355 ff. Ein Warenzeichen, das bestimmungsgemäß zur „Verwechselung" und nicht zur „Unterscheidung" der Waren des Anmelders dient und dienen soll, ist gemäß §§ 1 und 4 WarenZG. in Deutschland nicht schutzberechtigt. Daraus ergibt sich, daß es einen „unlauteren Wettbewerb" unter dem Schutze des WarenZG. da, wo er tatsächlich in die Erscheinung tritt, de jure nach der Fassung unseres WarenZG. gar nicht gibt (gegen Wassermann, GewRschutz 04 63).

6. Alexander-Katz, ZIndR. 1 193 f., 277 f., behandelt die Eintragungsfähigkeit von Personennamen für Waren der Wäsche-Industrie. — Desgl. Rosendorff aaO. 217 ff., Benjamin aaO. 241 ff. und 2 72.

7. Kloeppel, MschutzuWettbew. 8 50 ff., behandelt die mißbräuchliche Anmeldung von Warenzeichen.

8. Osterrieth, KunstschG. 127 f., 235. Kollision zwischen Kunstschutz und Warenzeichenschutz. a) Wenn ein Werk ganz oder teilweise von einem anderen ohne Einwilligung des Urhebers als Warenzeichen eingetragen wird, kann der Berechtigte im Wege der Klage oder Widerklage die Löschung des Zeichens beantragen. Die Anbringung des Zeichens auf der Ware oder der Verpackung und Ankündigungen seitens des Eingetragenen stellt eine rechtswidrige Vervielfältigung, das Inverkehrbringen solcher rechtswidrig bezeichneter Waren eine rechtswidrige gewerbsmäßige Verbreitung des Werkes dar. b) Hat der Urheber dem Inhaber des Zeichens die Einwilligung zur Benutzung des Werkes als Zeichen und zur Eintragung erteilt, so darf der Urheber selbst sein Werk nicht zur Kennzeichnung von Waren benutzen. Eine anderweitige Veröffentlichung des Werkes, als Abbildung in einer Zeitschrift, oder die Schaustellung des Entwurfes auf einer Ausstellung steht dem Urheber frei, falls nichts anderes vereinbart ist. c) Analog steht der Fall der Verwendung des Werkes zur Ausstattung. d) Über die nach dem älteren Rechte zulässige Verwendung von Werken zur Bezeichnung, Ausstattung und Ankündigung von Waren s. § 53 Abs. 2. e) Die Ausnahme des § 53 Abs. 2 KunstschutzG. dient den Interessen der Geschäftsleute, die bisher freie Werke als Warenzeichen oder auf Warenausstattungen oder auf Ankündigungen von Waren benutzten, oder bisher geschützte Werke zum Zwecke dieser Benutzung in einer nunmehr unzulässigen Weise abgeändert hatten, oder Photographien, die bisher ohne Einschränkungen an Werken der Industrie nachgebildet werden durften, zu derartigen Zwecken benutzten. Die Ausstattung umfaßt die Aufmachung der Waren oder deren Umhüllung oder Packung. Zu den Ankündigungen werden auch Reklameschilder, Kataloge, Preisverzeichnisse zu rechnen sein. f) Die Benutzung muß vor dem 1. Juli 1907 erfolgt sein. Waren bis dahin erst die Vorkehrungen zur Benutzung getroffen, also die Holzstöcke oder andere Vorrichtungen schon begonnen oder vollendet, eine Benutzung aber noch nicht erfolgt, so liegt der Fall des § 54 KunstschG. vor. g) Warenzeichen, Warenausstattungen und An-

kündigungen, auf denen solche Werke angebracht sind, dürfen auch in Zukunft ohne zeitliche oder andere Beschränkung zu diesen Zwecken benutzt werden. Eine Benutzung zu anderen Zwecken ist ausgeschlossen.

§ 2. 1. Schloßmacher, Zeichen- u. Musterschutz, GewRschutz **07** 81 ff. Im § 2 WarenZG. ist vorgeschrieben, daß die Anmeldung die Bezeichnung des Geschäftsbetriebs enthalten muß, in welchem das Zeichen verwendet werden soll; desgleichen ein Verzeichnis der Waren, für welche es bestimmt ist. Daraus folgt aber noch nicht, daß der angegebene Geschäftsbetrieb sich mit den in dem angegebenen Warenverzeichnis enthaltenen Waren insgesamt im großen und ganzen decken müsse. Der unbewiesenen gegenteiligen Behauptung steht eine Entsch. des RG. vom 13. November 1886 (**RG. 18** 93) entgegen. Diese Entscheidung und ihre Begründung bleibt auch nach den Normen des Gesetzes vom 12. Mai 1894 maßgebend.

2. a) Leuckfeld, Exporthandel u. Warenzeichenrecht, MschutzuWettbew. **7** 181 ff., erörtert die Bedeutung des neuen patentamtlichen Standpunkts, daß der Zeichenanmelder bei der Anmeldung auf die unter den angegebenen Geschäftsbetrieb fallenden Waren beschränkt sei, für den Exporthandel. b) Desgl. Wassermann, Welche Waren umfaßt der Geschäftsbetrieb des Exporteurs? MschutzuWettbew. **7** 186 ff. Vgl. hierzu MschutzuWettbew. **8** 43 f. (PA.).

§ 4. 1. Heimann, Gutachtliche Äußerungen in Warenzeichenangelegenheiten, MschutzuWettbew. **7** 17 ff., gibt eine Reihe von Beispielen dafür, daß die um Erstattuug eines Gutachtens ersuchten Körperschaften (Handelskammern, Fachvereine u. dgl.) oft ihre Zuständigkeit überschreiten und Rechtsgutachten abgeben.

2. Wassermann, MschutzuWettbew. **7** 159 f., erörtert die Frage, ob es sich empfiehlt, Warenzeichen, die aus mehreren, an sich nicht schutzfähigen Teilen bestehen, einzutragen.

3. Freizeichen. a) PBl. **07** 12 (PA.). Bei der Bildung eines Freizeichens für eine unter dem Zeichen aus England bezogene, nur in Hamburg gehandelte und nach den deutschen Kolonien vertriebene Ware sind für die Freiheit und den Umfang der Benutzung die tatsächlichen Verhältnisse sowohl in England als in Hamburg als in den Kolonien maßgebend. b) MschutzuWettbew. **6** 180 ff. (PA.). Das Zeichen „Henry Clay" hat seinen Individualcharakter nicht verloren, ist also nicht Freizeichen geworden. — Hiergegen wendet sich Mintz aaO. 182. — In demselben Sinne wie PA. **RG.** MschutzuWettbew. **8** 12 ff.

4. Wortzeichen. a) Worms, Über Wortzeichen bei chemischen Produkten, GewRschutz **07** 68 ff. Das PA. nimmt in der Frage nach Übereinstimmung von Bild und entsprechendem Wort und umgekehrt im Gegensatze zum RG. den Standpunkt ein: es kommt darauf an, ob das Wort als Benennung des Bildes, das Bild als Wiedergabe des Wortes im Verkehr üblich ist. — Es ist zu wünschen, daß sich hierbei nicht das PA. der Gerichtspraxis, sondern diese sich jenem nähere. — Jede Gesetzesbestimmung, die den Heilmitteln in zeichenrechtlicher Beziehung eine Ausnahmestellung irgendwelcher Art zuweist, wäre verfehlt, solange bei einer Menge Produkte Zweifel darüber herrscht, ob sie als Arzneimittel anzusehen sind oder nicht. Die üblichen Definitionen für Arzneimittel entsprechen nicht mehr dem heutigen Stande der Wissenschaft. b) Osterrieth, GewRschutz **07** 14 ff., MschutzuWettbew. **6** 109 ff., 129 ff., erörtert die Schutzfähigkeit der Wortzeichen. c) Hederich, Der Imperativ als Warenzeichen, ZIndR. **2** 15 ff.

5. Ortsangabe. a) MschutzuWettbew. **7** 141, 166, 171 ff. (KG.). Die Bezeichnung „Ägyptische Zigaretten" ist für Zigaretten, die nicht in Ägypten hergestellt sind, verboten; sie ist Herkunftsbezeichnung im strengen Sinne. b) Kaufmann, MschutzuWettbew. **6** 159 f., erörtert die Rechtsbeziehungen des Warenzeichens „Königl. Fachingen". c) Niebour, MschutzuWettbew. **6** 99 ff., 112 ff.,

132 ff., gibt eine systematische Zusammenstellung der aus dem Wohnorte der Inhaber abgeleiteten Zeichen.

6. Beschaffenheitsangabe. Mintz, Die Handhabung des WarenZG. im Kaiserlichen Patentamte, MSchutzuWettbew. **6** 55 f., führt eine Reihe merkwürdiger Fälle an, in denen der Vorprüfer die Eintragung des Zeichens abgelehnt hat, weil es eine Beschaffenheitsangabe sei.

7. Ärgernis. **a)** MSchutzuWettbew. **6** 60 (PA.). Dem Worte „Pod" ist die Eintragung des Warenzeichens für Fleischwaren versagt worden, weil sie in diesem Zusammenhange Ärgernis erregen würde. **b) RG.** JW. **08** 575, PBl. **08** 225, R. **08** II Ziff. 1738. Die Eintragung ist nur dann zu versagen, wenn das Warenzeichen an sich ärgerniserregende Darstellungen enthält. Das PA. hat nicht zu prüfen, ob etwa durch die Ausübung der im § 12 angeführten Befugnisse Ärgernis erregt oder irgendwie gegen die Gesetze verstoßen werden kann. Dementsprechend gewährt § 12 aaO. nicht ein unbeschränktes Recht, sondern der Zeicheninhaber hat sich bei Ausübung seiner Befugnisse in den durch die Gesetze gezogenen Schranken zu halten. **c)** GewRSchutz **07** 393 (KG.). Über die Rechtmäßigkeit der Eintragung des Warenzeichens hat allein das PA. zu entscheiden. Den Gerichten steht nicht das Recht zu, die Rechtmäßigkeit der Eintragung nachzuprüfen. — Ebenso **RG.** R. **07** Ziff. 1939 (Warenzeichen für Präservativs). — Hierzu Hederich, ZJndR. **1** 157 f.

8. Täuschungsgefahr. **a)** Heimann, Zur Frage der Täuschungsgefahr im Zeichenrechte, MSchutzuWettbew. **7** 8 ff., führt aus, daß durch § 4 Abs. 3 nur eine zur Irreführung geeignete Beziehung zwischen den Angaben und den Waren, für die das Zeichen bestimmt ist, getroffen werden, daß aber nicht jeder Möglichkeit oder Besorgnis einer falschen Auffassung der Marke durch das Publikum vorgebeugt werden soll. **b)** Krüger, Die Einwirkung des Rechtes am eigenen Bilde auf die Eintragbarkeit von Warenzeichen, GewRSchutz **08** 91 ff. In Deutschland bietet das WarenZG. gegen die Zulässigkeit der Eintragung fremder Namen und Firmen als Warenzeichen keine andere Handhabe als die Anwendung des § 4 Ziff. 3. Die Eintragung kann also nur abgelehnt werden, wenn eine Irreführung des Verkehrs zu besorgen ist.

9. Wiedereintragung. **a)** PBl. **07** 40, ZJndR. **1** 69 (PA.). § 4 Abs. 2 gibt dem Inhaber eines gelöschten Zeichens kein selbständiges Recht auf Wiedereintragung. **b) RG. 67** 36, JW. **07** 845, PBl. **08** 146, R. **07** Ziff. 3713. Als gleichartig sind in der Regel solche Waren anzusehen, die in den gleichen Geschäften an denselben Kundenkreis vertrieben zu werden pflegen. Dies trifft namentlich zu bei Waren derselben Gattung, die zu gleichen Zwecken verwendet werden, was nicht ausschließt, daß sie außerdem noch zu anderen Zwecken Verwendung finden. Gleichartig sind Waren auch dann, wenn die Gefahr besteht, daß der Käufer mit Rücksicht auf das für einen anderen eingetragene Warenzeichen glauben kann, die Ware stamme aus dessen Geschäftsbetriebe. **c)** MSchutzuWettbew. **8** 23 (PA.). Weine und alkoholfreie Getränke sind nicht gleichartig. — Dagegen wenden sich die Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin in MSchutzuWettbew. **8** 37. **d)** Niebour, MSchutzuWettbew. **7** 37 f., erörtert die Sperrfrist im § 4 Abs. 2 WarenZG., insbesondere die Unzuträglichkeiten, die sich aus der herrschenden Übung des PA. in der Anwendung dieser Bestimmung ergeben.

§ 5. 1. Kohler, LeipzZ. **07** 175 ff. Nicht nur der ist zum Widerspruche berechtigt, dem das PA. zu diesem Zwecke Mitteilung gemacht hat; es müssen vielmehr sämtliche Beteiligte in der Lage sein, zu widersprechen und zur richtigen Zeichenbildung beizutragen.

2. PBl. **07** 122, MSchutzuWettbew. **6** 194, ZJndR. **1** 94 (PA.). Die Übereinstimmung von Wortzeichen kann durch den ähnlichen Eindruck der Wortbilder auf das Auge allein, durch den ähnlichen Eindruck des Wortklanges auf das Ohr allein,

und auch durch den ähnlichen Eindruck des Wortsinns auf das Vorstellungsvermögen allein begründet sein. Eine Nichtübereinstimmung besteht nur dann, wenn nach keiner dieser drei Richtungen eine Verwechselungsgefahr vorliegt („Salvator" und „Sanator").

§ 6. Ganz, Zur Klage auf Bewilligung der Eintragung eines Warenzeichens (Festschrift für Hagens 139 ff.). Die im § 6 Abs. 2 WarenZG. gegebene Klage kann nicht auf die Behauptung gestützt werden, das Zeichen sei zu Unrecht eingetragen; auch die Löschung des Widerspruchszeichens wirkt, selbst wenn der Rechtsgrund für die Löschung bereits zur Zeit der Erhebung des Widerspruchs vorlag, nicht in der Weise zurück, daß der Anmelder nunmehr im Wege der Klage aus § 6 Abs. 2 WarenZG. die Eintragung seines Warenzeichens unter dem Zeitpunkte der ursprünglichen Anmeldung verlangen könnte (145—154). Denn das Gesetz hat der Eintragung eines Warenzeichens rechtserzeugende und formale Wirkung beigelegt. Solange das Zeichen eingetragen ist, handelt der Zeicheninhaber nicht unrechtmäßig, wenn er von ihm in der durch das Gesetz zugelassenen Weise Gebrauch macht, insbesondere einen Widerspruch gegen die Eintragung eines später angemeldeten übereinstimmenden Zeichens darauf gründet (vgl. auch jetzt **RG.** II. 13. 11. 06, JW. **07** 76). Die Klage aus § 6 Abs. 2 kann dagegen z. B. auf folgende Behauptungen gestützt werden: Der Geschäftsbetrieb, zu welchem das Zeichen des Widersprechenden gehört, sei zur Zeit des Widerspruchs aufgegeben gewesen (159 ff.). Die Eintragung des Zeichens des Widersprechenden sei unwirksam gewesen, weil der Anmelder geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig gewesen sei (162 ff.); dem Zeichen des Anmelders stehe die Priorität vor dem Zeichen des Widersprechenden zu (166 ff.); der Widerspruch sei unbeachtlich, weil die Bedingungen, unter welchen ausländischen Warenzeichen im Inlande Schutz gewährt wird (§ 23 WarenZG.), zur Zeit der Erhebung des Widerspruchs nicht erfüllt gewesen seien (154 ff, 165); die an sich nach Zeichenrecht begründete Widerspruchsbefugnis könne wegen eines zwischen dem Widersprechenden und dem Anmelder bestehenden besonderen privatrechtlichen Verhältnisses, z. B. eines Vertrags, dem Anmelder gegenüber nicht ausgeübt werden (169 f.).

§ 7. 1. Lizenz. a) Hüfner, GewRschutz **07** 133 f. Die warenzeichenrechtliche Lizenz ist gesetzlich zulässig. Ihr Träger ist nicht Rechtsnachfolger in das Prioritätsrecht des Art. 4 IntÜb. vom 20. März 1883. b) Kohler, LeipzZ. **07** 175 ff. Ein Lizenzvertrag kann stets nur die eine rechtliche Folge haben, daß einstweilen der Lizenzerteiler für den Gebrauch der Marke keine Entschädigung verlangen und keinen Strafantrag stellen kann, und in dieser Beziehung hat es Sinn, daß er einen Gegenwert annimmt.

2. SeuffA. **63** Ziff. 209, PBl. **08** 279 (Hamburg). Daß bei Veräußerung des Geschäftsbetriebs die Warenzeichen mit übergehen sollen, ist im allgemeinen zu vermuten; dabei ist nicht entscheidend, ob das Geschäft mit den Aktiven übergeht. Ist die Firma nicht mitübertragen und bildet sie einen wesentlichen Bestandteil des Zeichens, so ist dessen Übergang nicht anzunehmen.

3. Eintragung des Überganges. a) **RG.** JW. **08** 500, Mschutz uWettbew. **7** 207, LeipzZ. **08** 602, R. **08** II Ziff. 2507. Die Bestimmung des § 7 Abs. 2 betrifft nur Rechte, die von der Eintragung abhängig sind. Unabhängig von der Eintragung des Überganges ist die Erwerbung des Warenzeichenrechts, das durch Anmeldung oder Eintragung schon begründet war: Diese Erwerbung erfolgt und wirkt weiter ohne Eintragung. Daher ist auch ohne Eintragung des Überganges der neue, nicht eingetragene Eigentümer gegen den alten, noch eingetragenen geschützt. b) **RG.** GoltdA. **54** 74. Ist eine Firma als zeichenberechtigt in die Rolle eingetragen, so bedarf ein Wechsel in der Person des Firmeninhabers nicht der im § 7 Abs. 2 vorgeschriebenen Eintragung; auch wenn nur ein Name, nicht ausdrücklich eine Firma,

in die Rolle eingetragen ist, gilt die gleichnamige Firma als eingetragen, wenn die Eintragung von ihr beantragt worden ist. c) Ebenso **RG.** (Straff.) **41** 422, GoltdA. **55** 333.

4. *Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 361. Die auf Veräußerung gerichtete Zwangsvollstreckung in ein Warenzeichen muß daran scheitern, daß dasselbe auf einen anderen nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu welchem es gehört, übergehen kann. Die Pfändung des Geschäftsbetriebs als solchen ist aber infolge der tatsächlichen Unmöglichkeit nicht ausführbar. Wegen der Abhängigkeit der Übertragung des Warenzeichens von der gleichzeitigen Übertragung des Geschäftsbetriebs wird allgemein die Zwangsvollstreckung in ein Warenzeichen als unzulässig bezeichnet. In dieser Unbeschränktheit ist diese Ansicht unzutreffend, denn es wird außer acht gelassen, daß nach § 7 WarenZG. die Benutzung eines Warenzeichens einem anderen und zwar ohne Übertragung des Geschäftsbetriebs im Wege des Vertrags überlassen werden kann. Das Warenzeichen ist also insoweit der Pfändung unterworfen (§ 857 Abs. 3, 4 ZPO.). Derjenige, der in der Zwangsvollstreckung das Recht erwirbt, muß natürlich, um es ausüben zu können, Waren gleicher Art fabrizieren oder vertreiben.

§ 8. 1. Kohler, LeipzZ. **07** 97 ff. Die Eintragung ist auch dann zu löschen, wenn das Zeichen ehemals Personenzeichen war, aber nachträglich zur Sachbezeichnung geworden ist.

2. Jungmann, Die Erneuerung der Warenzeichenanmeldungen, GewRschutz **07** 280 ff. An eine Form ist die Erneuerung der Anmeldung eines Warenzeichens nicht gebunden. Es wird daher als ausreichend erachtet, wenn der Abschnitt der Postanweisung, mit der die Erneuerungsgebühr von 10 M. eingeht, den Namen des Zeicheninhabers und die Angabe der Rollennummer enthält.

§ 9. 1. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **08** 801, DJZ. **08** 1171. Gutgläubige Vorbenutzung eines Warenzeichens und dessen Anmeldung beim Patentamte. Das WarenZG. kennt keine Beschränkung des durch Eintragung eines Warenzeichens erworbenen Schutzrechts zugunsten eines Vorbenutzers (entsprechend dem § 5 PatG.). Die Voraussetzungen der Übergangsbestimmung im § 9 Abs. 2 kommen hier nicht in Betracht. Da ferner das ausschließliche Recht des Zeicheninhabers nach § 12 durch die Eintragung des Zeichens, nicht durch die Anmeldung entsteht, ist es auch unerheblich, ob der Angeklagte das Zeichen, bevor es für den jetzigen Anmelder eingetragen wurde, bereits beim PA. angemeldet hatte.

2. Fortsetzung des Geschäftsbetriebs. a) ZIndR. **1** 33 (Cöln). „Geschäftsbetrieb" ist die Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungen. b) ZIndR. **1** 128 (Cöln). Der Geschäftsbetrieb wird nur dann fortgesetzt, wenn in ihm noch die Waren, für die die Eintragung des Zeichens erfolgt ist, hergestellt werden; bilden solche Waren den Gegenstand des Geschäftsbetriebs nicht mehr — oder hat zur Zeit der Eintragung gar nicht die Absicht der Herstellung bestanden — so ist der Löschungsanspruch begründet. c) MschutzuWettbew. **7** 173 (Hamburg). Geschäftsbetrieb im Sinne des § 9 WarenZG. bedeutet „eigener Geschäftsbetrieb". Wenn die Ware selbst nicht im eigenen Geschäftsbetriebe des Zeicheninhabers hergestellt wird, sondern dieser nur die Rohprodukte liefert, aus denen die Ware in dem Betrieb eines anderen fabriziert werden soll, so liegt ein Löschungsgrund wegen fehlenden Geschäftsbetriebs vor, wenn nicht der Eingetragene bei der Anmeldung des Warenzeichens die Absicht hatte, es für die Ware im eigenen Geschäftsbetriebe zu benutzen. d) **RG.** JW. **07** 154, PBl. **07** 167, ZIndR. **1** 152, LeipzZ. **07** 227. Das Warenzeichen ist zu löschen, wenn der Geschäftsbetrieb des Inhabers erloschen ist und wenn selbst der Inhaber die Absicht hat, ein Geschäft seines alten Geschäftszweigs neu zu eröffnen. Es handelt sich dann um eine Neugründung, nicht um eine Fortsetzung. e) Mschutz uWettbew. **8** 16 (Celle). Die Löschung eines Warenzeichens kann durch Klage be-

antragt werden, wenn der Geschäftsbetrieb, für den das Zeichen angemeldet wurde, überhaupt nicht begonnen worden ist. Es ist jedoch kein Löschungsgrund, wenn der Zeicheninhaber einzelne Waren, für die das Zeichen eingetragen wurde, nicht führt, wenn nur diese Waren an sich zu dem Geschäftsbetriebe gehören. **f)** GewRschutz **07** 228, MschutzuWettbew. **6** 155 (KG.). Wenn ein Geschäftsbetrieb noch nicht eröffnet ist, kann weder von einem bestehenden noch von einem in Entstehung begriffenen Geschäftsbetriebe, sondern nur von Absichten, Plänen, Hoffnungen die Rede sein. Demnach fehlt die notwendige Voraussetzung des Warenzeichens im Geschäftsbetriebe. Wenn auch das Gesetz im § 9 Ziff. 2 nur von einer Löschung spricht, falls der Betrieb nicht fortgesetzt werde, so gilt diese Bestimmung doch auch zweifellos für den Fall, daß der Geschäftsbetrieb überhaupt noch nicht eröffnet worden ist. **g)** Ebenso MschutzuWettbew. **6** 153 (Hamburg). Der Handel mit Lizenzen ist kein legitimes Interesse zur Aufrechterhaltung der Zeichen. — Vom **RG.** bestätigt; **RG. 67** 349, PBl. **08** 221, MschutzuWettbew. **7** 110, LeipzZ. **08** 307, R. **08** II Ziff. 2090. **h)** PBl. **08** 278 (KG.). Auf Nichtübereinstimmung zwischen dem tatsächlich bestehenden Geschäftsbetrieb und dem eingetragenen Warenzeichen kann eine Löschungsklage gegründet werden. Indessen liegt Übereinstimmung vor, soweit es sich um solche verwandte Artikel der gleichen Warengattung handelt, auf die sich der Betrieb leicht ausdehnen läßt. **i) RG. 67** 349, PBl. **08** 221, MschutzuWettbew. **7** 110, LeipzZ. **08** 307, R. **08** II Ziff. 2091. Für die Frage, ob die Voraussetzungen des Löschungsanspruchs vorliegen, kommt sowohl für § 9 Ziff. 2 als auch für § 9 Ziff. 3 nur der Zeitpunkt der Klagezustellung in Betracht.

3. Täuschungsgefahr. **a)** MschutzuWettbew. **7** 15 (Hamburg). Es genügt nicht, daß der Inhalt des Warenzeichens die Gefahr einer Täuschung begründet; es muß hinzukommen, daß er den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht. **b) RG.** JW. **08** 602, PBl. **08** 225. Ein Warenzeichen, das für natürliches Mineralwasser eingetragen ist, darf von einem anderen auch nicht für künstliches Mineralwasser benutzt werden; diese Waren sind gleichartig. **c)** GewRschutz **08** 127, MschutzuWettbew. **7** 131 (Cöln). Das Zeichen „Kreuznacher Doktorberg" ist für Wein und Spirituosen auf Grund des § 9 Ziff. 3 WarenZG. zu löschen. Denn erstens ist die Bezeichnung „Kreuznacher Doktorberg" weder im Kataster eingetragen noch eine im Volksmund übliche Bezeichnung für das hier fragliche Weingut: also entspricht das Zeichen den tatsächlichen Verhältnissen nicht. Zweitens ist das Zeichen geeignet, eine Täuschungsgefahr zu begründen, da die Käufer in den Glauben versetzt werden, Wein aus einer Weinbergslage zu erhalten, die mit der bekannten Lage „Berncasteler Doktor" zusammenhängt. — MschutzuWettbew. **8** 46. In England gilt der Name „B. D." als Herkunftsbezeichnung. **d) RG. 69** 236, JW. **08** 691, PBl. **08** 302, ZIndR. **2** 271, R. **08** II Ziff. 3487. „Urquell" als Warenzeichen für Siphons ist unzulässig, da die Gefahr einer Täuschung betreffs des Zeichens „Urquell", das für das Bürgerliche Brauhaus in Pilsen für Bier eingetragen ist, vorliegt. Für die Beurteilung der Täuschungsgefahr kommt auch die Zweckbestimmung der Ware, die durch das Zeichen geschützt werden soll, in Frage. **e)** ZIndR. **2** 223 (Düsseldorf). Der Inhalt des Warenzeichens „Original Kayser" (als Gegenstück zu „Kaisers Kaffeegeschäft") entspricht nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Dieser Inhalt hat eine doppelte Bedeutung, erstens die, daß die mit dem Zeichen versehenen Waren von der Firma Kayser (mit y) herrührten, dann aber auch die, daß die sich des Zeichens bedienende Firma die ursprüngliche der beiden in Frage kommenden Firmen sei. Soweit diese zweite Bedeutung in Betracht kommt, ist der Inhalt des Zeichens falsch. Deshalb ist der Antrag auf Löschung wegen Täuschungsgefahr begründet. **f)** MschutzuWettbew. **7** 30, ZIndR. **2** 202 (Hamburg). Es kommt lediglich auf die objektive Unrichtigkeit des Zeichens an. Das Wort „Svea" ist — ebenso wie Helvetia, Bavaria, Hansa und ähnliche

lateinische Bezeichnungen — nicht als Herkunftsbezeichnung aufzufassen, und darf daher auch für Gegenstände verwandt werden, die nicht aus Schweden stammen. g) **RG.** LeipzZ. **07** 656, R. **07** Ziff. 2432. Das Zeichen „Original Unterberg-Fordemann-Boonekamp" greift in das Rechtsgebiet dessen ein, dem die Zeichen „Underberg-Boonekamp" und „Underberg" geschützt sind.

4. **RG.** R. **07** Ziff. 663. Eine Verletzung des Ausstattungsschutzes (§ 15) durch Gebrauch einer gleichen oder verwechselungsfähigen Ausstattung begründet nicht den Löschungsanspruch gemäß § 9.

5. Andere Löschungsgründe. a) **RG.** R. **07** Ziff. 2431. Außer den eigentlich zeichenrechtlichen Löschungsgründen behalten die sonst begründeten privatrechtlichen Titel — Namens-, Firmenrechte oder Rechte auf Grund des UnlWG. — ihre Wirksamkeit. Auch wer hiernach verletzt ist, kann verlangen, daß die Beeinträchtigung seines Rechtes durch Löschung des Zeichens beseitigt wird. **b)** **RG.** DJZ. **08** 482, PBl. **08** 223, MSchutzuWettbew. **7** 167, ZIndR. **2** 129. Es kann die Löschung eines Warenzeichens verlangt werden, das nur zur Schädigung desselben, für eine andere Ware früher eingetragenen Warenzeichens dienen soll. — Für das Bürgerliche Brauhaus in Pilsen (Klägerin) ist seit 1898 das Wort „Urquell" für ihr Bier eingetragen. 1906 ließ der Beklagte, der auch Generalvertreter einer anderen Brauerei in Pilsen ist, dasselbe Wort als Warenzeichen für Wein eintragen. Klägerin fordert die Löschung, weil der Beklagte das Zeichen nur zu ihrer Schädigung in der Absicht habe eintragen lassen, seine Abnehmer, die in ihren Restaurationen Wein und Bier vertreiben, in den Stand zu setzen, „Urquellplakate" zu benutzen und dadurch bei dem Publikum den Irrtum zu erregen, daß das ihnen vorgesetzte Pilsener Bier aus der Brauerei der Klägerin stamme. Das RG. bezeichnet die Eintragung für den Beklagten als gegen die guten Sitten verstoßend und erklärt den Löschungsantrag der Klägerin für begründet.

§ 10. 1. Landenberger, ZIndR. **1** 37 ff., erörtert das Verfahren bei Warenzeichenanmeldungen.

2. Hederich, ZIndR. **1** 278 ff., erörtert die Praxis des PA. bei der Anmeldung fremdsprachlicher Bezeichnungen als Warenzeichen.

3. Schmid, Grenzen der Vorprüfung, ZIndR. **1** 111 f., berichtet über den Fall einer „unverbindlichen Äußerung" eines Vorprüfers in einer amtlichen Mitteilung und erklärt eine solche Äußerung für unzulässig und gefährlich.

4. Krüger, GewRschutz **08** 263 ff., behandelt die Zulässigkeit von Abänderungen angemeldeter Warenzeichen.

5. Ephraim, ZIndR. **1** 99 ff., macht Vorschläge zur Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens in Warenzeichenangelegenheiten.

6. Worms, ZIndR. **1** 73 ff., behandelt das Vorprüfungs- und Aufgebotsverfahren bei Zeichenanmeldungen.

7. Ephraim, MSchutzuWettbew. **6** 86 ff., erörtert das Beschwerderecht in Warenzeichensachen.

8. **a)** Mitt. DPA. **07** 39 f. (PA.). Die Mitteilung der gegen eine Zeichenanmeldung eingehenden Widersprüche an den Anmelder ist im Gesetze nicht angeordnet. Im § 10 WarenZG. wird zwar das in Patentsachen vorgeschriebene Verfahren auch in Warenzeichensachen für anwendbar erklärt; das gilt jedoch nur, insoweit das WarenZG. nicht selbst Vorschriften enthält. Das Widerspruchsverfahren ist aber im § 5 WarenZG. eingehend und erschöpfend geregelt; für die Heranziehung der Verfahrensvorschriften des PatG. ist demnach kein Raum. **b)** Heinemann aaO. Daß § 10 Abs. 1 WarenZG. nur dann gelten soll, wenn dieses Gesetz irgendwelche Verfahrensvorschriften nicht selbst enthält, kann aus der Fassung jener Gesetzes-

bestimmung keinesfalls geschlossen werden.... Auch ist im § 5 WarenZG. das Widerspruchsverfahren nicht erschöpfend geregelt.

9. PBl. 07 141 (PA.). Der Anmelder hat keinen gesetzlichen Anspruch darauf, vor der Beschlußfassung von einem erhobenen Widerspruche benachrichtigt und über den Widerspruch gehört zu werden.

§ 12. 1. **a)** Levy, Grenzen des Warenzeichen- und Geschmacksmusterschutzes, GewRschutz **07** 84 ff. Aus der Ausdrucksweise des § 12 WarenZG. folgt, daß das Warenzeichen als ein von der Ware selbst Verschiedenes und zum mindesten gedanklich Abtrennbares angesehen wird.... Das Warenzeichen ist ein äußeres Merkzeichen, mit dem die Ware „versehen" wird, eine besondere, für die Eigenschaften der Ware nicht in Betracht kommende Zutat.... Die Ware selbst bleibt dieselbe, ob das Zeichen sich darauf befindet oder nicht..... Demgegenüber ist das Muster, oder besser die danach hergestellte Vervielfältigung, entweder die Ware selbst, oder doch ein wesentlicher, funktioneller Teil der Ware (vgl. **RG.** 21. 9. 06, JW. **06** 723). **b)** Diesen Ausführungen tritt Ephraim, Warenzeichen und Geschmacksmuster, ZIndR. **1** 230 f., entgegen.

2. Kohler, LeipzZ. **07** 175 ff. Nie kann etwas zu gleicher Zeit Personenzeichen und Beschaffenheitsbezeichnung sein; denn wenn auch gewisse Kreise des Verkehrs ein Zeichen als Gattungszeichen behandeln wollen, so hat doch der Inhaber des Personenrechtszeichens, solange dieses als solches besteht, die Befugnis des ausschließlichen Gebrauchs. Er kann, eben weil er das Recht an der Personenbezeichnung hat, verlangen, daß diese Bezeichnung nur als sein Personenzeichen im Verkehre gebraucht werde, daß niemand anders sich dieses Zeichens überhaupt bediene.

3. Unterlassungsanspruch. **a)** Eltzbacher, Unterlassungsklage 141. Zum Schutze seines Rechtes hat der Eingetragene die Unterlassungsklage. **b)** MschutzuWettbew. **7** 169 (Dresden). Der Anspruch auf Unterlassung aus § 12 WarenZG. kann bei nur objektiv widerrechtlichem Eingriff in die Rechte des Eingetragenen im Wege der Klage verfolgt werden. Der Störer ist aber, wenn er den Klaganspruch sofort anerkennt, nicht ohne weiteres in die Kosten zu verurteilen.

4. Melchior, MschutzuWettbew. **6** 125 ff., bespricht die Rechtsbehelfe gegen Unterschiebungen im Kleinhandel durch mündliche Verletzungen von Warenzeichen. — Das WarenZG. gewährt keinen Schutz gegen die im Verkehre zwischen dem Verkäufer und dem einzelnen Käufer mündlich stattfindende, zu Unrecht erfolgende Bezeichnung einer Ware mit einem geschützten Warenzeichen. Sofern zu Zwecken des Wettbewerbes gehandelt ist, ist § 6 UnlWG. anwendbar. Ferner kann auf Grund des § 823 BGB. der vorsätzlich oder fahrlässig geschädigte Zeicheninhaber in den Fällen, in denen er betrogen worden ist oder in denen zu seinem Nachteile gegen das UnlWG. verstoßen worden ist, auf Schadensersatz und, wenn weitere Schädigungen zu besorgen sind, auf Unterlassung klagen. Ein Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch kann auch auf Grund des § 826 BGB. geltend gemacht werden.

5. ZIndR. **2** 248 (Cöln). Der durch § 12 begründete Untersagungsanspruch wird nicht dadurch beseitigt, daß der Verletzer des Zeichenrechts die verletzende Handlung aufgibt. — Ein Anspruch des Verletzten auf Vernichtung der verletzenden Etiketts besteht nicht.

6. GewRschutz **08** 181 (Cöln). Defensivzeichen haben nur insoweit Anspruch auf Rechtsschutz, als ihre Eintragung zum besseren Schutze des Hauptzeichens nötig oder geeignet ist; ihr Schutz versagt auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 226 BGB. vorliegen. — Ähnlich **RG.** GewRschutz **08** 350.

7. Farbe des Warenzeichens. **a)** **RG. 69** 376, GewRschutz **08** 350. Wer sich ein Zeichen koloriert eintragen läßt, verliert dadurch an sich nicht das Recht, das Zeichen, als ihm durch Eintragung geschütztes, auch in anderer Farbe

zu gebrauchen. b) Rauter, Der Schutzbereich farbig eingetragener Warenzeichen, GewRSchutz **08** 314 ff.

8. **RG.** GewRSchutz **08** 350. Ein Gebrauchszwang besteht für Warenzeichen nicht.

9. **RG.** PBl. 08 303. Ungenaue oder unvollständige Benennung einer als Zeicheninhaberin eingetragenen Firma stellt den Bestand des Zeichenrechts nicht in Frage, wenn darüber, wer der Schutzberechtigte sein sollte, kein Zweifel besteht („Administration der Kronenquelle").

10 **RG.** R. **07** Ziff. 116. Das Recht dessen, der sich ein Zeichen hat eintragen lassen, ist auch dem gegenüber geschützt, der schon vorher dasselbe Zeichen für seine Waren gebraucht hat, es sich aber nicht hat eintragen lassen.

11. **PBl. 08** 226, MSchutzuWettbew. **7** 209, ZIndR. **2** 174, LeipzZ. **08** 548, R. **08** II Ziff. 2258 u. 2992 (KG.). Ein nur im Ausland eingetragenes Warenzeichen hat gegenüber dem gleichartigen inländischen Warenzeichen keinerlei zeichenrechtliche Bedeutung.

12. **RG. 66** 236, SeuffBl. **07** 1089, GewRSchutz **07** 413, JW. **07** 507, MSchutz uWettbew. **7** 26, DJZ. **07** 1146, PBl. **07** 244, R. **07** Ziff. 3714. Der Ausstattungsbesitz im Sinne des § 15 WarenZG. kann einen anderen nicht hindern, sich die gleichen Merkmale als Warenzeichen eintragen zu lassen und dann auf Grund des erlangten Eintragungsschutzes dem Ausstattungsbesitzer die Weiterbenutzung der Ausstattung zu verbieten. Hiergegen kann auch § 9 Abs. 1 Ziff. 3 WarenZG. den Ausstattungsbesitzer nicht schützen. Einen Schutz findet er nur in besonderen Fällen im § 826 BGB. Das WarenZG. ist ein Sondergesetz und will den Grundsätzen des BGB. (z. B. den §§ 226 u. 826) den Eingang nicht verschließen.

13. **RG. 64** 397, JW. **07** 84, PBl. **07** 142, ZIndR. **1** 56, R. **07** Ziff. 1905. Der sog. Monopolist genießt nicht den Schutz der §§ 12, 14 WarenZG. (vgl. JDR. **5** 1074 Ziff. 8).

14. Ganz aaO. (s. zu § 6) 149 ff. Erfolgt die Löschung eines Zeichens auf Grund des § 9 Abs. 1 Ziff. 1 WarenZG., so ist als der Zeitpunkt, in welchem „ein Rechtsgrund für die Löschung früher bereits vorgelegen hat", nicht schon der Tag der Anmeldung des gelöschten Zeichens zu betrachten. Denn die Tatsache, daß ein Zeichen mit einem älteren Zeichen übereinstimmt, steht für sich allein der Entstehung und dem Bestehen eines vollgültigen Zeichenrechts nicht im Wege. Erst der Wille des Inhabers des früher angemeldeten Zeichens, ein übereinstimmendes jüngeres Zeichen nicht zu dulden, entzieht diesem die Schutzwürdigkeit. Das Gesetz kennt nur zwei Formen, in denen der Inhaber des älteren Zeichens diesen Willen wirksam bekunden kann, den Widerspruch gegen die Eintragung des jüngeren Zeichens (§ 5) und die Löschungsklage (§ 9 Ziff. 1). Hatte also der ältere Zeicheninhaber bereits im Erteilungsverfahren gegen die Eintragung des später auf seinen Antrag gemäß § 9 Ziff. 1 gelöschten Zeichens Widerspruch erhoben, so fällt für solche Fälle der im § 12 Abs. 2 bezeichnete Zeitpunkt, in welchem „ein Rechtsgrund für die Löschung früher bereits vorgelegen" hat, mit der Erhebung des Widerspruchs zusammen; war der Widerspruch — gleichviel aus welchem Grunde — unterblieben, so fällt dieser Zeitpunkt mit der Erhebung der Löschungsklage zusammen.

§ 13. 1. **RG.** JW. **07** 529. Der Paragraph sagt nichts über das Verhältnis eines Warenzeichens zu einem anderen eingetragenen Warenzeichen; er schützt nur die — nicht eingetragene — Bezeichnung von Waren in bestimmter Weise.

2. a) OLG. **14** 429, GewRSchutz **07** 135, MSchutzuWettbew. **6** 106, ZIndR. **1** 178 (Hamburg). Die Bestimmung des § 13 gestattet nicht jeden beliebigen Gebrauch der abgekürzten Firma, sondern will nur den Firmeninhaber gegen eine zu weit gehende Einengung seines Individualrechts durch Verwendung von Wort-

zeichen schützen. **b)** **RG. 64** 63, MSchutzuWettbew. **6** 89, ZIndR. **1** 21 über Verwendung einer Firma in abgekürzter Gestalt zur Warenbezeichnung (vgl. JDR. **5** 1073 Ziff. 4).

3. Zeichenrecht gegen Firmenrecht. **RG.** R. **07** Ziff. 2432. Der Einwand des Beklagten, daß er gemäß § 13 befugt sei, seinen Namen oder seine Firma auf seinen Waren und deren Verpackung oder Umhüllung anzubringen, greift gegenüber der Klage aus § 9 Ziff. 1 WarenZG. auf Löschung eines aus Namen bestehenden Zeichens wegen Verwechselungsfähigkeit mit einem früher eingetragenen Zeichen nicht durch.

4. Beschaffenheitsangabe. **a)** **RG.** R. **07** Ziff. 115. § 13 WarenZG. ist nur dann anzuwenden, wenn die Beschaffenheitsangabe für sich oder mit unwesentlichen Änderungen als Warenbezeichnung dienen soll, aber nicht dann, wenn sie mit anderen Zeichen oder Worten verbunden als Warenzeichen eingetragen ist und daher nur als Teil des Zeichens gilt. **b)** **RG.** GoltdA. **54** 69, PBl. **08** 143. Der Verbindung eines geschützten Warenzeichens mit dem Worte „System" u. dgl. steht § 13 dann nicht zur Seite, wenn die Beschaffenheitsangabe darin bestehen soll, daß es sich um eine Nachahmung der Ware des Zeicheninhabers handeln soll („Caledonia" und „Caledonian pattern"). **c)** **RG.** ZIndR. **2** 82. Ein Familienname kann durch die Übung und Gewöhnung des Verkehrs zur Beschaffenheitsangabe werden. Dies erfordert jedoch begrifflich einen gewissen Zeitraum, dessen nähere Bestimmung von den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles abhängt. **d)** Ebenso **RG.** LeipzZ. **07** 343, R. **07** Ziff. 817. **e)** **RG.** (Straff.) **39** 171, GewRschutz **07** 394, MSchutzuWettbew. **7** 88, PBl. **07** 17, ZIndR. **1** 151. Eine eigentümliche Wortbildung oder Zusammenziehung von Beschaffenheitsangaben kann ein Warenzeichen ergeben, wenn nur der Sinn des Wortes nicht für jeden ohne weiteres verständlich ist (Autochrom). **f)** **RG.** PBl. **08** 198. Ein eingetragenes Wortzeichen unterliegt der Gefahr, im Verkehre seine Bedeutung als Warenzeichen zu verlieren und zur Beschaffenheitsangabe im Sinne des § 13 WarenZG. zu werden. Dies ist aber nicht anzunehmen, solange noch ein beteiligter Verkehrskreis, sei es auch nur ein erheblicher Teil der Kunden des Zeicheninhabers, an der Bedeutung des Wortes als Hinweis auf einen Geschäftsbetrieb festhält.

§ 14. 1. Kombinationszeichen. **a)** **RG.** ZIndR. **1** 80. Die Verletzung eines sog. Kombinationszeichens (d. h. eines Zeichens, das aus der Vereinigung eines Wortes mit einer bildlichen Darstellung besteht) braucht nicht gegeben zu sein, wenn nur einzelne Teile des Zeichens von einem anderen benutzt werden. Andererseits kann auch dann eine Verletzung vorliegen, nämlich wenn trotz der Teilbenutzung die Gefahr einer Verwechselung mit dem geschützten Zeichen vorliegt. Es ist auch hier der Gesamteindruck beider Zeichen auf die Erinnerung des konsumierenden Publikums entscheidend. **b)** In demselben Sinne **RG.** LeipzZ. **07** 503, R. **07** Ziff. 1561 u. 1903.

2. PBl. **07** 222 (Dresden). Sind zwei übereinstimmende Zeichen eingetragen, so kann zwar im allgemeinen der Inhaber des älteren Zeichens den Gebrauch des jüngeren nicht hindern, solange dieses nicht gelöscht ist. Verstößt jedoch der Gebrauch gegen § 14 WarenZG., gegen § 1 UnlWG. oder gegen § 826 BGB., so steht dem Inhaber des älteren Zeichens ein Anspruch auf Unterlassung auch schon vor der Löschung des jüngeren Zeichens zu.

3. Versehen, anbringen, kennzeichnen. **a)** **RG.** (Straff.) **41** 78, ZIndR. **2** 176. Die Begriffe „versehen" und „kennzeichnen" im § 14 sind nicht gleichwertig: „versehen" bedeutet „anbringen". — Unter dem scheinbaren Schutze des Zeichenrechts kann sich ein unlauterer Wettbewerb vollziehen. **b)** **RG.** R. **08** II Ziff. 2283. Wer eine Flüssigkeit in eine mit dem Warenzeichen eines anderen beklebte Flasche gießt, versieht dadurch die Flüssigkeit mit dem Warenzeichen. **c)** **RG.** R. **08** II

Ziff. 226. „Anbringen" des Warenzeichens bedeutet auch die gewerbliche Benutzung eines schon vorhandenen Warenzeichens, nicht nur die Tätigkeit des Befestigens. **d)** **RG.** PBl. **07** 15, JW. **06** 723. Als „Versehen der Ware mit einem Warenzeichen" ist es nicht anzusehen, wenn das als Warenzeichen geschützte Bild an der hergestellten Ware als deren technisch notwendiger Bestandteil verwendet wird. **e)** **RG.** DJZ. **07** 360. Strafbar ist nach dem Gesetze, wer wissentlich Waren mit einem geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht. Das Gesetz nimmt nicht den Fall aus, daß bei dem Versehen der Ware mit dem fremden Warenzeichen die Absicht besteht, die so bezeichnete Ware lediglich im Ausland in Verkehr zu bringen. **f)** **RG.** PBl. **08** 42, LeipzZ. **07** 827, R. **07** Ziff. 3381. „Widerrechtlich gekennzeichnet" im Sinne der zweiten Alternative des § 14 WarenZG. sind Waren dann, wenn zur Zeit der Handlung des Inverkehrbringens oder Feilhaltens ihre Bezeichnung mit dem Warenzeichen widerrechtlich ist. — Ob der Zusatz des Wortes „System" zu einem geschützten Warenzeichen sich als Gebrauch dieses Zeichens oder bloß als Beschaffenheitsangabe darstellt, ist im wesentlichen eine Frage tatsächlicher Beurteilung („Caledonia" und „System Caledonia").

4. Geschäftsschild. SeuffA. **63** 416 (Stuttgart). Unerheblich ist, daß das von der Beklagten verwendete Bild (Schützenliesl) mit dem Bilde im Warenzeichen der Klägerin völlig übereinstimmt. Denn durch diese Tatsache allein kann nicht im Gegensatze zu dem sonst feststehenden Sachverhalt erwiesen werden, daß durch das Bild der trügerische Schein bei dem Publikum erweckt würde, das von der Beklagten ausgeschänkte Bier sei das durch das Warenzeichen „Schützenliesl" geschützte. Die Beklagte hat durch den Inhalt ihres Schildes deutlich darauf hingewiesen, daß es sich um ihr eigenes Bier handle.

5. In Verkehr bringen. a) **RG.** ZIndR. **1** 130. Deutsche Waren, die im Auslande vertrieben werden sollen, werden schon mit der Versendung, die im Inland erfolgt, in Verkehr gebracht. b) **RG.** (Straff.) **39** 93. Auf den Fall, daß jemand ein von ihm bearbeitetes Musikstück unter dem Namen eines anderen herausgibt, ist § 14 WarenZG. nicht anwendbar. Der Erzeuger eines Geisteswerkes als solcher bringt nicht die körperliche Sache in Verkehr. Der Name ist zwar ein Zeichen für die Herkunft, aber für die Herkunft der Geistesschöpfung, nicht der Sache als Ware.

6. Feilhalten. **RG.** GoltdA. **54** 74. Nichtwiderruf einer Verkaufskommission gilt als „Feilhalten" im Sinne des § 14.

7. **RG.** **64** 273, JW. **07** 26, DJZ. **07** 185, PBl. **07** 122, ZIndR. **1** 32 u. 94. Der Schadensersatzanspruch des Berechtigten gegen den Inhaber eines zu Unrecht eingetragenen Warenzeichens beginnt erst mit der Löschung, nicht schon mit dem Bestehen eines Rechtsgrundes für die Löschung.

8. Haftung für Fahrlässigkeit eines Angestellten. PBl. **08** 150 (Cöln). Indem § 14 WarenZG. eine Haftbarkeit wegen Verletzung eines Warenzeichens nur im Falle einer vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Zuwiderhandlung festsetzt, verbietet sich die direkte Anwendung des § 831 BGB. auf eine derartige Verletzung, da § 831 BGB. sich an den § 823 BGB. anschließt, wonach die Haftung für jede, also auch für die einfache Fahrlässigkeit eintritt, die der Gesetzgeber im Falle des § 831 BGB. in einem Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl (oder Beaufsichtigung) seiner Angestellten erblickt. Will man also den § 831 BGB. auf einen Fall wie den vorliegenden entsprechend anwenden, so könnte dies nur in der Weise geschehen, daß man entweder von dem Verletzten den Nachweis verlangt, daß der Geschäftsherr in grobfahrlässiger Weise bei der Auswahl oder Beaufsichtigung seiner Angestellten verfahren ist, oder daß diesem (wie Kohler will) Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

9. Eltzbacher, Unterlassungsklage 141. Neben dem Anspruch auf Entschädigung hat der Verletzte die Unterlassungsklage.

10. Wertheimer, Der Schutz der Telegrammadresse, GewRschutz **07** 348 ff. Auf Grund des WarenZG. ist bei Verwendung von Namen und Firma ein Vorgehen zum Schutze der Telegrammadresse möglich, wenn diese, wie dies zu geschehen pflegt, in Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Fakturen und Zirkularen angegeben wird. Ist eine Telegrammadresse identisch mit dem für ein anderes Geschäft eingetragenen Warenzeichen (Wortzeichen), so kann ihre Führung selbstverständlich verhindert werden.

11. **RG.** (Straff.) **40** 81, PBl. **07** 243. Wer seine Waren oder Geschäftspapiere nicht mit der Firma eines anderen, sondern mit der ihm zustehenden Firma versieht, wenn auch zu dem Zwecke, um Verwechselungen mit jener anderen Firma hervorzurufen, ist aus § 14 WarenZG. nicht strafbar (Maria Mumm u. Cie.). Vgl. dagegen zu § 20.

12. **RG.** JW. **08** 389, ZIndR. **2** 163. Der Angeklagte hat wiederholt in Zeitschriften eine „Schlauchkuppelung nach bisherigem Patente Storz" angekündigt. Das Patent war erloschen. Dagegen sind dem Nebenkläger die Worte „Storz" und „Storzkuppelung", wie dem Angeklagten bekannt war, für Rohr- und Schlauchverbindungen als Warenzeichen geschützt. Der Angeklagte kann seine Art der Ankündigung für eine reine Beschaffenheitsangabe gehalten haben und sich nicht bewußt gewesen sein, damit in das Zeichenrecht des Nebenklägers einzugreifen.

13. **RG.** JW. **08** 369. Der Begriff der Ware im Sinne des Gesetzes umfaßt die körperlichen Sachen, die aus einem auf Gewinn abzielenden Unternehmen im Bereiche der Gütererzeugung oder des Handels in den wirtschaftlichen Verkehr gebracht werden. Die Probenummer einer Zeitung kann hiernach eine Ware sein. Die Anwendbarkeit des § 14 setzt nicht eine gegen den Käufer der Ware gerichtete Täuschung voraus.

14. Irrtum. **a) RG.** R. **07** Ziff. 1114. Auch das zu Unrecht eingetragene Zeichen genießt bis zur seiner Löschung den Schutz der Strafbestimmung des § 14 WarenZG. Wenn der Besserberechtigte glaubt, das Zeichen weiterführen zu dürfen, weil er einen zivilrechtlichen Anspruch auf Löschung habe, ist er im Irrtum über den Inhalt des Strafrechts und deshalb nicht straffrei. **b) RG.** PBl. **08** 172. Irrtum über die Klassenzugehörigkeit der Ware bei Benutzung eines fremden Zeichens ist für die Strafbarkeit unerheblich. **c) RG.** ZIndR. **1** 70. Eine strafbare widerrechtliche Benutzung liegt nicht vor, wenn der Angeklagte geglaubt hat, genügend erkennbar gemacht zu haben, daß die von ihm angepriesene Ware nicht mit dem für die Nebenklägerin geschützten Wortzeichen versehen sei und sich deshalb in einem tatsächlichen Irrtume befunden hat.

15. Verjährung. **RG.** (Straff.) **40** 270, GewRschutz **07** 394, PBl. **08** 394. Gegenüber der Benutzung eines Warenzeichens in Preßinseraten kommt nicht die Verjährung des Preßgesetzes zur Anwendung, da nach § 14 WarenZG. die strafbare Handlung schon mit der Anbringung des Zeichens auf der Ankündigung vollendet ist (vgl. dagegen **RG.** ZIndR. **1** 116).

16. Benutzung eines deutschen Warenzeichens in Argentinien. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 220, ZIndR. **1** 261, LeipzZ. **07** 656, R. **07** Ziff. 1904. Wer im Auslande das deutsche Warenzeichen eines anderen verwendet, begeht, wenn er nach dem Rechte des ausländischen Staates der ausschließlich zum Gebrauche des Zeichens Berechtigte ist, dadurch auch nach deutschem Rechte keine widerrechtliche Handlung; daher verstößt auch ein im Inland in bezug auf einen solchen Eingriff verübte Teilnahmehandlung nicht gegen das inländische Zeichenrecht. Dem Teilnehmer gegenüber hat die Untersagungsklage aus § 12 WarenZG. keinen Erfolg.

17. Dolus eventualis. **RG.** R. **08** II Ziff. 917. Wenn der Angeklagte mit der Möglichkeit einer Verwechselung gerechnet hat, so genügt dies für die Bestrafung aus § 14 WarenZG.

18. Strafantrag. **RG.** MschutzuWettbew. **7** 88, PBl. **08** 145, R. **07** Ziff. 3750. Eine „Administration" ist nicht eine Firma im Rechtssinn, also nicht antragsberechtigt.

19. Verwechselungsgefahr s. zu § 20.

§ 15. 1. Finger, MschutzuWettbew. **6** 168 ff., untersucht das Verhältnis zwischen Ausstattungsschutz und Warenzeichenrecht.

2. **RG.** (Strafs.) **40** 343, JW. **08** 369, PBl. **08** 46, MschutzuWettbew. **7** 141. Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen § 15 kann auch die Ausstattung einer Zeitung oder Druckschrift sein, vorausgesetzt nur, daß diese als „Ware" im Sinne des WarenZG. zu erachten ist; dies trifft jedenfalls insoweit zu, als es sich um das Verhältnis der Zeitung oder Druckschrift nicht zum Redakteur oder Verfasser, sondern zum Buchdrucker, Verleger, Buchhändler usw. handelt.

3. **RG.** PBl. **08** 277, JW. **08** 502, LeipzZ. **08** 603, R. **08** II Ziff. 2508. Die Aufmachung einer Ware genießt, soweit ihre Elemente ausschließlich technischen — praktischen — Zwecken dienen, keinen Ausstattungsschutz. Eines solchen Schutzes ist die Aufmachung indessen fähig, insoweit ihre Elemente daneben eine besondere Ausgestaltung in Form, Größe, Farbe oder dgl. erfahren haben, die für sich oder in Verbindung mit der Ware ein eigenartiges Gesamtbild ergibt.

4. Gesamtausstattung. a) **RG.** R. **08** II Ziff. 2894. Mit § 15 WarenZG. wird der Schutz der gesamten Ausstattung, nicht der Schutz des auf der Ausstattung angebrachten Warenzeichens bezweckt. Also muß geprüft werden, ob zwei ähnliche Ausstattungen im ganzen verwechselt werden können. **b) RG.** MschutzuWettbew. **6** 139. Der Schutz der Ausstattung gemäß § 15 WarenZG. bezieht sich auf das Gesamtbild der Ausstattung, soweit sie im Verkehr als für einen bestimmten Gewerbetreibenden kennzeichnend angesehen wird. **c) RG.** LeipzZ. **07** 431, R. **07** Ziff. 945. Wenn die Gesamtausstattung eine Verwechselungsgefahr ausschließt, ist eine solche trotz Ähnlichkeit der inneren Ausstattung nicht gegeben.

5. Täuschung. a) **RG.** R. **07** Ziff. 944. Täuschungsabsicht liegt vor, wenn die eine Ausstattung mit der anderen so auffällig übereinstimmt, daß ein Zufall ausgeschlossen ist, insbesondere, wenn der Beklagte zunächst eine sich unterscheidende Ausstattung gewählt hatte, später aber die Unterscheidungsmerkmale weggelassen hat. **b) RG. 69** 310. Die Bezeichnung „Liberty" für gewisse Gewebestoffe ist zur reinen Beschaffenheitsangabe geworden, ihr Zusammenhang mit dem Namen des Gründers der Londoner Liberty u. Cie. Lim. geschwunden. Die Benutzung dieser Bezeichnung kann also das Publikum nicht täuschen. (Näheres s. oben zu § 12 BGB.)

6. Verkehrskreise. a) **RG.** SeuffBl. **07** 993, R. **07** 2233. Als Verkehrskreise im Sinne des § 15 WarenZG. sind auch die Zwischenhändler und besonders die Konsumenten anzusehen. Daher täuscht auch, wer sich zwar bewußt ist, daß seine unmittelbaren Abnehmer nicht getäuscht werden, aber weiß und beabsichtigt, daß das kaufende Publikum durch die Ausstattung irregeführt wird. **b) RG.** SeuffBl. **07** 659. Für die Anwendung des § 15 WarenZG. kommt es auf den Umfang und die Anzahl der beteiligten Verkehrskreise nicht an.

7. Unterlassungsanspruch. a) OLG. **14** 430, ZIndR. **1** 187 (Celle). Aus § 15 ist ein quasinegatorischer Anspruch auf Unterlassung gegeben, wenn weitere Eingriffe zu besorgen sind. Dieser Anspruch besteht, auch wenn die subjektive Voraussetzung des wissentlichen Handelns zum Zwecke der Täuschung fehlt. **b)** Vgl. auch Elzbacher, Unterlassungsklage 143 f.

8. *Wertheimer, Zwangsvollstreckung in gewerbliche Schutzrechte, LeipzZ. **08** 362. Das Ausstattungsschutzrecht ist der Pfändung insofern unterworfen, als die Überlassung zur Ausübung übertragen werden kann.

9. BayRpflZ. **08** 250, SeuffBl. **08** 500 (BayObLG.). Die nach den §§ 15, 20 WarenZG. strafbare Anbringung von Druckvermerken und Etiketten auf Warenumhüllungen ist nicht ein Preßvergehen im Sinne des § 6 EGGVG.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **7** 88. Bei Bestrafung wegen Verletzung der Ausstattung kann auch auf Vernichtung der widerrechtlichen Kennzeichnung — Verpackung, Umhüllung, Flaschen, Preislisten, Plakate usw. — erkannt werden.

§ 16. 1. Unterlassungsanspruch. a) MschutzuWettbew. **6** 193 (Hamburg). § 16 WarenZG. gibt nicht eine Zivilklage auf Unterlassung gegen den Konkurrenten, der seine Waren mit einem Staatswappen versieht. b) Eltzbacher, Unterlassungsklage 143 f. Der Gewerbetreibende, dessen Konkurrent eine der nach § 16 WarenZG. strafbaren Handlungen begangen hat, hat bei Wiederholungsgefahr die Unterlassungsklage.

2. Herkunftsbezeichnung. a) **RG.** (Straff.) **40** 288, JW. **08** 369, PBl. **08** 43, ZIndR. **2** 68, MschutzuWettbew. **7** 141. Tokayer Wein. Es ist rechtlich nicht ausgeschlossen, daß Weinbezeichnungen, die im Ursprungslande bloße Beschaffenheitsangabe sein können, in Deutschland als Herkunftsangabe in Betracht kommen. Trifft dies zu — was lediglich Tatfrage ist — so bleibt dem redlichen inländischen Weinhandel nichts übrig, als sich in geeigneter Weise tatsächlich Gewißheit darüber zu verschaffen, daß der mit der Herkunftsbezeichnung versehene Wein auch wirklich die angegebene Herkunft hat, daß also der als Tokayer eingeführte Ungarwein auch wirklich aus dem Tokayer Weingebiete stammt. Anderenfalls darf der Wein nicht Tokayer genannt werden. — In demselben Sinne Fuld, Tokayer als Herkunftsbezeichnung, und LG. Bielefeld, MschutzuWettbew. **6** 56 f. b) **RG.** (Straff.) **39** 410, PBl. **07** 169, MschutzuWettbew. **8** 12, ZIndR. **1** 165. Ein Ortsname, der zu einer Warenbenennung im Sinne des § 16 Abs. 2 WarenZG. geworden ist, kann durch Hinzufügung eines Personennamens oder einer Firma wieder den Charakter einer Herkunftsangabe erlangen (Habana). — Unter Wert im Sinne des § 16 ist nicht der wirkliche, innere Wert der Ware zu verstehen, sondern der Handelswert, d. h. der Wert, der der Ware mit Rücksicht auf ihre Herkunftsquelle im Verkehre beigemessen wird. Die Niedrigkeit des Preises schließt das Vorhandensein einer Täuschungsabsicht nicht aus c) Fuld, Herkunftsbezeichnungen für Weine, MschutzuWettbew. **7** 123 ff., bespricht die Änderungen, die sich aus dem neuen Weingesetze für die Praxis der Weinbezeichnungen ergeben haben. d) Finger, Über Herkunftsbezeichnungen, MschutzuWettbew. **7** 201 ff., erörtert die Bedeutung des § 16 Abs. 2 für Weine und andere Waren, insbesondere für Kakao und Schokolade.

§ 18. 1. **RG.** (Straff.) **41** 377, ZIndR. **2** 239. Der Gesellschafter einer in Liquidation befindlichen oHG. ist gegenüber Eingriffen in das Warenzeichenrecht, die in die Zeit der Liquidation fallen, zur Stellung des Strafantrags berechtigt und gilt als Beschädigter, gleichviel ob er zur Zeit der Urteilsfällung noch Inhaber des verletzten Zeichenrechts ist oder nicht.

2. **RG.** SächsRpflA. **08** 201, GoltdA. **55** 228, R. **08** II Ziff. 1124. Sobald eine Entscheidung über einen Antrag auf Buße möglich ist, muß sie getroffen werden; darin, daß die Festsetzung des Schadensbetrags unsicher ist, liegt allein kein Hindernis.

§ 20. Verwechselungsgefahr. a) ZIndR. **1** 164 (Cöln). Das Hauptgewicht bei der Prüfung — der Gesamteindruck ist entscheidend — ist auf die bildliche Erscheinung der Zeichen zu legen. b) **RG.** SeuffBl. **07** 1096. Verwechselungsgefahr kann trotz der Verschiedenheit in der Farbe und im Aufdrucke der Etiketts vorliegen. Es kommt auf die Gesamterscheinung an. c) **RG.** HessRspr. **8** 178, JW. **07** 750, PBl. **08** 45, MschutzuWettbew. **7** 89, R. **07** Ziff. 3715. Für die

Prüfung der Verwechselungsgefahr ist das Gesamtbild der Zeichen das Entscheidende. — Der Grundsatz, daß der Zeicheninhaber für eine deutliche Anbringung des Zeichens sorgen müsse, darf nicht starr und ohne Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Warenzeichen angewandt werden. **d)** ZIndR. **1** 129 (Hamburg). Verwechselungsgefahr wird bei Tierbildern (Elefant und Ameisenbär) durch den unter das Bild geschriebenen Tiernamen nicht ausgeschlossen. Entscheidend ist der Gesamteindruck des Bildes auf den, der es flüchtig beschaut. — Gleichheit des Absatzgebiets ist nicht Voraussetzung der Verletzung. **e) RG.** LeipzZ. **08** 230, R. **08** II Ziff. 621. Wenn die Zeichen zweier Konkurrenten in den charakteristischen Teilen übereinstimmen, so machen sie trotz verschiedener nebensächlicher Zutaten doch den gleichen Gesamteindruck. **f)** In demselben Sinne **RG.** LeipzZ. **08** 382, R. **08** II Ziff. 1690. **g) RG.** R. **07** Ziff. 2232. Für die Frage der Verwechselungsgefahr kommt es nur auf den Gesamteindruck an. Gleichgültig ist dabei, ob, abgesehen von dem verwechselungsfähigen Zeichen selbst, die Ausstattung der Ware der Ausstattung, die der Verletzte seiner Ware gibt, ähnlich ist oder nicht. **h)** MschutzuWettbew. **7** 195 (KG.). Maßgebend für die Entscheidung darüber, ob zwei Zeichen sich voneinander unterscheiden, ist nicht, ob diese beiden Zeichen, wenn sie nebeneinander liegend verglichen werden, Unterscheidungsmerkmale zeigen, auch nicht, ob eine Täuschung geschäftsgewandter Kaufleute möglich ist, sondern nur, ob die Konsumenten, für die die Warenzeichen vorzugsweise bestimmt sind und denen es fast durchweg an der technischen Kenntnis fehlt, irregeführt werden können; kurz, maßgebend ist die Gefahr einer Verwechselung im Verkehr unter Berücksichtigung des Bildungsgrads der Konsumenten. Daher besteht die Gefahr der Verwechselung zwischen „Bilz-Brause" und „Dr. Bilz-Brause". **i) RG.** ZIndR. **1** 44. Bei Prüfung der Frage nach dem Vorliegen einer Verwechselungsgefahr ist zu berücksichtigen, daß die Verkehrskreise, auf deren Anschauung es bei der Warenbezeichnung vor allem ankommt, die Konsumenten sind, und zwar nicht nur solche Konsumenten, die mit Verständnis und Interesse die Bezeichnungen der Waren prüfen, sondern auch kleine, wenig intelligente Abnehmer. Deshalb ist in jedem einzelnen Falle immer zu prüfen, aus welchen sozialen Kreisen sich die Abnehmer vorzugsweise zusammensetzen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß dem einzelnen Abnehmer bei seinem Einkaufe das geschützte Warenzeichen zur Vergleichung nicht vorliegt. **k) RG.** (Strafs.) **40** 244, PBl. **08** 39. Bei Prüfung der Verwechselungsgefahr sind die Umstände zu berücksichtigen, die die tatsächliche Verwendung des geschützten Zeichens begleiten. Dies gilt auch von der Färbung eines in Schwarzdruck eingetragenen Zeichens, wenn sie geeignet ist, Unterschiede in der Form zurücktreten zu lassen: Auf Zwischenhändler (die für Ausgestaltungen eines Zeichenmotivs einen weniger scharfen Blick haben, als sachverständige Abnehmer) ist bei der Beurteilung der Frage Rücksicht zu nehmen. **l) RG.** R. **07** Ziff. 532. Besondere Nebenumstände, z. B. daß der Inhaber des später eingetragenen Zeichens eine Verwechselung mit dem früheren Zeichen beabsichtigt oder daß er sein Geschäft in dasselbe Haus legt wie der Inhaber des früheren Zeichens, können für die Frage der Verwechselungsgefahr von Bedeutung sein. Entscheidend jedoch sind solche Nebenumstände nicht: entscheidend ist die Bejahung oder Verneinung einer objektiven Verwechselungsgefahr in den beteiligten Verkehrskreisen. Wird sie verneint, so sind jene Nebenumstände bedeutungslos. Infolgedessen kann in diesem Falle eine Beweiserhebung über die Behauptung der Verwechselungsgefahr abgelehnt werden mit der Begründung, daß sie bei der objektiven Verschiedenheit der Zeichen zu einem anderen Ergebnisse nicht würde führen können. **m) RG.** PBl. **08** 220. Wird die widerrechtliche Beziehung eines Zeichens zu dem Warenangebot eines Gewerbetreibenden durch ein Ladenschild hergestellt und ist die Beseitigung des Schildes deshalb nicht möglich, weil es im Eigentum eines Dritten

steht, so hat der Gewerbetreibende wenigstens Maßnahmen zu treffen, die erkennbar machen, daß das Zeichen sich auf die Ware nicht bezieht. **n) RG.** R. **08** II Ziff. 1071. Wenn ein in Schwarzdruck eingetragenes Zeichen von dem Zeicheninhaber in Farbendruck benutzt wird, so kann, falls ein anderer sein Zeichen, das von jenem in der Form etwas abweicht, in derselben Farbe benutzt, Verwechselungsgefahr vorliegen, nämlich wenn infolge der Farbengleichheit die sonst vorhandenen Unterschiede zurücktreten. **o) RG.** LeipzZ. **07** 292, R. **07** Ziff. 664. Wenn bei einem Kombinationszeichen ein Wort dessen wesentlichen Bestandteil nach der Verkehrsauffassung bildet, kann die Gefahr der Verwechselung mit einem anderen Zeichen auch dann vorliegen, wenn sonst die bildliche Darstellung beider voneinander wesentlich abweicht. **p)** ZIndR. **2** 45 (LG. II Berlin). „Urquell" und „Urstoff" sind verwechselungsfähig. **q)** DJZ. **08** 824 (Hamburg). „Pilsener Urbräu" ist verwechselungsfähig mit dem Warenzeichen „Pilsener Urquell". Die Anbringung des Zeichens auf Wirtshausschildern und Fenstern ist eine Ankündigung im Sinne des § 12 WarenZG. **r) RG.** ZIndR. **1** 104. „Apollinarisbrunnen" und „künstlicher Apollinarisbrunnen" sind nicht verwechselungsfähig. **s) RG.** MSchutzuWettbew. **7** 166. Die Darstellung einer nackten herkulischen Gestalt (ohne die mythologischen Attribute) kann die Gefahr der Verwechselung mit der Darstellung des mythologischen Herkules begründen. **t) RG.** PBl. **08** 220, LeipzZ. **08** 220, R. **08** II Ziff. 870. Das Wort „Original" hebt nur die Echtheit der Ware hervor und läßt als Zutat zu einem Schlagwort eine sonst vorhandene Verwechselungsgefahr bestehen („Hera" und „Original-Vera"). **u)** MSchutzuWettbew. **7** 143 (Hamburg). Eine Marke, die den Eschenheimer Turm darstellt, kann mit einem Turmzeichen, das angeblich das Lübecker Holstentor darstellt, verwechselt werden. **v)** SächsOLG. **28** 204, PBl. **07** 222 (Dresden). Verwechselungsgefahr zwischen „Amor" und „Autor" liegt vor. **w)** Sächs. OLG. **28** 433 (Dresden). Die Zeichen (für Zigarren) „Rara avis" und „Bella avis" sind verwechselungsfähig. **x)** ZIndR. **2** 259 (Stuttgart). Das Zeichen „Nimm mich mit" ist mit dem Zeichen „Pick me up" zu verwechseln. **y) RG.** PBl. **08** 224. Wer zur Benutzung eines Namens oder Warenzeichens befugt ist, darf nicht durch die besondere Art der Darstellung, z. B. Verwendung seines Namens oder Zeichens in eigenartiger Teilung und Schattierung, die Gefahr der Verwechselung mit einem fremden Warenzeichen herbeiführen (Unterberg-Jordemann-Boonekamp und Underberg-Boonekamp). **z) RG.** (Straff.) **40** 395, JW. **08** 369, PBl. **08** 148, DJZ. **08** 683. Der Angeklagte hatte in seinem Restaurant Preislisten aufgelegt, in denen unter der Überschrift „Französ. Champagner" auch „Mumm 14 M. 1/1 Fl." verzeichnet war. Er führte nicht französischen „Mumm", vielmehr ein Erzeugnis, das von der deutschen Firma Maria Mumm u. Co. herrührte. Die Strafkammer hatte eine Täuschung des Publikums als beabsichtigt angenommen, einen Eingriff in das Firmenrecht der Nebenklägerin G. H. Mumm u. Co. in Reims aber verneint, weil Angeklagter nicht diese Firma, sondern nur den Namen „Mumm" in die Preisliste aufgenommen habe. Das RG. hat aufgehoben, weil nach § 20 WarenZG. die Verwechselungsgefahr entscheide und eine solche vorliegen könne, wenn „Mumm" als das kennzeichnende Wort in der Firma der Nebenklägerin zu betrachten sei. Dabei ist die Tatsache, daß in Frankreich mehrere Champagnerfabrikanten diesen Namen in ihrer Firma führen, für unwesentlich erachtet worden, weil rechtlich nichts entgegenstehe, die Verwechselungsgefahr hinsichtlich jeder dieser Firma anzunehmen. — Eine wörtliche Kennzeichnung von Waren, die nur zum Teil mit der Firma eines anderen übereinstimmt, sich mit ihr aber keineswegs vollständig deckt, kann demnach als Gebrauch dieser Firma in Betracht kommen. Es kommt darauf an, ob die gebrauchte Kennzeichnung der Ware bei Berücksichtigung der Anschauungen des jeweiligen Verkehrskreises die Gefahr in sich schließt, daß sie als Hinweis auf die Firma des anderen betrachtet und mit dieser verwechselt wird. Das

Bestehen dieser Gefahr genügt; nicht nötig ist, daß sich die Gefahr verwirklicht hat, d. h. daß Verwechselungen im Verkehre tatsächlich vorgekommen sind. — Zu demselben Falle: Wassermann, Unlauterer Wettbewerb im Sekthandel, MschutzuWettbew. **6** 73 ff. **aa**) MschutzuWettbew. **7** 64, ZIndR. **2** 45 (Braunschweig). Verwechselungsgefahr bei Veilchenornamenten im Parfümeriehandel. Veilchen sind Freizeichen, deren Vorkommen als Bestandteil eines Warenzeichens für sich allein nicht dem Schutze des Gesetzes untersteht. Es kommt vielmehr allein darauf an, wie diese Veilchen angeordnet sind und wie das gesamte Zeichen sonst ausgeschmückt ist. Daß dabei das eine Warenzeichen mit und das andere ohne Farbe eingetragen ist, schließt die Verwechselungsmöglichkeit bei der Art ihres Gebrauchs im Handel nicht aus. Zu berücksichtigen ist nur, wie das Gesamtbild des Zeichens sich in der Erinnerung der Käufer ohne besondere Anstrengung im übrigen einzuprägen pflegt. — In demselben Sinne LG. München I (rechtskräftig), MschutzuWettbew. **7** 193. **bb**) Wertheimer, Der Schutz der Telegrammadresse, GewRschutz **07** 348 ff. Bei der Beurteilung der Verwechselungsgefahr zweier Warenzeichen muß Rücksicht genommen werden auf die Schwächen des menschlichen Erinnerungsvermögens und die Einwirkungen, die darauf die Gedankenverbindung und die reproduktive Phantasie, d. h. die seelische Tätigkeit, die gemachte Wahrnehmungen wieder vergegenwärtigt, ausüben.

§ 23. 1. Kohler, Akzessorische Natur der Auslandsmarke, GewRschutz **07** 221 ff. Man hat in Auslegung des § 23 unseres Markengesetzes angenommen, daß nur solche ausländischen Marken den Stützpunkt für das Inlandsrecht bilden können, welche im Ausland auf Grund eines Registersystems angemeldet und registriert worden sind. Diese Ansicht führt von selber zu den größten zwischenstaatlichen Verwickelungen und Schwierigkeiten; denn wo immer in einem Lande die Marke an und für sich schon geschützt ist, wird es den Landesgenossen hierdurch unmöglich gemacht, ein Markenrecht in Deutschland zu erwerben. Eine derartige Behandlung muß aber unter allen Umständen zurückgewiesen werden.

2. **RG. 64** 304, GewRschutz **07** 136, **08** 98, 103, JW. **07** 20, DJZ. **07** 186, PBl. **07** 166, ZIndR. **1** 44, HansGZ. **07** Hptbl. 42. Art. 28 des Handelsvertrags zwischen den Staaten des ehemaligen deutschen Zoll- und Handelsvereins und Frankreich vom 2. August 1862 ist noch gültig. Ein Franzose darf also sein Zeichen trotz dessen Löschung aus § 23 WarenZG. weiterführen, wenn er es als Fabrikzeichen im Sinne des Art. 28 des Handelsvertrags vor dem 29. September 1884 in Frankreich für seine Ware geführt hat. Ebenso **RG. 67** 133, JW. **08** 51, PBl. **08** 170, ZIndR. **2** 33, R. **08** II Ziff. 407.

3. **RG.** JW. **08** 500, MschutzuWettbew. **7** 207, LeipzZ. **08** 602, R. **08** II Ziff. 2509. Der Vertreterzwang gemäß § 23 WarenzG. besteht nur für Klagen des ausländischen eingetragenen Zeicheninhabers; er bezieht sich nur auf Klagen gegen Eingriffe in das Zeichenrecht und zur Verfolgung des durch die Eintragung begründeten Rechtes. Auf Prozesse, bei denen es sich darum handelt, welcher der Parteien das Warenzeichen zusteht, ist § 23 nicht anzuwenden.

4. ZIndR. **1** 212 (PA.). Bei ausländischen Zeichen braucht der Nachweis des Heimatsschutzes nicht schon für den Zeitpunkt der Anmeldung, sondern erst für den Zeitpunkt der Eintragung geführt zu werden.

Anhang.

I. Ausland. 1. Österreich-Ungarn. **a**) Adler, ZIndR. **2** 49 ff., erörtert das Marken- und Musterrecht im österreichisch-ungarischen Ausgleiche. **b**) Auf den Schutz von Wortzeichen in Österreich-Ungarn bezieht sich das Urteil des k. k. Landesgerichts in Prag, MschutzuWettbew. **6** 123 (Salvator-Bier).

2. Frankreich. MSchutzuWettbew. 8 30 (Pariser KassH.). Ob die Bezeichnung „bière de Munich" Herkunfts- oder Gattungsbezeichnung ist, ist lediglich Tatfrage und daher nur der Entscheidung der unteren Instanzen unterworfen.

3. Großbritannien. a) GewRSchutz **08** 11. Englisches Gesetz vom 28. August 1907, betr. die Zusammenfassung der Gesetze betr. die Erfindungspatente und die Eintragung von Mustern, sowie gewisser Gesetze betr. die Handelsmarken (in Kraft seit 1. Januar 1908). **b)** MSchutzuWettbew. 8 46 (Urt. d. Marlborough-Street-Gerichts in London). In Großbritannien gilt die Marke „Berncasteler Doctor" als Herkunftsbezeichnung im strengen Sinne.

4. Vereinigte Staaten von Amerika. PBl. **08** 7 (Entsch. d. Commissioner). Wer auf Grund des Art. IV des Unionsvertrags eine im Ausland eingetragene Marke mit der Unionspriorität anmelden will, darf nur die in allen Teilen identische Marke beanspruchen.

5. Japan. Tolksdorf, ZIndR. **2** 280 ff., berichtet über den Warenzeichenschutz in Japan.

6. Dominikanische Republik, G. vom 16. Mai 1907 über die Fabrik- und Handelsmarken, PBl. **08** 173.

II. Geschichte. Thissen, ZIndR. **1** 205 ff., gibt eine Studie über die alten Aachener Nadelmarken.

Gesetz betr. den Schutz von Erfindungen, Mustern und Warenzeichen auf Ausstellungen.

Vom 18. März 1904.

Ausland: a) Frankreich, G. vom 11. April 1908 über den vorläufigen Schutz des gewerblichen Urheberrechts auf Ausstellungen, PBl. **08** 178. **b)** Japan, G. vom 17. März 1908 über den Schutz des gewerblichen Urheberrechts für Gegenstände, die in der Großen Ausstellung (1912) ausgestellt werden, PBl. **08** 179.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen.

Vom 11. Januar 1876.

Vorbemerkung: Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, behandelt das Geschmacksmusterrecht in systematischer Darstellung im dritten Teile auf S. 203—260.

§ 1. 1. Eltzbacher, Unterlassungsklage 141 f. Zum Schutze seines Rechtes hat der Urheber die Unterlassungsklage.

2. **RG.** PBl. **08** 34, ZIndR. **2** 105. Von einem Modellschutze kann nur da die Rede sein, wo eine in die äußere Erscheinung tretende Form geschaffen worden ist, die als das Erzeugnis einer bewußten schöpferischen Tätigkeit Gegenstand einer Nachbildung sein kann. (Mit feinen Körnern beklebter Pflanzenwedel.)

3. **RG. 65** 123, JW. **07** 189, GewRSchutz **07** 413, PBl. **07** 137, LeipzZ. **07** 282, R. **07** Ziff. 2218. Der ästhetische Gedanke ist es, auf dem die Bedeutung eines geschützten Modells beruht und der einen Anspruch darauf hat, geschützt zu werden, wenn bisher noch niemand auf ihn gekommen war. Das Wesentliche kann in der Stellung der Aufgabe liegen.

4. **RG.** PBl. **07** 157. Photographische Abbildungen auf Postkarten begründen, wenn sie neu und eigentümlich sind, die Neuheit der Postkarte als Geschmacksmuster. —

Für den, der bei der zuständigen Behörde in der Musterrolle eingetragen steht, streitet die Vermutung nicht nur, daß er Urheber des Musters ist, sondern auch, daß das Muster neu und eigentümlich ist.

§ 3. Lizenz. Hüfner, GewRschutz **07** 134 f. Der Lizenzträger ist an sich nicht Rechtsnachfolger in das Prioritätsrecht des Art. 4 IntÜb. vom 20. März 1883. Er kann das Prioritätsrecht nur geltend machen, wenn in Ansehung des Verbandsstaats, in dem das Muster oder Modell hinterlegt worden ist, das Urheberrecht mit dem Nebenrechte der Priorität ihm ausdrücklich eingeräumt worden ist.

§ 5. 1. **RG.** GewRschutz **07** 272, DJZ. **06** 824. Wenn ein neues Muster in einzelnen Teilen vom geschützten Muster abweicht, als Ganzes aber nur denselben künstlerischen Eindruck hervorruft wie das geschützte Muster, so liegt eine strafbare Nachbildung vor (Gegensatz zu § 4).

2. Rauter, Zu § 5 Ziff. 2 und § 6 Ziff. 2 G. vom 11. Januar 1876, GewRschutz **08** 7 ff., gibt die Entstehungsgeschichte beider Bestimmungen.

§ 7. 1 **RG.** BayRpflZ. **07** 66. Der Urheberschutz ist an zwei Voraussetzungen, die Anmeldung und die Niederlegung, geknüpft.

2. Lehmann, Der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche, BuschsZ **38** 77. Das Urheberrecht an Geschmacksmustern entsteht erst, wenn das Muster oder Modell zur Eintragung in das Musterregister angemeldet und ein Exemplar oder eine Abbildung des Musters bei der Registerbehörde niedergelegt ist. In diesem Momente wird es auch pfändbar. Sind also diese Akte vor der Konkurseröffnung erfolgt, so fällt das Recht mit samt dem Unterlassungsanspruch in die Masse.

3. Dietrich, GewRschutz **07** 307 ff., fordert, daß an Stelle des an die Hinterlegung gebundenen Muster- und Modellschutzes in Deutschland und in den übrigen für das Musterrecht in Betracht kommenden Staaten der formlose Schutz tritt, wie er den Kunstwerken zuteil wird.

4. Benjamin, ZIndR. **2** 25 ff., behandelt den Schutz nicht eingetragener Geschmacksmuster. — Desgl. Tröger aaO. 73 ff.

§ 14. 1. **RG.** DJZ. **07** 600. Der Einwand des Angeklagten, er habe die Motive des vorbildlichen Musters nur frei benutzt, also nicht nachahmen, sondern ein neues Muster herstellen wollen, kann nur bedeuten, er habe sich in dem guten Glauben befunden, keine unerlaubte Nachbildung herstellen zu lassen. Dieser Einwand mußte daher ausdrücklich geprüft werden.

2. HessRspr. **5** 178, GewRschutz **07** 343 (Darmstadt). Ein Gewerbetreibender, der irgendein Muster in Benutzung nehmen will, ist regelmäßig nur dann verpflichtet, sich darüber zu erkundigen, ob dieses Muster für einen anderen geschützt ist, wenn besondere Umstände dies als möglich erscheinen lassen. Die Versäumung dieser Erkundigungspflicht bedeutet grobe Fahrlässigkeit.

3. BadRpr. **07** 297, GewRschutz **07** 271 (Karlsruhe). Beklagter — Fabrikant von Nähmaschinen — hat die für den Kläger geschützten Maschinen-Seitengestelle für den eigenen Gewerbebetrieb nachgebildet. Er wendet ein, in entschuldbarer Weise in Unkenntnis und zwar der Meinung gewesen zu sein, daß es sich bei der fraglichen Formgebung um Gemeingut handle. Jedoch liegt Fahrlässigkeit vor. Da der Beklagte seit langer Zeit die Drucksachen des Klägers in Händen hatte, da ferner bekannt ist, daß viele Nähmaschinenfabrikanten die Gestelle ihrer Maschinen und die Verzierungen daran unter den gesetzlichen Musterschutz stellen, hatte der Beklagte die Pflicht, sich zu vergewissern, ob das von ihm nachgebildete Gestell des Klägers nicht auch diesen Schutz genieße.

4. **RG.** GewRschutz **07** 270, JW. **05** 490. Wer durch Erhebung unbegründeter, aus dem Musterschutzgesetze hergeleiteter Ansprüche den Gewerbebetrieb eines anderen stört, ist dem Geschädigten unter Umständen auch dann schadensersatzpflichtig, wenn dieser dem unbegründeten Begehren des Störenden in gutem Glauben nachgegeben

hatte. Denn nicht unter allen Umständen liegt mitwirkendes Verschulden des Geschädigten gemäß § 254 BGB. vor.

5. **RG.** PBl. **07** 138. Wer vom Inland aus im Auslande die verbotene Vervielfältigung eines Musters herstellen läßt, ist als Veranstalter strafbar.

Anhang.

Ausland. 1. England. PBl. **07** 158 (Court of Appeal). Zum Begriff des Musters. Nur, was für das Auge Objekt des Sehens sein kann, kann Gegenstand eines Musters sein.

2. Australischer Bund. G. vom 28. August 1906 betr. das Urheberrecht an gewerblichen Mustern, PBl. **08** 19, 191.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste.

Vom 9. Januar 1876.

§§ 1—5, 14. RG. BayRpflZ. **07** 327, JW. **07** 489, LeipzZ. **07** 503, R. **07** Ziff. 1915. Das Bühnenbild als szenische Dekoration zu vorübergehendem Zwecke ist nicht ein Werk der bildenden Künste im Sinne des Gesetzes, auch dann nicht, wenn dem Plane der Zusammenstellung eine künstlerische Idee zugrunde liegt, die in einer des Schutzes fähigen Skizze ihren Ausdruck gefunden hat.

§ 6. 1. OLG. **14** 425 (KG.). Begriff der Nachbildung „in derselben Kunstform". Nach dem Sprachgebrauch ist Kunstform diejenige Gattung oder Art der Kunst, deren sich der Künstler bei der Gestaltung des Werkes bedient hat. Die beiden Hauptformen sind die plastische und die Flächenkunst. Auch die Unterart dieser Kunstformen sind Kunstformen, und diese sind im § 6 Nr. 3 gemeint. Monumentalplastik und Kleinplastik unterscheiden sich nur durch die Dimensionen des Kunstwerks, sind also nicht Unterarten der Hauptkunstform.

2. **RG.** (Straff.) **40** 122. Ein Gemeindefriedhof kann als öffentlicher Platz im Sinne des § 6 Nr. 3 KunstschG. angesehen werden.

§ 16. 1. **RG.** R. **07** Ziff. 1271. Hat ein Bilderzeichner sein Urheberrecht auf beschränkte Zeit einem anderen übertragen, so ist er neben dem anderen befugt, den Strafantrag wegen verbotener Nachbildung zu stellen. Denn sein Urheberrecht, das ihm nach Ablauf jener Zeit wieder anheimfällt, wird durch die Nachbildung der Werke in seiner Verwertbarkeit schon jetzt wesentlich beeinträchtigt.

2. **RG.** LeipzZ. **08** 228, R. **08** II Ziff. 660. Die Unterlassungsklage ist nur dann begründet, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, daß rechtswidrige Eingriffe in ein Recht beabsichtigt sind oder vorbereitet werden.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Vom 9. Januar 1907.

Vorbemerkung: Kommentare sind erschienen von: Osterrieth (am übersichtlichsten und reichhaltigsten), Allfeld, Daude, Fuld, Schlittgen, Gareis, Müller. — Von Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, ist — von Kohler herausgegeben — die erste Abteilung des sechsten Bandes erschienen. Diese Abteilung enthält — noch von Dernburg selbst

verfaßt — eine systematische Darstellung des literarischen und künstlerischen Urheberrechts. — Kohler, Kunstwerkrecht, ist eine systematische Darstellung des künstlerischen Urheberrechts auf Grund des G. vom 9. Januar 1907.

§ 1. 1. Ephraim, Das Kunstschutzgesetz und das Warenzeichengesetz, MschutzuWettbew. 7 103 ff., beleuchtet das Verhältnis der beiden Gesetze zueinander.

2. Daude, Das neue Kunstschutzgesetz, DJZ. **07** 327 ff. Die Grenzbestimmung zwischen den Werken der bildenden Künste im engeren Sinne, den Werken des Kunstgewerbes und den rein gewerblichen, durch das Musterschutzgesetz geschützten Erzeugnissen wird oft genug nur schwer zu treffen sein und für die erste Zeit zu einer gewissen Unsicherheit in der Rechtsprechung führen. Nicht dringend genug kann daher den Staatsanwaltschaften und Gerichten empfohlen werden, in irgend zweifelhaften Fällen vor der Entscheidung ein Gutachten der Sachverständigenkammer einzuholen.

3. Müller (Meiningen), SeuffBl. **07** 89 u. 135, gibt eine ausführliche Darstellung des im Gesetz enthaltenen Rechtsstoffs.

4. Hilse, SeuffBl. **07** 978 ff., erörtert das Urheberrecht an der Bauzeichnung und die Entschädigungsansprüche aus dessen Verletzung.

5. Eckert, BayRpflZ. **07** 100, 119, gibt eine Darstellung des Rechtsstoffs.

6. Eltzbacher, Unterlassungsklage 141 f. Zum Schutze seines Rechtes hat der Urheber die Klage auf Unterlassung.

§ 2. 1. Dietrich, ZIndR. **2** 1 ff., prüft die Frage, ob die deutsche Industrie für den formlosen Schutz der Erzeugnisse des Kunstgewerbes und für einen formlosen Musterschutz gerüstet ist.

2. GewRschutz **08** 128, 305, PBl. **08** 206 (Dresden). Spitzen, die mit der Maschine hergestellt sind, können als Erzeugnisse des Kunstgewerbes angesehen werden und daher den Schutz des § 2 Abs. 1 G. vom 9. Januar 1907 genießen, nämlich, wenn sie künstlerische Eigenart an sich tragen. (Nicht rechtskräftig!) — Hiergegen äußert Mittelstädt, Spitzen als „Erzeugnisse des Kunstgewerbes", DJZ. **08** 810 f., Bedenken, indem er ausführt, das Wort „Kunstgewerbe" im § 2 Abs. 1 sei nur eine Bezeichnung, nicht ein bestimmter Begriff, der nach dem Sprachgebrauche des Wortes ausgelegt werden könnte. Das Gesetz wolle nur sagen, daß Erzeugnisse des Kunstgewerbes, soweit sie Kunstwerke, freie phantasievolle Schöpfungen, eine Offenbarung künstlerischen Schaffens seien, trotz ihrer gewerblichen Bestimmung Schutz genössen. Es müsse also auch im Kunstgewerbe ein Kunstwerk vorliegen, nicht nur künstlerische Eigenart. — Vgl. hierzu Breit, Kunstschutzgesetz und Geschmacksmustergesetz, ZIndR. **2** 109 ff.

§ 12. Eckert, BayRpflZ. **07** 103. Die Übertragung eines Werkes in eine andere Größe und diejenigen Änderungen, die das für die Vervielfältigung angewandte Verfahren mit sich bringt, sind trotz einer gegenteiligen Bemerkung in den Motiven und trotz der Bestimmung im § 21 Abs. 2 KunstUrhG. (nF.) nicht unter allen Umständen als Änderungen anzusehen, für die der Berechtigte seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann.

§ 14. Lehmann, Der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche, BuschsZ. **38** 77 u. 79. Willigt der Urheber in die Einbeziehung seines Urheberrechts zur Konkursmasse, so verliert er selbstverständlich auch den Unterlassungsanspruch.

§ 21. Fuld, BöhmsZ. **17** 298 ff. Österreichische Staatsangehörige sind berechtigt, den Schutz des § 21 KunstschG. gegen die öffentliche Ausstellung eines Bildes anzurufen. — Die materielle Erweiterung, welche das Kunstschutzgesetz gegenüber dem österreichischen Vertrage vom 30. Dezember 1899 enthält, kommt auch den Werken österreichischer Urheber, die in Österreich einheimisch sind, zugute, vorausgesetzt, daß in Gemäßheit des Abs. 2 des Art. 1 das betreffende Werk auch in Österreich selbst noch unter Schutz steht.

§ 22. 1. Krüger, GewRschutz **08** 91 ff., erörtert die Einwirkung des Rechtes am eigenen Bilde auf die Eintragbarkeit von Warenzeichen.

2. Fuld, Karikatur und Persönlichkeitsschutz, GewRschutz **07** 224 ff. § 22 KunstschG. kommt für den Schutz gegen Karikierung nicht in Betracht, denn die Karikatur ist kein Bildnis, weder im allgemeinen Sinne noch im Sinne dieser Bestimmung. Der Rechtsschutz gegen die Karikatur liegt auf dem Gebiete des Persönlichkeitsrechts. — Unter „Bildnis" ist nur die Wiedergabe der wirklichen Persönlichkeit, der wirklichen Gesichtszüge verstanden. Vgl. auch JDR. **6** Anhang zu § 12 BGB. Ziff. V.

§ 53. 1. Finger, Kunstschutzgesetz und Geschäftsleben, GewRschutz **08** 48 ff., erörtert den Einfluß des § 53 und einiger anderer Bestimmungen auf das geschäftliche Leben.

2. Freund u. Magnus, WarenZG. 128. Die Bestimmung des § 53 Abs. 2 KunstschG. statuiert ein dem Vorbenutzungsrecht analoges Recht gegenüber den Verbotsbestimmungen des KunstUrhG. Das Recht kann daher nur mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden. Eintragung des Warenzeichens setzt der § 53 nicht voraus; doch kann ein dergestalt vorbenutztes Zeichen jederzeit eingetragen werden und ist keiner Löschung des Urhebers ausgesetzt, da dessen Ansprüche eben durch die Vorbenutzung beseitigt sind.

Anhang.

Ausland. Dänisches Gesetz vom 28. Mai 1908 (zum Schutze des Kunstgewerbes), GewRschutz **08** 182.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken.

Vom 11. Juni 1870.

§ 7. **RG.** LeipzZ. **08** 307, R. **08** II Ziff. 880, 881, 882. Nach dem qualitativen und quantitativen Verhältnisse des Entlehnten zum Original muß entschieden werden, ob eine Entlehnung noch erlaubte Aneignung oder schon rechtswidrige Ausbeutung fremder Geistestätigkeit ist. Die Bestimmung des § 7 bezieht sich auf Werke, die nicht rein wissenschaftlich sind, sondern hauptsächlich einem wirtschaftlichen Zwecke dienen sollen, z. B. Adreßbücher, Kursbücher, Tabellen, auch Kochbücher.

§ 18. Erkundigungspflicht der Reproduktionsanstalten. **a)** GewRschutz **08** 132 (KG.). Für Reproduktionsanstalten ist nicht anzunehmen, daß sie unter allen Umständen schon dann fahrlässig handeln, wenn sie es unterlassen, sich zu erkundigen, ob das Vervielfältigungsrecht an dem zu reproduzierenden Bilde auch ihrem Auftraggeber zustehe; es müßten denn besondere Umstände vorliegen, die ihren Verdacht erregen und ihnen zu einer solchen Erkundigung Anlaß geben. **b)** KGBl. **07** 81 (KG.). Die lithographische Anstalt ist nicht verpflichtet, bei jedem einzelnen Auftrag Erkundigungen einzuziehen, insbesondere darüber, ob der Auftraggeber befugt ist, die Vervielfältigung zu veranlassen. Nur wenn die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles einen offenbaren Verdacht erregen müssen, ist der Vervielfältiger verpflichtet, Erkundigungen einzuziehen.

Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.

Vom 19. Juni 1901.

Vorbemerkung: Von Kohler, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, ist in der Berichtszeit die dritte (und letzte) Lieferung erschienen; sie enthält außer den Schlußabschnitten des ersten Buches (Das Autorrecht als Immaterialgüterrecht) das zweite Buch (Das Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit dem Autorrecht) und einige Beigaben, meist geschichtlichen Charakters. — Wegen Dernburgs Bürgerl. Recht vgl. die Vorbem. zum G. vom 9. Januar 1907.

§ 1. 1. *Bolze, Die Konstruktion des Urheberrechts an Werken der Literatur und der Tonkunst, GoldschmidtsZ. **60** 221 ff. Nach dem Verf. ist das Urheberrecht zu konstruieren weder als ein in der Persönlichkeit des Autors wurzelndes und von derselben nicht ablösbares Recht, noch als Recht an einem immateriellen Gute. Vielmehr charakterisiert sich dasselbe als die ausschließliche Befugnis des Urhebers zur eigenen Vornahme der im Urheberrechtsgesetze bezeichneten Handlungen, oder zu deren Vornahme durch andere; das Werk zu vervielfältigen und gewerbsmäßig zu verbreiten, den wesentlichen Inhalt des Werkes öffentlich mitzuteilen, das Werk öffentlich vorzutragen oder öffentlich aufzuführen, welche Befugnis dem Urheber jedermann gegenüber zusteht. Entsprechend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie; das Urheberrecht an Mustern und Modellen, das Patentrecht, das Gebrauchsmusterrecht, das absolute Vermögensrecht des Inhabers eines eingetragenen Warenzeichens; das Recht eines Geschäftsinhabers auf Führung seines Geschäfts. Das Autorrecht kann sich auch beziehen auf ein Schriftwerk, welches kein Kunstwerk ist, und das Recht kann geschützt werden wegen des Inhalts, nicht bloß wegen der Form, auch wenn der Inhalt in einer Entdeckung besteht.

2. *Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen 35, 37 (vgl. JDR. **6** Anhang zu § 12 BGB. Ziff. IVa). Ob jedes Distichon, Bonmot oder eine einzelne originelle Sentenz urheberrechtlichen Schutz finden kann, erscheint fraglich, besonders deshalb, da damit die Gefahr verbunden erscheint, daß das Urheberrecht zu einem reinen Gedankenschutze führen würde, eine Funktion, die nach der gemeinen Meinung dem Autorrecht abzusprechen ist. Irrelevant ist für den Schriftwerksbegriff auch die Möglichkeit der vermögensrechtlichen Verwertung. Irrelevant ist ferner das Moment der Verlagsfähigkeit oder literarischen Verkehrsfähigkeit. Der Schriftwerksbegriff ist zu bestimmen nach Umständen, die bereits mit der Autorschöpfung dem Werke beiwohnen und ihm stetig eigen sind. Auch dürfen diese Umstände nicht rein äußerlicher Natur sein; sie müssen vielmehr im Werke selbst begründet sein. Der literarische Wert ist als zu eng für den Schriftwerksbegriff irrelevant (vgl. Damme, Gutachten [1891] 106, 219/20, 239, Wildhagen, Gutachten 134, 41, Mitteis, Festschrift 127, Wächter, Autorrecht 50, Stobbe, DPrivR. 35, Gierke, DPrivR. [1895] I 770). Andere fordern für den Schriftwerksbegriff ein individuelles Produkt geistiger Tätigkeit. Dies ist gleichfalls unrichtig, zum mindesten eine ungenügende Begriffsbestimmung. Als Schriftwerk im Sinne des Gesetzes ist jede in eine bestimmte Form gebrachte individuelle Gedankenäußerung anzusehen, der ein objektives, im Schriftwerke selbst von vornherein begründetes Interesse beiwohnt, das in seiner Wirkung den persönlichen Kreis des Urhebers zu überschreiten geeignet ist. Briefe sind hinsichtlich ihrer literarischen Schutzfähigkeit nach den allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen (32, 51/52). Auch Briefsammlungen sind schutz-

würdig. Das schutzwürdige Moment liegt hier in der ordnenden und sammelnden Tätigkeit. Nicht schutzfähig wäre eine nur chronologische Sammlung (vgl. Mitteis, Festschrift 136, Osterrieth, Altes und Neues vom Urheberrecht [1892] 68). Trotz der Schutzfähigkeit einer Briefsammlung kann der einzelne an sich nicht schutzfähige Brief ungestraft nachgedruckt werden. (52/53.)

3. Hilse, GewRschutz **07** 92 f. Nach § 1 des G. vom 19. Juni 1901 werden geschützt auch die Verfertiger von Bauplänen für unmonumentale Bauwerke. Daher sind die Bauherren und Bauwerkmeister nicht befugt — was vielfach geschieht — den Namen des Bauplanverfertigers zu durchstreichen oder sonstwie unkenntlich zu machen und durch ihren eigenen Namen zu ersetzen. Durch ein solches Verfahren setzen sie sich den im Gesetze bestimmten zivilrechtlichen und strafrechtlichen Folgen aus. — Entwürfe künstlerischer Art zu monumentalen Gebäuden genießen den Schutz des G. vom 9. Januar 1907.

4. Kohler, Besteht ein Autorschutz an einem Schachspiele? GewRschutz **08** 309 f. Die Schilderung eines Schachspiels kann insofern Autorschutz genießen, als sie in einer künstlerischen, dem Autorschutz entsprechenden Form gegeben ist. Ein solcher Schutz an dem Schachspiele selbst besteht nicht.

5. HansGZ. **08** Beibl. 134, GewRschutz **08** 185 (Hamburg). Einer pantomimischen Szene, in der neben zwei sprechenden Menschen auch ein Affe auftritt, kommt der Urheberrechtsschutz für dramatische Werke zu.

6. **RG.** SeuffBl. **07** 542, DJZ. **07** 828, R. **07** Ziff. 977. Urheberrecht an Vorträgen. Als Urheber eines Vortrags kann nicht angesehen werden, wer lediglich das, was dem Denken eines anderen entsprungen und von diesem zu Papier gebracht worden ist, auswendig lernt und vorträgt.

7. **RG.** (Strafs.) **41** 401. Prospekt über eine Fachzeitung für Grundstücks- und Hypothekenvermittelung. Schriftwerk ist jedes Erzeugnis eigener geistiger Tätigkeit des Urhebers im Gegensatze zu rein mechanisch gefertigten Arbeiten. Das Maß der aufgewandten geistigen Tätigkeit ist ohne Bedeutung, die Lieferung neuen geistigen Stoffes nicht nötig, die schaffende Tätigkeit des Urhebers kann sich auch allein in einer Formung, in der Sammlung, Einteilung, Anordnung des vorhandenen Stoffes äußern.

8. DJZ. **08** 824 (Hamburg). Kurstabelle. Die Zusammenstellung der höchsten Kurse gewisser Wertpapiere für mehrere Jahre zu einem Tabellen- und Nachschlagewerk ist eine Arbeit, die ein individuelles Gepräge hat und daher schutzfähig ist. Auf den Grad der geistigen Arbeit und deren Wert kommt es nicht an.

9. OLG. **14** 424 (Hamburg). Für die Schutzfähigkeit einer Broschüre ist gleichgültig, ob ihr Inhalt seinem Gegenstande nach alt ist oder nicht, und ob sie einen mehr oder weniger großen geistigen Wert oder Gehalt hat. Worauf es ankommt, ist, ob das Schriftwerk sich, sei es auch nur in der Art der Wiedergabe bekannter Gedanken, darstellt als das Ergebnis individueller geistiger Tätigkeit.

10. Theaterzettel. a) **RG. 66** 227, JW. **07** 530, DJZ. **07** 1201, R. **07** Ziff. 2839. Theaterzettel, wie sie in der Regel erscheinen, sind nicht „Schriftwerke" im Sinne des Urheberrechtsgesetzes; also ist ihr Nachdruck nicht verboten. b) Ebenso **RG.** (Strafs.) **39** 282, DJZ. **07** 1196, 513, ZIndR. **1** 167.

11. Preislisten. a) **RG.** (Strafs.) **39** 100. Preisverzeichnisse. Der Text eines Preisbuchs kann ein „Schriftwerk" im Sinne des § 1 LitUrhG. sein. Ein „Schriftwerk" muß nur fähig sein, durch Schriften mitgeteilt zu werden, braucht aber nicht die Bestimmung zu haben, in den literarischen Verkehr einzutreten. Die Abbildungen des Preisbuchs sind insofern schutzfähig, als sie dem Leser das Verständnis erleichtern, die beschriebenen Gegenstände anschaulicher machen sollen und als bei ihnen die Individualität der Geistestätigkeit darin besteht, daß die

Gegenstände in einer besonderen Form dargestellt werden, die bestimmt und geeignet ist, die Eigenart des einzelnen Gegenstandes deutlich erkennen zu lassen. Bei Abbildungen wissenschaftlicher oder technischer Art im Sinne des § 1 Nr. 3 LitUrhG. kann nicht verlangt werden, daß sie als Abbildungen auf einer geistigen Tätigkeit ihres Urhebers, sei es auch nur eines solchen geringen Grades, beruhen: es wird vielmehr nur ein darstellerischer Gedanke erfordert. Über diesen hinaus braucht die Abbildung ein Geisteserzeugnis nicht zu sein; sie braucht auch weder von dauerndem fachwissenschaftlichen Interesse zu sein, noch, soweit es sich um Belehrungszwecke handelt, einen dauernden Wert zu haben. b) **RG.** LeipzZ. **08** 601, R. **08** II Ziff. 2604. Preislisten, die nicht eine belehrende, auf einer schöpferischen, geistigen Tätigkeit des Verf. beruhende Beschreibung, sondern nur kurze Bemerkungen über Stoff und Vorzüge der Waren enthalten, und deren Abbildungen nicht einen technischen Gedanken anschaulich machen, sondern nur das Aussehen der Waren zeigen sollen, sind nicht als Schriftwerke geschützt.

12. HessRspr. **7** 90, GewRschutz **08** 184 (Darmstadt). Nachdruck eines Katalogs als nicht gegen die guten Sitten verstoßend.

13. **RG.** (Straff.) **39** 229, GewRschutz **07** 272, ZIndR. **1** 155, BayRpflZ. **08** 18. Der Begriff der Zeichnungen und Abbildungen technischer Art im Sinne des § 1 Nr. 3 G. vom 19. Juni 1907 erfordert sowohl, daß sie als Erzeugnisse einer selbständigen Geistestätigkeit einen in individuelle Form gebrachten Gedanken aus dem Reiche der Technik verkörpern, als auch, daß die Festhaltung dieses Gedankens im Bilde dazu dient, wenn auch nicht wie ein Kunstwerk auf das ästhetische Gefühl, so doch als Belehrungsmittel auf Wissen und Anschauen des Beschauers erweiternd oder unterstützend zu wirken, ohne Rücksicht auf Beweggrund und Art ihrer Herstellung.

§ 5. Komponist und Textdichter. a) **RG. 67** 84, JW. **08** 52, DJZ. **08** 139, LeipzZ. **08** 65, R. **08** II 191. Wenn auch das Urheberrecht des Komponisten einer Oper erloschen ist, ist dennoch die Genehmigung des Dichters (Übersetzers) des Operntextes für die Aufführung der Oper nötig. Nach § 5 gilt, wenn ein Schriftwerk mit einem Werke der Tonkunst verbunden wird, für jedes dieser Werke dessen Verfasser auch nach der Verbindung als Urheber. § 28 Abs. 2 hebt das Urheberrecht des Textdichters nicht auf; er regelt lediglich das Verhältnis der beiden gleichberechtigten, nebeneinander stehenden Urheber gegenüber Dritten, im Interesse der Erleichterung des Verkehrs mit diesem. Man kann das Verhältnis als das einer gesetzlichen Vertretung des Textdichters durch den Komponisten auffassen. Diese Vertretung besteht aber nicht im Interesse des Vertretenen, sondern des Dritten. Diese gesetzliche Vollmacht ist zwar dem Widerrufe des Textdichters entzogen. In allen anderen Beziehungen bleibt das Urheberrecht des Textdichters jedoch unbeschränkt, insbesondere bestimmt sich seine Dauer allein nach den in seiner Person liegenden Verhältnissen (§ 29). b) **RG.** R. **08** II Ziff. 916. Das Urheberrecht des Textdichters ist durch § 28 LitUrhG. nur so lange beschränkt, als daneben das Urheberrecht des Komponisten besteht. Wenn es aber noch fortbesteht, während das Recht des Komponisten schon erloschen ist, dann gewinnt es wieder volle, unbeschränkte Wirkung.

§ 7. RG. R. **07** Ziff. 120. Die Befugnis des Verlegers, bei pseudonymen Schriften die Rechte des Urhebers wahrzunehmen, schließt den wirklichen Urheber von der eigenen Wahrung seiner Rechte nicht aus.

§ 8. *Hacker, Der Nießbrauch an Prämienpapieren, Aktien und Urheberrechten 91 ff., auch HoldheimsMSchr. **06** 213 ff. Der Nießbrauch von einem Urheberrecht ist ein Recht an dem Autorgut, eine Belastung desselben, dieses ist sein Objekt wie die Sache das des Sachnießbrauchs. Dem Nießbraucher stehen alle aus dem Werke gewonnenen Erträge an Geld oder „Naturalien" (Freiexemplare,

Freibillets rc.) als Früchte des Autorguts zu. Er ist ferner allein berechtigt, diese Früchte selbst zu „ziehen", d. h. über die Verwertung des Werkes zu bestimmen. Demgemäß hat er Lizenz- und sonstige Verträge abzuschließen, durch welche Dritten die Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse gestattet wird. Dies gilt jedoch nur für Verträge obligatorischer Natur, d. h. solche, durch welche keine urheberrechtlichen Befugnisse übertragen werden, sondern nur der Berechtigte sich verpflichtet, in den gegebenen Fällen von dem ihm zustehenden Verbietungsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen. Verträge jedoch, durch welche ein ausschließliches, ein absolutes Recht begründet wird, wie insbesondere das Verlagsrecht, sind als (immateriell-) dingliche Belastungen des Autorguts zu konstruieren (vgl. zu § 9 VerlG.). Ihre Begründung ist daher eine „Verfügung" im technischen Sinne über das Autorgut, zu einer solchen ist aber der Nießbraucher nicht berechtigt.

§§ 9, 11. a) **RG. 69** 242. Der Veranstalter eines Lesezirkels, der den Zeitschriften Annoncen beiheftet, verstößt dadurch nicht gegen die §§ 9, 11 G. Der Gedankeninhalt der Zeitschrift wird durch die Beiheftung nicht geändert. **b)** Ebenso SächsOLG. **29** 78 ff.

§ 10. 1. *Kahn, Zwangsvollstreckung in das Urheberrecht. Die Einwilligung ist nur zur Verwertung erforderlich, den Pfändungsbeschluß erläßt das Gericht ohne weiteres. Die Einwilligung ist keine Weisung an den Vollstreckungsbeamten, sondern ist ein privatrechtlicher Dispositionsakt, sie verwandelt ein unpfändbares Recht in ein pfändbares. — Verhältnis bei Miturhebern. Bei Miturhebern nach §§ 4 u. 5 LitUrhG. (bzw. 6. u. 7 KunstschG. von 1907) kann gegen jeden einzelnen gepfändet werden, natürlich nur mit seiner Einwilligung und soweit ihm das Urheberrecht zusteht. Bei Miturhebern nach § 6 (bzw. § 8) und bei Miterben kann nur mit Zustimmung aller gepfändet werden. — Vollstreckung gegen andere Rechtsnachfolger als Erben ist freigegeben. Insbesondere das Verlagsrecht ist ohne weiteres pfändbar. Ist es nach § 28 d VerlG. übertragbar, so kann die Verwertung durch Verkauf erfolgen; ist es nicht übertragbar, so ist nur Verwaltung möglich. Ist es nur mit Zustimmung des Verfassers übertragbar, so ist es auch nur mit dieser Zustimmung pfändbar. Im Gegensatze zum Verleger kann der Pfändungsgläubiger den Verfasser nicht auf Erteilung der Zustimmung verklagen. — Verwertung. Keine Überweisung an Zahlungsstatt, da das Autorrecht keinen bestimmten Nennwert hat, vielmehr hat das Gericht „besondere Anordnungen" zu erlassen. Überweisung zur Einziehung ist nicht angängig, da mit dem Überweisungsbeschlusse das Verfahren bereits beendet wäre, und der Urheber keine Einwendungen und Dritte keine Widerspruchsklage erheben könnten. Letzteres ist nur bis zur Beendigung des Verfahrens zulässig, und dieser Zeitpunkt tritt erst dann ein, wenn die Anordnungen des Gerichts vollständig ausgeführt sind. — Ein zukünftiges Urheberrecht ist nur pfändbar, wenn ein Rechtsverhältnis oder eine Grundlage vorhanden ist, die das Entstehen desselben in nahe Aussicht bringt.

2. Lehmann, Der Einfluß des Konkurses auf Unterlassungsansprüche, BuschsZ. **38** 77 u. 79. Willigt der Urheber in die Einbeziehung seines Urheberrechts zur Konkursmasse, so verliert er selbstverständlich auch den Unterlassungsanspruch.

§ 11. 1. Urheberrecht an Vertrauensbriefen (vgl. oben Anhang zu § 12 BGB., Ziff. IV). **a)** ThürBl. **34** 272, GewRschutz **08** 129 (Jena). Das sachliche (materielle) Interesse, das in der vom Gesetze gegebenen Rechtsform des subjektiven Urheberrechts geschützt werden soll, ist nach § 11 G. vom 19. Juni 1901 das Interesse des Urhebers, selbst das Werk zu vervielfältigen und gewerbsmäßig zu verbreiten. Soll an einem Vertrauensbrief ein Urheberrecht begründet erscheinen, so müssen besondere Umstände ersichtlich sein, die darauf hinweisen, daß im Zeitpunkte der Niederschrift jenes rechtlich zu schützende Interesse an Vervielfältigung oder gewerbsmäßiger Verbreitung für den Briefschreiber in Frage kommen konnte. Daher liegt bei Briefen,

die den Charakter höchster Intimität tragen, das materielle Interesse des Schreibers nicht auf urheberrechtlichem Gebiete, es kann also das Bestehen eines subjektiven Urheberrechts an solchen Briefen nicht anerkannt werden (vgl. hierzu OLG. Jena, GewRschutz **08** 330). — Gegen die Ansicht des Gerichts wendet sich Allfeld, Veröffentlichung von Briefen, DJZ. **08** 1297 ff. Nicht allen denkbaren Briefen, sondern nur einem kleinen Teile davon kann urheberrechtlicher Schutz zukommen. Es scheiden aus nicht nur diejenigen Briefe, welche lediglich Dinge des täglichen Lebens, Tatsachen familiärer oder geschäftlicher Natur einfach mitteilen oder über solche Dinge in formloser Weise sich verbreiten, sondern auch solche, die gelegentlich tiefere Gedanken zum Ausdrucke bringen, vielleicht scharfsinnige Urteile, geistreiche Bemerkungen enthalten, aber eine formgebende Tätigkeit, durch die ein zusammenhängendes Ganzes, eine gewisse eigentümliche Ordnung geschaffen würde, vermissen lassen. Briefe dieser Art sind vom urheberrechtlichem Schutze ausgeschlossen, mögen sie vom einfachsten Manne aus dem Volke oder von einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Größe herrühren..... Ist aber das Erfordernis einer individuellen sprachlichen Formgestaltung erfüllt, so zählen schriftliche Äußerungen deshalb, weil sie in der Form von Briefen erscheinen, nicht minder als andere solche Geistesprodukte zu den Schriftwerken und damit zu den Gegenständen des Urheberrechts. Das soeben aufgestellte Kriterium ist also das einzige, das für die Schutzfähigkeit eines Briefes maßgebend ist. Indem das OLG. Jena ein weiteres Erfordernis aufstellt, verkennt es das Wesen des Urheberrechts. — Das **RG. 69** 401 hat jenes Urteil des OLG. Jena vom 6. November 1907 aufgehoben; es bezeichnet die Auffassung des OLG. über das Urheberrecht an Briefen als rechtsirrtümlich. Für den Charakter der Briefe als urheberrechtlicher Erzeugnisse ist es ohne Bedeutung, ob der Verfasser zur Zeit der Niederschrift ein erkennbares Interesse an ihrer Vervielfältigung und gewerbsmäßigen Verbreitung gehabt hat, ob er die Briefe in solcher Vorstellung geschrieben hat oder ob sich der Zweck der Niederschrift in der Mitteilung an den Adressaten erschöpfe. Der urheberrechtliche Schutz von Briefen, auch von Vertrauensbriefen, hat keine anderen Voraussetzungen als der von anderen Schriftwerken. Der Grund zum urheberrechtlichen Schutze kann nur in einer objektiven, inneren Eigenschaft des Schriftwerkes gefunden werden. Erforderlich ist auch bei Briefen, daß sie sich als eine individuelle Geistesschöpfung, als Ausfluß einer individuellen geistigen Tätigkeit darstellen. Daher genügt es nicht, daß sie wegen des darin enthaltenen Tatsachenmaterials als historische Urkunden, insbesondere als Belege für den Charakter und die Lebensschicksale des Verfassers allgemein interessant und literarisch verwertbar sind. Unter Ausscheidung des etwaigen historischen oder biographischen Interesses ist vielmehr zu fragen, ob sie auch, abgesehen von den bekundeten Tatsachen und als Erzeugnisse eines beliebigen Verfassers, literarisch bedeutsam sein würden. Diese literarische Bedeutung, die den Urheberschutz begründet, kann beruhen auf einem originalen Gedankeninhalte; sie kann aber auch beruhen auf einer künstlerischen Formung, die auch reinen Vertrauensbriefen ohne originalen Gedankeninhalt vermöge der besonderen Anmut und Kraft des Stiles einen ästhetischen Reiz und literarischen Wert verleiht. **b)** *Burckas aaO. (vgl. Ziff. 2 zu § 1). Die Person des Trägers des Urheberrechts an Briefen und Briefsammlungen bestimmt sich nach allgemeinen urheberrechtlichen Grundsätzen. Es ist also der Briefschreiber oder Sammler berechtigt. Hervorzuheben ist, daß durch Übersendung und Empfang eines Briefes das Urheberrecht, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht übergeht (Literaturangabe 56/7). Der Empfänger des Briefes hat, selbst wenn er für den Brief anregend gewirkt hat, kein Miturheberrecht daran (Literatur 156). Dem Briefempfänger steht kein Einspruchsrecht gegen die literarische oder sonstige Verwendung der an ihn gerichteten Briefe zu. Einschränkend wirken hier nur §§ 826, 226 BGB., 185 ff., 300 StGB.

2. DJZ. **08** 344 (AG. Berlin-Mitte [rechtskräftig]). Die Widmung eines Ge-

dichts und die damit verbundene Übersendung an den Bedachten bedeutet nicht eine Übertragung der Urheberrechte an den Empfänger.

3. Schulz, LeipzZ. **07** 770 ff. Aus der dogmatischen Anschauung des Gesetzes, daß es sich beim Abschlusse des Verlagsvertrags um eine „Übertragung des Urheberrechts" handle, kann nicht geschlossen werden, daß der Verleger als sog. Rechtsnachfolger des Verfassers dieselben Rechte habe wie der Verfasser. Der Verfasser beauftragt mit der Vervielfältigung und Verbreitung, welche die Sache eines gewerblichen Berufsstandes geworden ist, einen Angehörigen dieses Standes. Das Urheberrecht bleibt bei dem Verfasser zurück, oder seine Ausübung wird beschränkt durch das Verlagsrecht des Verlegers. — Unter „sonstigen Schranken" sind nur Schranken gemeint, die der Verfasser dem Verleger setzt und die dann vom Verleger aus auf dessen Abnehmer weiter wirken und keine anderen. Sortimenter, Reisebuchhändler, Kolporteure usw. leiten ihr Recht der gewerbsmäßigen Weiterverbreitung vom Verleger ab und können es nur innerhalb der Grenzen ausüben, die diesem von dem Verfasser gezogen worden sind. Virtuell ist Vervielfältigung und gewerbsmäßige Verbreitung vom Gesetze dem Verfasser (Urheber) zugesprochen worden, obwohl er nicht gewerbsmäßiger Händler ist; aktuell entsteht das Recht erst bei diesem, dem Verleger, gemäß dem Auftrage des ursprünglich Berechtigten durch die Übergabe des Werkes. Schranken der gewerblichen Verbreitung muß der Verfasser vor der Verbreitung, der Regel nach im Verlagsvertrage, treffen, wenn sie urheberrechtlichen Schutz genießen sollen. Der Verleger kann mit urheberrechtlicher Wirkung „zeitliche, örtliche und sonstige Schranken", die der Verfasser hinsichtlich der Verbreitung ihm selbst nicht gesetzt hat, nicht Dritten setzen, die unmittelbar oder mittelbar Exemplare in berechtigter Weise erworben haben. Vertragsmäßig kann der Verleger diese Dritten binden, aber nicht urheberrechtlich. Auch Satzungen eines buchhändlerischen Vereins können nur solche obligatorische Wirkung haben. Die Aufrechterhaltung des Ladenpreises kann weder der Verfasser dem Verleger als eine der „sonstigen Schranken" für die gewerbliche Verbreitung des Werkes durch Dritte setzen, noch kann es der Verleger mit urheberrechtlicher Wirkung seinen Abnehmern.

4. v. Tuhr, Schutz des Verlegers gegen Dritte, die das Buch unter dem Ladenpreise verkaufen, DJZ. **07** 412 ff. Wenn es auch richtig ist, daß § 11 sich nur auf die Befugnis bezieht, das Werk zuerst in den Verkehr zu bringen, so kann man doch Dritte hindern, das Buch unter dem Ladenpreise zu erwerben. — Hierzu Rietschel, DJZ. **07** 412 ff.; vgl. auch den Bericht von Lenel, DJZ. **07** 458.

§ 12. SächsRpflA. **08** 296, GewRschutz **08** 183, MschutzuWettbew. **7** 210 (Dresden). Hat der ausländische Dichter eines Operntextes (Carmen) dessen Übersetzung erlaubt, so hat er nicht nur dem Übersetzer gegenüber, sondern eventuell auch gegen jedermann auf seine Urheberbefugnisse betreffs der Benutzung des Urtextes in Form der erlaubten Übersetzung verzichtet (Carmen-Übersetzung).

§ 13. Melodie. GewRschutz **08** 247 (LG. Leipzig). Der Schutz des § 13 Abs. 2 erstreckt sich nur auf Melodien, nicht auf Motive und Themen. Die Herübernahme einer Melodie kommt, da sie nur im ganzen erfolgen kann, meist einer Ausbeutung fremder Tonwerke gleich, während durch Neubearbeitung eines Motivs oder Themas eine völlig neue eigentümliche Schöpfung hervorgebracht werden kann. — In demselben Sinne sprechen sich Neftel, Zur Auslegung des § 13 LitUrhG., DJZ. **07** 1079 f., und Waller, Zur Auslegung des § 13 LitUrhG., DJZ. **08** 136, aus.

§ 15. RG. (Straff.) **41** 401. Eine unzulässige Vervielfältigung liegt schon dann vor, wenn das Werk ohne Einwilligung des Berechtigten auch nur in einem Exemplar abgeschrieben wird. Vervielfältigung zu persönlichem Gebrauche kann nicht in Frage kommen, wenn das Abschreiben in der Absicht geschieht, die Abschrift anderen

zu deren Gebrauch, überdies zur gewerblichen Verwertung und zur Veröffentlichung durch Druck zu überlassen. Die unzulässige Vervielfältigung ist strafbar, auch wenn der Täter nicht die Absicht hatte, daraus eine Einnahme zu erzielen.

§ 18. 1. Allfeld, Urheberrecht an Rezensionen, DJZ. **08** 527 ff. Aus Zeitschriften dürfen Rezensionen, die über den Begriff der Tagesneuigkeiten hinausgehen, ohne Einwilligung des Berechtigten nicht abgedruckt werden. Abdruck von Rezensionen aus Zeitungen ist erlaubt, wenn die Rezensionen nicht mit einem Vorbehalte der Rechte versehen oder als „Ausarbeitung wissenschaftlichen Inhalts" zu betrachten sind.

2. **RG.** GoltdA. **55** 228. Berichte über Gerichtsverhandlungen können den Charakter von Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts annehmen.

§ 19. 1. **RG.** GoltdA. **55** 318. § 19 enthält Ausnahmen von dem Nachdrucksverbote solcher Schriftwerke, Vorträge oder Reden, die urheberrechtlichen Schutz genießen. Unter die in Nr. 2 erwähnten „Aufsätze" fallen auch Ausarbeitungen wissenschaftlichen Inhalts, und zwar ist die Wiedergabe der vollständigen Aufsätze, wenn sie von geringem Umfange sind, zulässig.

2. Gedichtsammlung. **a)** SächsRpflA. **08** 299, GewRschutz **07** 303 (Dresden). Wenn eine Gedichtsammlung (Anthologie) als Schulbuch gelten soll, muß sich dies aus ihrem inneren und ihrem äußeren Charakter (d. h. aus der Auswahl und aus der Ausstattung) ergeben. **b)** SächsRpflA. **08** 89 (Dresden). Im Rahmen einer Gedichtsammlung (Anthologie) dürfen wohl einzelne Gedichte eines Autors, an denen ein Verlagsrecht besteht, erscheinen, doch ist nach Lage des Falles, wenn die Sammlung eine große Zahl solcher Gedichte enthält (68 Geibelsche), der Anspruch des Verlegers auf Vernichtung des fraglichen Buchteils und auf Schadensersatz begründet.

§ 22. Phonograph. **a)** Meinhardt, Der Phonograph im Urheberrechtsgesetze vom 19. Juni 1901, GewRschutz **08** 67 ff. Durch den Phonographen wird nicht nur ein Vortrag des Tonwerkes, sondern zugleich das darin enthaltene Tonwerk selbst wiedergegeben. Daher ist die Wiedergabe durch den Phonographen als eine Vervielfältigung des Tonwerkes selbst anzusehen. — Der Schlußsatz des Satz 2 im § 22 ist auf Phonographen nicht anzuwenden. **b)** GewRschutz **08** 307 (KG.). Das Grammaphon fällt nicht unter § 22 Satz 2. **c)** Dagegen Staedel, Die mechanischen Musikwerke und der Phonograph, GewRschutz **08** 225 ff.

§ 28. Vgl. oben zu § 5.

§ 38. 1. **RG.** (Straff.) **39** 108. Wer den vom Urheber bestimmten buchhändlerischen Ladenpreis nicht einhält, kann nicht deshalb aus § 38 Nr. 1 LitUrhG. bestraft werden.

2. **RG.** GoltdA. **55** 321. Der Redakteur eines Beiblatts, der ohne Mitwissen des Verlegers und des Chefredakteurs die Aufnahme eines gesetzwidrigen Artikels anordnet, ist mittelbarer Täter im Sinne des § 38 Nr. 1. — Die Einwilligung des Verlegers kann die nach dem Gesetze nötige Einwilligung des Verfassers zum Nachdrucke nicht ersetzen.

3. Veranstalter. **a) RG.** SächsRpflA. **08** 483, R. **08** II Ziff. 2527. Läßt der Wirt oder Besitzer eines Vergnügungslokals oder eines Restaurants in seinen Räumen eine regelmäßige Unterhaltungsmusik aufführen, ist er es, dem die wirtschaftlichen Vorteile zufließen, der die Musiker bezahlt und der sogar zu bestimmen oder mitzubestimmen hat, welcherlei Stücke gespielt werden sollen, so wird er in der Regel als Veranstalter der Aufführungen zu gelten haben. Ob und inwieweit auch als Veranstalter jeder Einzelaufführung bestimmter Stücke, das hängt von den besonderen Umständen jedes Falles ab. **b) RG.** (Straff.) **41** 287. Als Veranstalter und Täter im Sinne des § 38 Nr. 2 ist anzusehen, wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen und ohne Einwilligung des Berechtigten die öffentliche Aufführung eines geschützten Werkes der Tonkunst bestimmt und ange-

ordnet hat, wer also durch sein Verhalten bewirkt, daß das Werk unberechtigt zu öffentlichem Gehöre gebracht wird. Bestimmt und angeordnet wird aber die unbefugte Aufführung insbesondere von dem, der die dargestellten, gesetzlich geschützten Werke auswählt. Demgemäß kann ein Konzertunternehmer, auch wenn er mit der künstlerischen Leitung der Musikaufführungen nicht befaßt ist, als „Aufführer" angesehen werden. **c) RG.** R. **08** II Ziff. 3506. Wer nur nach der Bestimmung eines anderen, wenn auch allein, ein Werk spielt oder singt, ist nicht Aufführender oder Veranstalter der Aufführung. Bei einem Bühnenwerke ist regelmäßig der Bühnenleiter, der den Spielplan festsetzt, der Täter, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Aufführung einen Vorteil bringt. Nicht der Regisseur oder der Schauspieler sind in der Regel als Täter anzusehen.

4. **RG.** (Straff.) **39** 152, JW. **07** 798, GewRschutz **07** 304. Auch wer nur einen Teil des Manuskripts eines anderen vervielfältigt (z. B. als Motto einer Gedichtsammlung), macht sich strafbar, wenn dieser Teil im Verhältnisse zu dem ganzen Werke des anderen irgendwie erheblich ist.

5. **RG.** R. **07** Ziff. 3751. Ohne Einfluß auf die Feststellung eines rechtswidrigen Eingriffs in ein fremdes Urheberrecht ist, ob dem Urheber durch den Eingriff Schaden erwächst. Wenn der Urheber mit der eingreifenden Handlung einverstanden ist, liegt Rechtswidrigkeit nicht vor. Doch wird der Täter, wenn er auch glaubt, daß aus dem Eingriff Schaden für den Urheber nicht entstehen könne, nicht schon deshalb ohne weiteres das Einverständnis des Urhebers voraussetzen dürfen.

§ 44. RG. (Straff.) **41** 349. Die Bestimmung des § 44 ist nicht anwendbar, wo § 18 Abs. 2 in Frage kommt. Die Vorschrift über die Angabe der Quelle im Abs. 1 des § 18 kann sich der Natur der Sache nach nur auf Artikel beziehen, deren Abdruck das Gesetz gestattet. Wo der Abdruck ohne Einwilligung des Berechtigten unzulässig ist, wie in den Fällen des § 18 Abs. 2, kann das Gesetz nicht vorschreiben, daß der Abdruck mit Quellenangabe zu erfolgen habe.

Ausland: ÖstUrhG. § 36. GewRschutz **08** 153 (OLG. Wien). Die Übertragung von Teilen eines Tonwerkes auf Grammophonplatten ist als eine Vervielfältigung dieser Teile des Werkes anzusehen. Jedoch fällt die Anfertigung und der öffentliche Gebrauch von Grammophonplatten unter die Ausnahmebestimmungen des § 36 UrhG. und bildet daher nicht einen Eingriff in das musikalische Urheberrecht. — Durch Entsch. des Obersten Gerichtshofs gebilligt; GewRschutz **08** 354. — Hierzu Eisenmann aaO.

Gesetz über das Verlagsrecht.

Vom 19. Juni 1901.

Vorbemerkung: S. Vorbem. z. LitUrhG. vom 19. Juni 1901.

§ 1. 1. *Hacker, HoldheimsMSchr. **06** 219. Der Verlagsvertrag ist ein obligatorischer Vertrag; streng von ihm zu unterscheiden ist die Begründung des Verlagsrechts als (immateriell-)dingliche Einigung.

2. *Coulin, JheringsJ. **52** 473. Der Verlagsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag; als prinzipale Vertragsverpflichtung des Verlegers statuiert er Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes; die Verbreitung, die durch Vermittelung des Sortimentsbuchhandels und der Kritik erfolgt, kann daher nicht als aus dem Erwerbe des Verlagsrechts abgeleitete, mit dem Gebrauchsrechte verbundene Treupflicht konstruiert werden (aA. Kohler, Autorrecht 290 f., Enzyklopädie I 625).

§ 9. *Hacker, Nießbrauch an Prämienpapieren 104. Das Verlagsrecht ist eine immateriell-dingliche Belastung des Autorguts. Nach dem korrekteren Sprachgebrauche des BGB. wäre daher § 9 VerlG. zu formulieren gewesen:

Zur Begründung des Verlagsrechts an einem Werke ist erforderlich, daß der Urheber das Werk an den Verleger abliefert und beide darüber einig sind, daß das Verlagsrecht begründet werden soll (vgl. § 929 BGB.). Das Verlagsrecht entsteht durch Einigung und Übergabe.

§ 14. *Coulin, JheringsJ. **52** 482. In dem Verlagsvertrage verpflichtet sich der Verleger gegenüber dem Urheber, den generell bezeichneten oder stillschweigend nach der Übung gekennzeichneten Schriftleitungen unverzüglich nach Abschluß der Vervielfältigung des Werkes unentgeltich Exemplare in üblicher Zahl am Wohnort oder dem Orte der gewerblichen Niederlassung derselben mit der Auflage, zugunsten des Urhebers und des Verlegers Besprechungen des Werkes in ihrer Zeitschrift herbeizuführen, und zwar so zuzuwenden, daß die Zuwendung lediglich um der Aufnahme willen erfolgt; es liegt demnach ein Versprechen der Leistung an einen Dritten unter einer Auflage zugunsten des Versprechensempfängers und des Versprechenden vor. Im Verhältnisse zwischen Verleger und Schriftleitung der besprechenden Zeitschrift erscheint der Urheber als Dritter im Sinne von § 330 Satz 2 1. Halbs. BGB.; dagegen kann er nicht als Dritter im Sinne des § 527 Abs. 2 BGB. betrachtet werden, da er die Versendung der Besprechungsexemplare insofern veranlaßt hat, als er seinerseits im Verlagsvertrage die Gegenleistung dafür, das Werk, übernommen hat. — „Zweckentsprechend" heißt den Zwecken des Werkes entsprechend und nicht etwa den wirtschaftlichen Interessen des Verlegers entsprechend (476). — Verleger und Urheber sind hinsichtlich des Rezensionsexemplars Gesamtgläubiger einer unteilbaren Leistung, der Veröffentlichung einer Besprechung in der betreffenden Zeitschrift oder Zeitung (483).

§ 21. **RG.** (Straff.) **39** 114. Die Bestimmungen des § 21 VerlG. sind lediglich vertragsrechtlicher Natur, d. h. sie gehören kraft des Gesetzes ohne besondere Vereinbarung zum Inhalte des Verlagsvertrags, können aber von den Vertragsteilen auf Grund der allgemeinen Vertragsfreiheit beliebig abgeändert werden.

§ 22. 1. Schaefer, Welche Grundsätze kommen bei Bestimmung der „Angemessenheit" von Autorenhonorare im Sinne des § 22 Abs. 2 VerlG. in Betracht? GewRschutz **07** 301 f. Wenn der Schriftsteller die Höhe des zu zahlenden Honorars von einer zu treffenden „Vereinbarung" abhängig gemacht hat, kommt nicht der Honorarsatz, der für Arbeiten wie die in Rede stehenden auch sonst vom Verleger gezahlt wird, in Betracht. Es sind dann neben den objektiven Verhältnissen (Art und Umfang der Arbeit) auch diejenigen zu berücksichtigen, die sich bei dem einzelnen Schriftsteller für die Honorierung seiner Arbeiten tatsächlich ausgebildet haben. Hat der Verlag die Arbeit angenommen, kann er sie bei der Ermittelung des angemessenen Honorars nicht nachträglich als minderwertig wirksam bemängeln.

2. Hilse, Kann durch die Feststellungsklage ein von dem verletzten Schriftsteller beantragtes Strafverfahren gegen den Verfasser beseitigt werden? GewRschutz **08** 285 f. Der Verleger kann nicht durch Erhebung der Feststellungsklage das vom Verfasser beantragte Strafverfahren wegen rechtswidrigen Nachdrucks von sich abwenden.

§ 28. **RG.** **65** 40, JW. **07** 116, GewRschutz **07** 273, R. **07** Ziff. 535. Das Verlagsrecht besteht auch an einem von der Behörde eingezogenen und vernichteten Werke fort.

§ 31. SächsRpflA. **08** 391, MschutzuWettbew. 8 60 (Dresden). Der Autor hat ein zum Verlage im allgemeinen brauchbares sowie ein im allgemeinen mit dem gehörigen Fleiße ausgearbeitetes Werk zu liefern und offenbare Ungenauigkeiten zu vermeiden; eine durch Schuld des Autors offenbar unbrauchbare Arbeit kann nicht als gehörige Erfüllung des Verlagsvertrags gelten.

§ 41. **RG.** **68** 49, JW. **08** 251, DJZ. **08** 481, R. **08** II Ziff. 2089. Das Recht des Verlegers an einem Zeitschriftenunternehmen kann nicht als Urheber- oder Ver-

lagsrecht bezeichnet werden. Das Verlagsunternehmen, das ein urheberrechtlich geschütztes Werk betrifft, setzt den Erwerb des Urheber- oder Verlagsrechts durch den Verleger voraus. Wird das Unternehmen veräußert, so ist nicht ein Urheber- oder Verlagsrecht, sondern der Betrieb selbst Gegenstand der Veräußerung.

Anhang.

GewRschutz **08** 355 (LG. Leipzig). „Herstellungskosten" des Verlegers einer Komposition sind die Kosten für Stich, Druck, Papier, Falzen und Heften, aber nicht die Kosten bei der Herausgabe des Werkes (Vertriebskosten, Annoncenkosten u. dgl.

Internationaler Urheberrechtsschutz.

I. Pariser Übereinkunft.

1. Lemke, Kann die Priorität auf Grund des Unionsvertrags nur von der ersten Anmeldung abgeleitet werden? GewRschutz **07** 262 ff. Es ist kein Grund vorhanden, der zu der Annahme zwänge, daß ein Prioritätsrecht nur von der ersten Unionsanmeldung abgeleitet werden könnte, und es ist nicht einzusehen, warum man ohne Not dem Unionsvertrag in dieser Hinsicht eine einschränkende Auslegung geben sollte, zu der sein Wortlaut durchaus nicht nötigt.

2. Landenberger, ZIndR. **2** 241 ff., erörtert die Frage der Unionspriorität.

3. BernIVZ. **40** 565, GewRschutz **07** 396 (PolK. in Bern). Ist in einem Vertragsstaate die Führung eines Warenzeichens, das lediglich oder in der Hauptsache ein öffentliches Wappen darstellt, gesetzlich erlaubt, so besteht darum noch nicht ein Anspruch auf Eintragung dieses Zeichens in einem anderen Vertragsstaate, nach dessen Gesetz die Eintragung eines Wappens als Warenzeichen verboten ist.

4. **RG.** PBl. **08** 226, MschutzuWettbew. **7** 209. Ein ausländisches Warenzeichen ist im Inlande nur dann geschützt, wenn die Förmlichkeiten und Bedingungen des inländischen Gesetzes erfüllt sind (in Deutschland § 23 WarenZG.).

5. PBl. **07** 10 (PA.). Solange in dem der Union angehörenden Heimatsstaate das Eintragungsverfahren noch schwebt, kann eine innerhalb der Unionsfrist eingerechte Warenzeichenanmeldung wegen Mangels des Heimatsschutzes nicht abgewiesen werden.

6. **RG. 64** 304, JW. **07** 20, PBl. **07** 166, GewRschutz **07** 136, **08** 103, DJZ. **07** 186, ZIndR. **1** 44. Art. 28 des Handelsvertrags zwischen dem Zollverein und Frankreich vom 2. August 1862 ist durch den Beitritt des Deutschen Reichs zur Pariser Übereinkunft vom 20. März 1883 nicht aufgehoben worden, sondern gilt weiter für das ganze Reich. — Hierzu Goslich, GewRschutz **08** 98 ff.

7. Michaelis, England, Amerika, Australien und die Nicht-Unionsberechtigten, GewRschutz **08** 322 ff.

8. Chartreuse. a) **RG.** PBl. **08** 249, MschutzuWettbew. **7** 207. Das RG. hat den Anspruch des französischen Liquidators auf Übertragung der für den Treuhänder der Karthäuser Mönche eingetragenen Chartreuse-Marken abgewiesen, weil das französ. VereinsG. vom 1. Juli 1901 sich als ein Polizeigesetz charakterisiert und daher die Inhaberrechte an den deutschen Marken nicht berühren kann. b) Fuld, Die Marke „Chartreuse", GewRschutz **07** 334 ff. Die in Tarragona domizilierten Karthäuser Mönche sind ungeachtet ihrer Ausweisung aus dem Bezirke Frankreichs, der mit ihrer Ordensbezeichnung im engsten Zusammenhange stand, berechtigt, den von ihnen hergestellten Likör als Chartreuse zu bezeichnen. c) Wassermann, Der Kampf um die Chartreuse-Marken, MschutzuWettbew. **7** 107 ff. d) GewRschutz

08 187, MschutzuWettbew. 8 36. Die im Jahre 1903 aus Frankreich ausgewiesenen Karthäuser Mönche, die seitdem in Spanien „Chartreuse“ herstellen, sind auch in England mit ihren Ansprüchen gegen den französischen Liquidator durchgedrungen.

II. Berner Übereinkunft.

1. PBl. **08** 262, DJZ. **08** 1108, ZIndR. **2** 203 (KG.). Französische Staatsangehörige genießen für Erzeugnisse des Kunstgewerbes, die in Deutschland nicht als Geschmacksmuster geschützt sind, nicht den Schutz des älteren KunstschG. vom 9. Januar 1876. Die Berner Übereinkunft betrifft nur Werke der Literatur und Kunst. Für die Frage, was ein Werk der Kunst sei, entscheidet nicht der Umstand, daß ein Werk des Kunstgewerbes ästhetisch als Kunstwerk anzusehen, sondern ob es juristisch als Objekt des Kunstschutzes oder des Gewerbemusterschutzes zu betrachten ist. Maßgebend hierfür ist nicht das Recht des Ursprungslandes, sondern das deutsche Recht. — (Die Revision gegen dieses Urteil ist wegen ungenügender Höhe des Streitwerts vom RG. verworfen worden.)

2. GewRschutz **08** 333 ff., Die Ergebnisse der Berliner Urheberrechtskonferenz. Ferner Daude, Die Ergebnisse der Berliner internationalen Konferenz zur Revision der Berner Übereinkunft, DJZ. **08** 1313 ff.

3. GewRschutz **08** 188 (High Court of Justice). In England muß der Eigentümer des Urheberrechts bei einer musikalischen Komposition, der das ausschließliche Recht der öffentlichen Aufführung zu genießen wünscht, gemäß der Copyright Act. 1882 auf dem Titelblatt einer jeden Kopie den entsprechenden Vorbehalt in englischer Sprache drucken lassen, und zwar trotz der Berner Übereinkunft.

4. Deutsch-französischer Literarvertrag vom 8. April 1907, GewRschutz **07** 274 (Wortlaut). — Hierzu Röthlisberger, Der neue deutsch-französische Literarvertrag vom 8. April 1907 und seine Auslegung, Gew. Rschutz **08** 33 ff. — Daude, Das neue deutsch-französische Literarabkommen, DJZ. **07** 646 f.

III. Verschiedenes.

1. Deutsch-österreichischer Staatsvertrag vom 30. Dezember 1899. — Hierzu Schmidl, GewRschutz **08** 147 ff.

2. Übereinkommen zwischen dem Deutschen Reich und Österreich betr. den gegenseitigen gewerblichen Rechtsschutz vom 17. November 1908, abgedruckt in GewRschutz **08** 357 ff., PBl. **08** 285.

3. Die neuen deutschen Literarabkommen mit Italien und Belgien bespricht Daude, DJZ. **08** 181 f.

4. Übereinkommen zwischen dem Deutschen Reiche und Rußland, betr. den gegenseitigen Markenschutz in China, vom 1. Februar 1907, PBl. **07** 128.

5. Osterrieth, Der Schutz deutscher Urheber in den Vereinigten Staaten, GewRschutz **08** 310 ff.

6. Vertrag zwischen dem Deutschen Reiche und Großbritannien über den gegenseitigen Markenschutz in China, PBl. **08** 202.

7. Vertrag zwischen Dänemark und Schweden, Deklaration vom 19. Juni 1908 über den gegenseitigen Musterschutz, PBl. **08** 203.

8. Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Japan, Vertrag vom 19. Mai 1908 über den gegenseitigen Urheberrechtsschutz in China, PBl. **08** 203, 258.

9. Vertrag zwischen Frankreich und Salvador zum gegenseitigen Schutze des gewerblichen Urheberrechts vom 24. August 1903, PBl. **08** 6 f.

10. Vertrag zwischen Frankreich und Rußland über den Markenschutz in China, PBl. **07** 151.

11. Vertrag zwischen Italien und Rumänien vom 22. November/5. Dezember 1906 über die Verlängerung des Markenschutzvertrags von 1903, PBl. **07** 151.

12. Vertrag zwischen Dänemark und Italien über gegenseitigen Musterschutz vom 11. Juli 1907, PBl. **07** 202.

13. Vertrag zwischen Dänemark und den Vereinigten Staaten über den Markenschutz in China, PBl. **07** 232.

14. Vertrag zwischen Bulgarien und Frankreich betr. Markenschutz vom 5. Januar 1907, PBl. **08** 130 f.

15. Vertrag zwischen Dänemark und Belgien, Frankreich, Italien betr. den gegenseitigen Markenschutz in China, PBl. **08** 131.

16. Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Großbritannien betr. den gegenseitigen Markenschutz in Marokko, PBl. **08** 131.

17. Vertrag zwischen Belgien und Dänemark über den gegenseitigen Musterschutz vom 22. April 1907, PBl. **07** 209 f.

18. Vertrag zwischen Frankreich und Portugal über den Markenschutz in China, PBl. **07** 210.

19. Vertrag zwischen den Vereinigten Staaten und Dänemark über den Markenschutz in China, PBl. **07** 210.

20. Vertrag zwischen Italien und Bulgarien über gegenseitigen Markenschutz vom 13. Januar 1906, PBl. **07** 210.

21. Vertrag zwischen Italien und Nicaragua über gegenseitigen gewerblichen Rechtsschutz vom 25 Januar 1906, PBl. **07** 210.

Börsengesetz.

Literatur: Schweyer, Der Börsenverkehr und seine gesetzliche Regelung, Hirths Ann. **02** 81. — Thorwart, Zum Börsengesetze. Volkswirtschaftliche Zeitfragen. Heft 135 (Jahrg. 17 Heft 7). 1896. (Enthält eine ausführliche Kritik der hauptsächlichsten Bestimmungen des Börsengesetzentwurfs.) — Wiedenfeld, Die Börse in ihren wirtschaftlichen Funktionen und ihre rechtliche Gestaltung vor und unter dem Börsengesetze. 1898. — Kommentare von Apt-Trumpler-Weißbart (5. Aufl. 1909), von Hemptenmacher (2. Aufl. 1908), von Rehm-Trumpler-Dove-Neukamp-Schmidt-Ernsthausen und Breit (1909). — Im übrigen siehe die Literatur zu den einzelnen Paragraphen.

§ 1. 1. Der Begriff Börse. **a)** Wiener, Der Begriff Börse, DJZ. **97** 149. „Man wird eine Börse als vorhanden ansehen dürfen, wenn an einem Platze des Großhandels an bestimmter Stelle eine sich regelmäßig an jedem Wochentag oder in anderen kurzen Zeitabschnitten wiederholende Zusammenkunft vielfach von Händlern und Handelsvermittlern eines bestimmten Handelszweigs zum Zwecke des Abschlusses von Handelsgeschäften in fungibler, nicht zur Stelle gebrachten Ware stattfindet, wenn die Angebote und Nachfrage hauptsächlich an dieser Stelle stattfinden und wenn die Gestaltung der Preise, die hier erfolgt, innerhalb eines weiteren Gebiets für die Preise bestimmend ist oder doch den Ausgangspunkt bildet." Das Vorhandensein von Börseneinrichtungen, einer Börsenorganisation oder einer offiziellen Kursnotierung ist nicht erforderlich. Die Versammlungen des „Vereins Berliner Getreide- und Produktenhändler" sind daher als Börse anzusehen. Dagegen ist die in den Räumen des Berliner Börsengebäudes stattfindende sog. Frühbörse als Markt anzusehen. **b)** Pfleger, HoldheimsMSchr. **98** 123. Die Börse ist eine regelmäßig (meist täglich) an einem bestimmten Orte zu einer bestimmten Tageszeit stattfindende Zusammenkunft von Großkaufleuten eines Handelsplatzes und Hilfspersonen des Großhandels zum Zwecke des Abschlusses von Handelsgeschäften in generell bestimmten Wertpapieren oder typenmäßig gehandelten Waren. **c)** Ruhland, Der Begriff Börse und die Aufhebung des börsenmäßigen Getreidetermin-

handels, DJZ. **97** 121. Wo Börsentermingeschäfte abgeschlossen werden, liegt eine Börse vor; wo nur effektive Warengeschäfte abgeschlossen werden, ist ein Markt gegeben. Die freie Vereinigung im Feenpalast ist eine Börse im Sinne von § 1; das Wesen der im Feenpalast zum Abschlusse kommenden Geschäfte ist das von Börsentermingeschäften. **d)** Wiedenfeld aaO. Für den Begriff der Börse ist die Veröffentlichung von Preisnotierungen wesentlich. **e)** Cohn, Der Begriff der Börse und die Zulässigkeit freier kaufmännischer Vereinigungen, DJZ. **97** 73, verneint die Frage der Zulässigkeit der freien Vereinigungen, die sich als Surrogate der bisherigen Produktenbörse gebildet haben, befürwortet aber eine Politik der friedlichen Vereinbarungen mit diesen. **f)** Katz, Der Prozeß Feenpalast wider Polizeipräsident, DJZ. **98** 35, resumiert den Inhalt des in dieser Sache ergangenen Erkenntnisses des Bezirksausschusses zu Berlin vom 20. November 1897. **g)** Goldenbaum, Auflösung und Wiederherstellung der Berliner Produktenbörse, SchmollersJ. **24** 219.

2. Die Genehmigungspflicht. Jastrow, Die Bedeutung des staatlichen Genehmigungsrechts für kaufmännische Börsen, DJZ. **97** 209. Nach Artt. 29 f. PrV. ist eine Versammlung oder ein Verein von Händlern zum Zwecke des Handels ohne weiteres gestattet. § 1 BörsG., der dem früheren Art. 3 § 1 EGHGB. vom 24. Juni 1861 entspricht, will diese Verfassungsbestimmung nicht etwa zum Nachteile der Börsenversammlungen abändern, sondern bedeutet lediglich, daß nicht genehmigte Börsenversammlungen die Vorrechte einer Börse im Sinne des Gesetzes nicht genießen. Ein staatliches Verbot der Versammlungen im Feenpalast oder ein Verlangen, für diese Versammlungen eine behördliche Genehmigung einzuholen, erscheint demnach unstatthaft.

3. Börsenaufsicht der Handelsorgane. **a)** Apt, Erlaß des preußischen Handelsministers vom 7. März 1897 zur Regelung der Aufsicht über die Berliner Börse, HoldheimsMSchr. **97** 183. **b)** Fuchs, Handelskammer und Börse, DJZ. **02** 441, führt auf Grund der bisherigen Börsenordnung und der Statuten der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin den Nachweis, daß der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin eine ausschließliche Börsengerechtsame privatrechtlicher Natur zustehe. Die Berliner Börse sei auch heute noch eine Vereinigung der Korporation der Kaufmannschaft, und die Übertragung der Aufsicht an die Handelskammer Berlin, wie sie auf Grund des HKG. § 44 Abs. 5 in der Fassung der Novelle vom 2. Juni 1902 erfolgt ist, unzulässig. — Dagegen Meyerstein aaO. 482. Die Aufsicht der Staatsregierung über die Börse gemäß § 1 ist ein Hoheitsrecht der Landesregierung. Die unmittelbare Aufsicht des Handelsorgans ist ein Bestandteil des staatlichen Aufsichtsrechts und daher öffentlich-rechtlicher Natur. **c)** Dove, HoldheimsMSchr. **03** 233, begründet die rechtliche Zulässigkeit der Übertragung der Aufsicht über die Berliner Börse an die Handelskammer.

4. Aufsicht über Kündigungsbureaus. **a)** Pfleger, Welche Befugnisse stehen der Landesregierung als Börsenaufsichtsbehörde gegenüber den Börsenorganen, Kündigungsbureau, Liquidationskassen rc. zu? HoldheimsMSchr. **99** 137. **b)** Wiedenfeld aaO. 6. Das Aufsichtsrecht der Landesregierungen gegenüber den auf den Börsenverkehr bezüglichen Einrichtungen und Anstalten, wie Kündigungsbureaus rc., ist gegenstandslos, da ein Recht, Statutenänderungen zu verlangen, die Auflösung zu erzwingen rc., nicht besteht.

§ 2. Begriff der Börsenorgane. **a)** Wiedenfeld, HoldheimsMSchr. **98** 185. Börsenorgane sind diejenigen Organe, die unmittelbar an der Verwaltung der Börse teilzunehmen bestimmt sind, wie Börsenvorstand, Zulassungsstelle, Sachverständigenkommission, Schiedsgericht, Kursmäkler. Nicht z. B. Mäklerbanken. Die aufsichtsführenden Handelsorgane sind insoweit, als sie lediglich die Aufsicht führen und nicht auch Verwaltungsbefugnis ausführen, keine Börsenorgane.

b) Pfleger, HoldheimsMSchr. **99** 137. Der Staatskommissar ist kein Börsenorgan. Er ist den Börsenorganen weder über- noch unter- noch nebengeordnet. Unter Börsenorganen sind Börsenvorstand und Börsenaufsichtsbehörden zu verstehen (vgl. auch das. **98** 302 Börsenverfassung, insbesondere Börsenorgane).

§ 4. 1. Von wem ist die Börsenordnung zu erlassen? Anschütz, HoldheimsMSchr. **03** 299. Die Börsenordnung ist vom Unternehmer der Börse zu erlassen (vgl. auch VerwA. **11** 541 ff.).

2. Vertretung der Landwirtschaft im Börsenvorstande. Oswald, Landwirtschaft und Börsenvorstand, DJZ. **97** 269. Weder nach dem BörsG., noch nach dem § 2 LwKG. vom 30. Juni 1894 besteht eine Verpflichtung der Landesregierung, eine Mitwirkung der Landwirtschaftskammern bei der Verwaltung und der Preisnotierung der Produktenbörsen einzuführen.

§ 9. a) Apt, HoldheimsMSchr. **01** 7. Vf. des preuß. Handelsministers vom 4. März 1888: Das Ehrengericht stellt eine Einrichtung der Börse dar, und demgemäß sind die Kosten, die durch Errichtung und Tätigkeit des Gerichts entstehen, von derjenigen Stelle zu tragen, der im übrigen die Kosten der Börsenverwaltung zufallen (in Berlin die Kasse der Korporation der Kaufmannschaft). b) Apt, HoldheimsMSchr. **02** 134. Entsch. der BerK. des Ehrengerichts vom 21. Januar 1898: Die BerK. ist berechtigt, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils die Sache zur anderweitigen Entscheidung in die Vorinstanz zurückzuverweisen.

§ 28. a) Kisch, Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht, RheinZ. **1** 13 ff. Bestimmungen der Börsenordnungen und besondere Schiedsgerichtsordnungen können wegen ZPO. § 1026 die Börsenbesucher nicht zur Unterwerfung unter die Börsenschiedsgerichtsbarkeit verpflichten. b) BankA. **5** 189 (Karlsruhe). Der Eintritt in die Mitgliedschaft einer Börse enthält noch keine wirksame vertragsmäßige Vereinbarung der in der Börsenordnung normierten Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts; wohl aber kommt eine solche Vereinbarung für jedes einzelne Geschäft bei Abschluß desselben stillschweigend kraft Handelsgebrauchs zu stande. c) **RG.** 25. 4. 05, BankA. **4** 156. Die in den Geschäftsbedingungen eines Bankiers enthaltene Schiedsgerichtsklausel ist nicht als selbständiger Vertrag anzusehen, sondern Bestandteil der von den Parteien demgemäß abgeschlossenen Einzelgeschäfte und daher unwirksam, soweit die Geschäfte selbst auf Grund des BörsG. unwirksam sind. Der Einwand der Unzuständigkeit des Börsenschiedsgerichts geht nicht dadurch verloren, daß der Beklagte nach Verwerfung des Einwandes zur Sache weiter verhandelt, ohne sich den Einwand ausdrücklich vorzubehalten. d) Regelsberger, Die rechtliche Bedeutung der sog. Geschäftsbedingungen der Bankiers für die Kontokorrentverträge, BankA. **5** 169, widerspricht der Ansicht des RG., als ob die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Schiedsgerichtsklausel sich als Bestandteil der auf Grund der Bedingungen abgeschlossenen Einzelgeschäfte darstelle. Die Bestimmung ist vielmehr als besonderer Vertrag anzusehen und unter der Voraussetzung des § 1026 ZPO. rechtswirksam.

§ 29. a) Richter, Zur Kursfeststellung an der Berliner Börse, BankA. **6** 8, führt bezüglich der Ausweichekurse aus: Liegt weder ein Angebot noch eine Nachfrage im Augenblicke der Kursermittelung vor, oder liegen Angebot und Nachfrage sehr weit auseinander, so wird ein Strich notiert. Mit einer Ausdehnung der Strichnotiz auch auf diejenigen Fälle, wo entweder nur ein Angebot oder nur eine Nachfrage in der ungefähren Höhe des letzten Kurses vorliegt, ist den Interessen des Publikums und der Besitzer der Papiere nicht gedient. Eine zuverlässige Notiz kann dadurch hergestellt werden, daß von limitierten Posten ein kleiner Betrag abgezweigt wird und dieser bestens gekauft oder verkauft wird. b) HoldheimsMSchr. **97** 366 (LG. Frankfurt a. M.). Die Kursmäkler sind verpflichtet, ihre Firmen behufs Eintragung in das Handelsregister anzumelden. c) Riesenfeld, HoldheimsMSchr.

98 10. Die Kursmäkler sind als Kaufleute verpflichtet, ihre Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen.

§ 30. a) Freund, HoldheimsMSchr. **97** 225. Unter „die näheren Bestimmungen über die Bestellung und Entlassung der Kursmäkler" fällt auch die Regelung der Verteilung der Geschäfte unter die Kursmäkler. Die Bestimmung, wonach die Mäklerkammer bei der Verteilung der Geschäfte unter die Kursmäkler gutachtlich zu hören ist, stellt nur das Mindestmaß der ihr einzuräumenden Rechte dar. b) Dagegen Apt, HoldheimsMSchr. **97** 303. Die Anschauung Freunds ist unrichtig. Wenn die Berliner Mäklerordnung der Mäklerkammer die Geschäftsverteilung überträgt, so stellt sich dies als Eingriff der Landesregierung in das Selbstverwaltungsrecht der Börse dar. c) Dove, Eine neue Mäklerordnung für die Berliner Börse, BankA. **5** 281.

§ 32. BankA. **5** 166 (HK. Berlin, beschlossen am 19. Februar 1906). Auch an der Börse noch nicht eingeführte Wertpapiere dürfen von Kursmäklern, welche künftig bei der amtlichen Feststellung ihres Börsenpreises mitzuwirken berufen sind, nicht für eigene Rechnung erworben werden.

§ 34. Heilborn, Die Kursmäkler als Versteigerer, BankA. **2** 189. Für Preußen kommen in Betracht die Vorschriften des Handelsministers vom 10. Juli 1902 über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen sowie über den Geschäftsbetrieb der Versteigerer. Die Kursmäkler, die zu Versteigerungen von Großhandelswaren oder Wertpapieren ermächtigt sind, unterstehen, sofern sie sich auf den Abschluß des Kaufes oder Verkaufs beschränken, diesen Vorschriften nicht. Gegenteiliger Ansicht ist der Handelsminister in seinem Bescheid an die HK. Breslau vom 13. Februar 1903.

§ 36. 1. Aufgaben der Zulassungsstelle. a) Thorwart, Die Zulassung von Wertpapieren an der Börse, BankA. **1** 6. Die Zulassungsstelle hat lediglich die Aufgabe, die formelle Prüfung des Prospekts vorzunehmen. Sie hat nicht die Pflicht und ist nicht dazu befugt, in eine materielle Prüfung einzutreten. b) Dove, BankA. **4** 177. Die Zulassungsstelle hat nicht die Aufgabe die Richtigkeit der im Prospekt enthaltenen Angaben zu prüfen, soweit nicht etwa die Vorlegung der beizubringenden Urkunden Veranlassung dazu gibt. Eine Vertagung der Entscheidung ist nur aus formell-geschäftlichen Ursachen zulässig. Eine Verpflichtung der Zulassungsstelle, die Einhaltung der vom Emissionshaus übernommenen Verbindlichkeiten zu überwachen, besteht nicht. Die Veröffentlichung von Auszügen aus dem gehörig veröffentlichten Prospekt ist zulässig. Im Falle der Prospektbefreiung bleibt die Prüfungspflicht dahin bestehen, ob durch die Emission nicht allgemeine Interessen geschädigt werden oder sie zu einer Übervorteilung des Publikums führt. Die Entscheidung der Beschwerdeinstanz gemäß § 36 ist endgültig. Eine Abänderung dieser Entscheidung ist unstatthaft. c) Meyer, Aus welchen Gründen darf die Zulassungsstelle Emissionen ablehnen? BankA. **7** 325, wendet sich gegen die Ansicht von Hemptenmacher und Apt, Kommentar zum BörsG., wonach die Zulassungsstellen auch aus anderen als den im § 36 Abs. 3 c vorgesehenen Gründen Emissionen ablehnen können. Dieser Ansicht widerspricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, sie würde ferner zur Rechtsunsicherheit führen und den Zulassungsstellen die Verantwortung bezüglich der Bonität der zugelassenen Wertpapiere aufschieben. d) Heinemann, HoldheimsMSchr. **04** 15. Die Bestimmung, wonach Emissionen nicht zuzulassen sind, welche offenbar zu einer Übervorteilung des Publikums führen, ist unklar und widersinnig. Der Zulassungsstelle fehlt die Möglichkeit, zu beurteilen, ob und wann eine Übervorteilung vorliegt. Die Bestimmung würde eine Prüfung des Emissionspreises erforderlich machen, zumal die Prüfung des Tatsachenmaterials bei der Emission durch § 36 Abs. 3 a und b vorgeschrieben ist.

2. Sperrzeichnungen. a) Wermert, Börsensperre, HirthsAnn. **07** 418 ff. Der Verkauf gesperrter Wertpapiere verstößt nicht gegen die Sperrverpflichtung, wenn der Käufer die Papiere unter der Bedingung, die Stücke bis zur festgesetzten Zeit nicht auf den öffentlichen Markt zu bringen, übernimmt. Deshalb kann dem marktgängigen Umsatze von Sperrstücken nicht gewehrt werden, weshalb der freie Markt für gesperrte Papiere an der Börse gesetzlich zulässig ist und keinen verbotenen Terminhandel darstellt. b) Herz, HoldheimsMSchr. **03** 33. Der Emittent ist berechtigt, jedem Zeichner so viel oder so wenig, als er will, auf die Zeichnung zuzuteilen. Der Zeichner hat das Recht, zu verlangen, daß der ganze Vertrag zum Umlaufe gelangt. c) Dagegen Müller, Konzert- und Sperrzeichnung, BankA. **2** 149. Durch Vorziehung der Zeichnung auf Sperrstücken seitens des Emittenten wird irgendwelches Recht anderer Zeichner nicht beeinträchtigt. d) Höchberg, Sperrstücke, BankA. **6** 241. e) Zur Frage, ob die Bestimmung des bisherigen Gesetzes, „der Prospekt muß den Betrag, welcher vorläufig vom Verkehr ausgeschlossen ist, ersichtlich machen", auch auf Sperrstücke anwendbar ist, vgl. Sontag, HoldheimsMSchr. **01** 163.

3. Zulassung von Kuxen zum Börsenhandel. a) Arndt, Über die rechtliche Statthaftigkeit und die Bedingungen der Zulassung der Kuxe zum Börsenhandel, BankA. **5** 89. Ob Kuxe zum Börsenhandel zugelassen werden können, ist in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse von der Zulassungsstelle zu prüfen. Voraussetzung ist u. a., daß es sich um 1000 oder mehrteilige Kuxe handelt und die Firma oder Gewerkschaft in das Handelsregister eingetragen ist. b) Trumpler, HoldheimsMSchr. **05** 249. Die Bekanntmachung des Bundesrats vom 11. Dezember 1896, betr. die Zulassung der Wertpapiere zum Börsenhandel, findet auf Kuxe sinngemäße Anwendung. c) Heinitz, DJZ. **05** 396 ff. Wenn im § 50 Abs. 2 BörsG. der Terminhandel in Anteilen von Bergwerksunternehmungen untersagt wird, so können solche Unternehmungen zwar auch von AG. betrieben werden; es erscheint indes nicht ausgeschlossen, daß unter Anteilen von Bergwerksunternehmungen nicht in erster Linie Kuxe verstanden sein sollten, und daraus ergibt sich, daß die Absicht der §§ 38, 42 nicht darauf gerichtet sein kann, schlechthin die Möglichkeit des Börsenhandels für Kuxe zu beseitigen. Wenn das Gesetz mit Bezug auf die Zulassung von Wertpapieren gewisse Erfordernisse aufstellt, die für Kuxe nicht zutreffen können, weil diese nicht auf einen bestimmten Betrag lauten, so folgt daraus nicht etwa, daß die Zulassung von Kuxen zum Börsenhandel dem Gesetze zuwiderlaufen würde. d) Heinitz, DJZ. **05** 895 ff. Obgleich zur Übertragung von Kuxen die Aushändigung des Kuxenscheins nicht genügt, sondern eine schriftliche Willenserklärung — nicht aber ein bloßes Indossament — erforderlich ist, ist die Eigenschaft der Kuxe als Wertpapier als feststehend anzusehen. e) Gold, DJZ. **05** 958. Die Frage, ob die Zulassung von Kuxen zum Börsenhandel möglich ist, ist durch die Bekanntmachung des Reichskanzlers, betr. die Feststellung des Börsenpreises von Wertpapieren, vom 28. Juni 1898 (RGBl. 915) in bejahendem Sinne entschieden.

§ 38. a) Apt, HoldheimsMSchr. **97** 183. Erl. des preuß. Handelsministers vom 27. Februar 1897: Die Bekanntmachung des Bundesrats, betr. die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, findet nicht bloß auf erstmalige Zulassungen, sondern auch auf Kapitalserhöhungen Anwendung. b) Dove, HoldheimsMSchr. **00** 217. Bei Kapitalsherabsetzung von AG., deren Aktien zum Börsenhandel zugelassen sind, bedarf es nicht eines neuen Prospekts.

§ 40. Mauer, Die Kompetenzbeschränkung der Börsen-Zulassungsstelle, BankA. **7** 120, wendet sich gegen die Zweckmäßigkeit der Bestimmung des § 40, durch welche die Zulassungsstelle bei den dort angeführten Wertpapieren im Falle der Prospektbefreiung ausgeschaltet ist.

§ 41. Wermert, Emissionen ohne Kursnotiz, HirthsAnn. **07** 420 ff. Die Beseitigung des Sperrjahrs durch die Emissionsfirmen, welche die Wertpapiere vor der Zulassung zum Börsenhandel beim Publikum ohne Garantie einer demnächstigen Börsennotierung unterbringen, kann nur durch ein Verbot des Handels mit nicht zugelassenen Papieren an der Börse geheilt werden, da nach § 41 BörsG. ein entsprechender Verkehr an der Börse, selbst wenn die Zulassung der Effekten verweigert worden ist, gestattet ist.

§ 42. Jakobsohn, Der Handel per Erscheinen, BankA. **1** 163. Insoweit die Wertpapiere nicht zur öffentlichen Zeichnung aufgelegt werden, ist eine amtliche Notierung der Geschäfte per Erscheinen zulässig. Die Geschäfte per Erscheinen charakterisieren sich als Zeitgeschäfte.

§ 45. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **04** 253. Die Haftung für unrichtige Angaben in einem Prospekt erfordert einen ursächlichen Zusammenhang zwischen jenen Angaben und dem Erwerbe der Wertpapiere. **b) RG.** 25. 2. 05, BankA. **4** 188. a) Ein Schadensersatzanspruch gegen den Emittenten wegen Unrichtigkeit des Prospekts kann außer auf § 45 BörsG. auch auf allgemeine Grundsätze des bürgerlichen Rechtes gestützt werden. Auch in diesem Falle kann sich der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Prospekt und der Aktienanschaffung aus der durch den Inhalt des Prospekts bei dem Publikum allgemein hervorgerufenen Stimmung für die emittierten Papiere ergeben. b) Der § 45 BörsG. stellt für das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen der Unrichtigkeit des Prospekts und dem Schaden des Erwerbers des Papiers keine unwiderlegliche Vermutung auf, fordert vielmehr einen realen Zusammenhang, der freilich auch ein Zusammenhang der oben bezeichneten Art sein kann. c) Der Emittent kann sich dem gegen ihn erhobenen Schadensersatzanspruche gegenüber nicht darauf berufen, daß zur Zeit des Ankaufs der Papiere der Schaden des Käufers nicht so groß gewesen sei, wie zur Zeit der Klagerhebung und daß der nachträgliche Schaden durch Wiederverkauf auf Dritte hätte abgewälzt werden können. **c)** Wermert, Prospekthaftung, HirthsAnn. **07** 416 ff. Die Emissionsfirma haftet für den Prospekt, auch wenn sie nur den Antrag auf Zulassung zum Börsenhandel stellt und den Prospekt nicht unterzeichnet. Das Schriftstück wird nämlich erst durch die Stellung des Antrags zum Prospekte, weshalb es die Emissionsfirma ist, die ihn erläßt. Um eine gegenteilige Praxis zu verhindern, soll die Zulassungsstelle gemäß § 36 Abs. 3 c BörsG. die Emissionsfirma zwingen, nicht bloß den Antrag auf Zulassung, sondern den Prospekt selbst mit zu vollziehen.

§ 46. a) **RG.** 2. 5. 00, DJZ. **00** 421. Auf Grund des § 45 kann der Besitzer der Wertpapiere als Schadensersatz nicht nur die Herauszahlung einer Kursdifferenz, sondern auch die Herauszahlung des vollen Kaufpreises nebst Zinsen gegen Rückgabe der Wertpapiere verlangen. Dem steht § 46 Abs. 2 nicht entgegen, da dieser nur eine facultas alternativa zugunsten des Schadensersatzpflichtigen enthält. Der Besitzer der Wertpapiere ist weder berechtigt noch verpflichtet, einer Vergrößerung des Schadens durch Verkauf der Wertpapiere vorzubeugen. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **00** 255. Auf Grund des § 43 kann der Erwerber als Schadensersatz auch Erstattung der Wertminderung verlangen, welche sich gegenüber dem Erwerbspreise nach Aufdeckung der unwahren Angaben im Prospekt ergibt. Der Besitzer ist verpflichtet, nach erlangter Kenntnis von der Unrichtigkeit der Prospektangabe dem Verpflichteten seine Ansprüche mitzuteilen und ihm auf diese Weise Gelegenheit zu geben, von dem Rechte der Übernahme der Papiere Gebrauch zu machen. **c)** Oppenheimer, Eine Frage zur Reform des BörsG., DJZ. **03** 319. Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegen das Emissionshaus ist an den Besitz der betreffenden Wertpapiere geknüpft. Da die Besitzer der Wertpapiere im Falle einer Entwertung diese regelmäßig zu veräußern pflegen, hat die Bestimmung keine erhebliche praktische Bedeutung. O. befürwortet eine Änderung des Gesetzes, wonach

die Schadensersatzforderung jedem zusteht, der auf Grund der unrichtigen Angaben im Prospekte gekauft hat und hierdurch geschädigt worden ist.

§§ 50 ff. I. Allgemeines. a) Adler, Zum Rechte des Termingeschäfts, ABürgR. **17** 132. b) Ring, JLBl. **97** 101.

II. Die Gestaltung des Geschäftsverkehrs unter dem Einflusse des BörsG. vom 22. Juni 1896. 1. Knipper, Der Berliner Effektenhandel unter dem Einflusse des BörsG. von 1902. Nach Inkrafttreten des BörsG. entwickelte sich in den Bergwerks- und Industriepapieren, in denen das Termingeschäft verboten war, das sog. Großkassageschäft, welches in Mindestbeträgen von nom. 15 000 M. abgeschlossen wurde und für welches an Stelle des Einheitskurses feste Kurse im freien Verkehre notiert wurden. Im Verkehre mit den Mäklerbanken wurden in gleichen Werten sog. Kassakontokorrentgeschäfte oder Kontogeschäfte abgeschlossen, wobei die Erfüllung wie beim Termingeschäft am Ultimo stattfand, der Käufer aber mit dem Kaufpreis in laufender Rechnung belastet wurde, vom Abschlußtage an Zinsen vom Kaufpreise zu bezahlen hatte, während ihm andererseits die Stückzinsen von diesem Tage an zugute kamen. Im Kommissionsverkehre wurden an Stelle von Börsentermingeschäften sog. handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte auf Grund des HGB. bzw. des § 326 BGB. beschlossen und zwar entweder Fixgeschäfte oder Geschäfte mit einer Nachfrist von 2—3 Börsentagen.

2. Sind die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte als Börsentermingeschäfte im Sinne des Abschn. IV anzusehen. a) Apt, HoldheimsMSchr. **00** 144. Eingabe des Börsenhandelsvereins und der Bank für Handel und Industrie vom 2. Januar 1897 an den preuß. Handelsminister betr. die Frage, ob die auf Grund der vorgelegten „Bedingungen für Lieferungsgeschäfte in Wertpapieren" abzuschließenden Geschäfte von der Börse ausgeschlossen seien. b) Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte im § 66 BörsG. von 1899. c) Rießer, Die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte (1900), führt gegenüber den Entsch. des RG. vom 12. Oktober 1898 und vom 28. Oktober 1899 den Nachweis, daß die nach Inkrafttreten des BörsG. von den Banken im Verkehre mit ihrer Kundschaft abgeschlossenen handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte nicht unter die Bestimmungen des BörsG. fallen. d) Dernburg, Bürgerliches Recht II 23. Für handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte ist das BörsG. nicht anwendbar. e) Freund, Der Börsenterminhandel in Effekten nach den Bestimmungen des BörsG., HoldheimsMSchr. **97** 37, 172. f) Bondi, Über Börsentermingeschäfte im Sinne des BörsG. und Geschäfte in Wertpapieren mit bestimmter Lieferungszeit nach HGB., HoldheimsMSchr. **97** 133. g) Beheim, Zum Begriffe des Börsentermingeschäfts, HoldheimsMSchr. **99** 134. h) Fleck, Die Börse und das RG., HoldheimsMSchr. **99** 157; das. **00** 103, Der Stand der Streitfrage über den Börsenterminhandel. i) Heinemann, Ist die Legaldefinition des Börsentermingeschäfts (§ 48 BörsG.) eine Wesensvoraussetzung der Registereintragung? HoldheimsMSchr. **99** 235. k) Derselbe, Der Börsenterminhandel und das RG., nebst einer kurzen Darlegung der kammergerichtlichen Rechtsprechung (1900). l) Derselbe, Das Verbot des Terminhandels und das RG., HoldheimsMSchr. **02** 13.

3. Rechtsnatur der Kontogeschäfte. a) Apt, HoldheimsMSchr. **00** 89. Äußerung der Ältesten der Kaufmannschaft vom Mai 1897, des Staatskommissars und Börsenvorstandes vom Dezember 1899 und des Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg vom Februar 1900 betr. die Rechtsnatur der sog. Kontogeschäfte. b) Derselbe, HoldheimsMSchr. **00** 89. Äußerung der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin vom Februar und Mai 1897 betr. Bedeutung der Kursnotizen im freien Verkehre.

III. Schriften zur Reform des BörsG. 1. a) Riesenfeld, Der Mißerfolg des Börsenregisters, HoldheimsMSchr. **98** 157. b) Heinemann, Das fundamentale Prinzip des Börsenregisters und die Aufgabe der Gesetzgebung, HoldheimsMSchr. **00** 245. c) Derselbe, Die gesetzgeberische Behandlung der Novelle zum BörsG., HoldheimsMSchr **04** 145. d) Dove, Die Vorschläge zur Revision des BörsG., DJZ. **00** 425. e) Derselbe, Zur Revision des BörsG. Eine Erwiderung, HoldheimsMSchr. **02** 129. f) Freund, Zur Reform des BörsG., DJZ. **00** 784, wendet sich gegen die Angriffe auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung und das Börsenregister, befürwortet aber eine Reform des BörsG. besonders dahin, daß das Anerkenntnis einer Schuld aus ungültigen Börsentermingeschäften wirksam ist. g) Rießer, Die Notwendigkeit einer Revision des Börsengesetzes (1901). h) Apt, Das BörsG. und seine Reform, ABürgR. **19** 211 ff. Gegen Übertragung der Geschäftsverteilung an die Mäklerkammer. Befürwortet die Ausdehnung der Zuständigkeit des Ehrengerichts auf alle Firmen, welche gewerbsmäßig Börsen- und Bankgeschäfte betreiben, auch wenn sie die Börse nicht besuchen. i) Staub, Der Kernpunkt der Börsenreform, DJZ. **01** 441. „Der Kernpunkt der Börsenreform ist die Sicherung der Sicherheiten." k) Sontag, Zur Reform des BörsG., HoldheimsMSchr. **01** 29. l) Laband, Die Novelle zum BörsG., DJZ. **04** 273. m) Derselbe, Die Änderung des BörsG., BankA. **7** 81. n) Nußbaum, Die Novelle zum BörsG., Kritik und Vorschläge (Berlin 1904). o) Heilbrunn, Die Reform des BörsG. (1904). p) Pinner, Die Revision des BörsG. (1904). q) Schmidt-Ernsthausen, Der Entwurf der BörsG.-Novelle, HoldheimsMSchr. **05** 125. r) Neukamp, Zum 10jährigen Jubiläum des BörsG., BankA. **6** 67, 81, gibt einen Rückblick über die Rechtslage, welche sich auf Grund des BörsG. und der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ergeben haben, schildert die Wirkung des BörsG., wendet sich gegen Fels, Eschenbach und Seeler und weist auf Verhandlungen anläßlich des PrG. vom 1. Juni 1860 hin, durch welche das Terminhandelsverbot aufgehoben wurde. s) Derselbe, Die Novelle zum BörsG., BankA. **7** 209. t) Damme, Die Landwirtschaft und ihr Interesse an der Reform der Effektenbörse, BankA. **6** 149. u) Düringer, Zur Reform des BörsG., BankA. **6** 161, bespricht die Rechtsprechung des RG. betr. die Ausdehnung des Begriffs der Börsentermingeschäfte, den Differenz- und Registereinwand und äußert sich über den Entwurf von 1904 und 1906 zur Reform des BörsG. v) Helfferich, Zur Revision des BörsG., BankA. **6** 293, bespricht die schädliche Wirkung des BörsG., die wirtschaftliche und politische Notwendigkeit einer leistungsfähigen Börse und macht Vorschläge zur Reform des Gesetzes. w) Wildhagen, Der 3. Entwurf zur Börsengesetznovelle, DJZ. **07** 1273. x) Laband, Der neue Entwurf der Börsengesetznovelle, DJZ. **07** 16. y) Düringer, Zur Börsengesetznovelle, BankA. **7** 113.

2. Gegen eine Reform des Gesetzes sprechen sich aus: a) Wilcke, Zum BörsG., DJZ. **01** 325, bezieht sich auf die Anschauung Cosacks (Gutachten für den 22. DJT. **3** 98), wonach die große Mehrzahl der Zeitgeschäfte reine Differenzgeschäfte seien. Die Beseitigung des § 764 würde eine ungerechtfertigte gesetzliche Privilegierung des in Form von Differenzgeschäften gekleideten Spieles bedeuten. b) Fels, JW. **01** 876. Der Bankier tritt bei Aufträgen seiner Kundschaft zum Abschlusse von Börsengeschäften als Selbstkontrahent ein, ohne seinerseits zur Ausführung des Auftrags oder zu seiner Deckung an der Börse ein entsprechendes Geschäft abzuschließen. c) Dagegen Pinner, DJZ. **02** 37, Staub, DJZ. **02** 44; Pfleger, BankA. **1** 73, Trumpler, HoldheimsMSchr. **02** 61, Müller, BankA. **3** 23. d) Eschenbach, Zur Revision des BörsG., Preußische Jahrbücher **116** 116 ff. e) Dagegen Wittner, BankA. **3** 125. f) von Seeler, Die Novelle zum BörsG. (1904), spricht sich gegen die Revision des Gesetzes aus.

3. Über Registereinwand und Betrug. a) Schmidt-Ernsthausen, Registereinwand vor dem Strafrichter, BankA. 4 161 ff. Wenn eine im Börsenregister nicht eingetragene Person einen Bankier zur Annahme und Ausführung eines Auftrags zum Abschlusse von Börsentermingeschäften veranlaßt und hierbei ihre Absicht, beim Fehlschlagen der Spekulation den Registereinwand zu erheben, verschweigt, so liegt strafrechtlich Betrug, zivilrechtlich arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB. und Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 BGB., event. auch Verstoß gegen die guten Sitten vor. Der Absicht, den Registereinwand zu erheben, steht die Absicht, den Differenzeinwand, den Spieleinwand oder den auf ein Börsenterminhandelsverbot gestützten Rechtsbehelf geltend zu machen, gleich. b) Liszt, Der Registereinwand und der Tatbestand des Betrugs, BankA. 5 73. Die Ansicht von Schmidt-Ernsthausen, daß die Erhebung des Registereinwandes unter gewissen Voraussetzungen unter den Begriff des strafbaren Betrugs subsumiert werden könne, ist unzutreffend.

IV. 1. Nach der Rechtsprechung des RG. (vgl. besonders **RG. 47** 111 ff., **44** 110 f.) wurden für die Anwendung der Bestimmungen des BörsG. folgende Merkmale für wesentlich erklärt: a) Abschluß nach einheitlichen Geschäftsbedingungen. b) Abschluß zu einem festen Termine. Doch wurde angenommen, daß eine Nachfrist von zwei Börsentagen nicht angemessen sei und dem Geschäfte nicht den Fixcharakter nehme (**RG. 44** 115). Unter den Begriff des Börsentermingeschäfts fallen lediglich Fixgeschäfte; ein Börsentermingeschäft ist deshalb nicht vorhanden, wenn zwischen den Parteien die ernstliche Vereinbarung getroffen ist, daß im Verzugsfalle der nichtsäumige Teil dem säumigen eine angemessene Nachfrist gemäß BGB. § 326 zu setzen habe. (**RG.** BankA. 8 78.) c) Abschluß unter Zugrundelegung eines Börsenpreises. Börsenpreis ist der gemeine Preis, um den die betreffende Ware zu der in Betracht kommenden Zeit an der in Frage kommenden Börse gehandelt wird (**RG. 47** 113). Vollzieht sich die auf Angebot und Nachfrage beruhende Preisbildung außerhalb der Börse, so liegt kein Börsenpreis vor. Darum sind z. B. Zeitgeschäfte über Kuxe, die an der Börse nicht gehandelt werden, gültig (HoldheimsMSchr. **02** 87). Der Börsenpreis kann auch der für Kassageschäfte notierte Preis sein, sowie der Preis, der an einer anderen Börse als der, an welcher das Geschäft abgeschlossen wurde, festgestellt wird (**RG. 47** 113 f., **52** 180). Nicht erforderlich ist, daß eine Notierung des Börsenpreises erfolgt (**RG. 47** 112 f., Holdheims MSchr. **02** 87). Daß das Geschäft an der Börse abgeschlossen wurde, ist nicht erforderlich (**RG. 47** 112, JW. **02** 638 Ziff. 22). Ein Kaufgeschäft in Wertpapieren mit festbestimmter Lieferungsfrist, dessen Bedingungen von den seitens des Börsenvorstandes für den Terminhandel festgesetzten Geschäftsbedingungen wesentlich abweichen, ist kein Börsentermingeschäft, wenn es nachweislich durch effektive Abnahme der gekauften Stücke zur Erledigung kommen sollte; denn alsdann kommt eine Umgehung nicht in Frage, so daß auch nach **RG. 44** 107 ein Börsentermingeschäft nicht anzunehmen ist. HansGZ. **08**, Hptbl. 25, BankA. **7** 158.

2. Nach der Rechtsprechung des RG. wurden daher beispielsweise folgende Geschäfte den Börsentermingeschäften gleichgeachtet: a) Handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte im Effektenverkehre, die unter Ausschluß der Börsenusanzen, unter Verzicht auf Börseneinrichtungen, unter Zugrundelegung der Bestimmungen des HGB. bzw. des BGB. abgeschlossen wurden, gleichgültig, ob eine Nachfrist gewährt wurde oder nicht (**RG. 42** 43 ff., **44** 105 ff.). b) Kassakontokorrent- oder Kontogeschäfte. Nach der Rechtsprechung des RG. wurden diese Geschäfte von vornherein als Zeitgeschäfte betrachtet, wenn ein Teil von der in den Vertragsbestimmungen vorgesehenen Befugnis Gebrauch machte, durch eine sofort nach Abschluß des Geschäfts abzugebende Erklärung die Erfüllung des Geschäfts bis zum

Ultimo hinauszuschieben. Die Hinausschiebung der Erfüllung auf Ultimo wurde daher auch nicht als neues abgabepflichtiges Geschäft im Sinne des § 8 Abs. 2 StempG. angesehen (**RG. 45** 68). Unter die Bestimmungen über die Börsentermingeschäfte fallen ferner: c) Prämiengeschäfte (JW. **02** 101 Ziff. 50). d) Geschäfte, die mit der Bestimmung „fester Lieferungstermin ... und täglich" oder lieferbar „am ... oder täglich nach Käufers Wahl" oder „Abnahme täglich bis spätestens ..." abgeschlossen sind (**RG. 47** 112). Dem Rückfordernden kann nicht der Einwand entgegengehalten werden, daß die Rückforderung gegen die guten Sitten verstoße (§ 817 BGB.), oder daß die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen habe (§ 814 BGB.). In besonderen Fällen kann dieser Einwand jedoch begründet sein, z. B. wenn der Rückfordernde Kaufmann ist und durch die Rückforderung seine kaufmännische Ehre schädigen würde. Abgesehen hiervon ist aber die Rückforderung nur dann unbegründet, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war, d. h. wenn er die Nichtigkeit der Geschäfte kannte (HoldheimsMSchr. **04** 71—73). Werden dagegen Geschäfte, die nach dem BörsG. verboten sind, an ausländischen Börsen abgeschlossen, so tritt keine Nichtigkeit ein, das Geleistete kann also in diesem Falle nicht zurückgefordert werden (JW. **03** 317 Ziff. 19; vgl. BankA. **7** 188, 201, R. **08** II 283, HoldheimsMSchr. **08** 154). Auch die unwirksamen Börsentermingeschäfte sind stempelpflichtig (**RG. 49** 111 f.). e) über die an der Londoner Börse über Goldshares abgeschlossenen Kaufgeschäfte vgl. LeipzZ. **08** 326. Dagegen Arons BankA. **5** 100.

§ 53. a) Vf. des preuß. Justizministers vom 21. September 1908 (JMBl. 351), worin die Gerichte, die über Eintragung neuer Firmen und Löschung eingetragener Firmen zu entscheiden haben, auf die erhöhte Bedeutung aufmerksam gemacht werden, die § 4 HGB. infolge des BörsG. gewonnen hat. b) Düringer, BankA. **6** 161 ff., tritt bei Erörterung der in Aussicht genommenen Reform des BörsG. und der beabsichtigten Gleichstellung des Handelsregistereintrags mit dem Börsenregistereintrage dafür ein, daß die Landesregierungen von den ihnen im § 4 Abs. 3 verliehenen Befugnisse Gebrauch machen. Nur hierdurch werde der in der Praxis hervorgetretenen großen Verschiedenheit der Auffassung des Registergerichts über die Grenze des Kleingewerbes entgegengetreten und wirksame Vorsorge getroffen, daß nicht Gewerbetreibende in das Handelsregister kommen, welche keine Vollkaufleute sind und die auch das BörsG. nicht als Vollkaufleute behandeln will. Der in dem Entwurfe der Börsengesetznovelle von 1906 gemachte Vorschlag, diejenigen Gewerbetreibenden von der Börsenfähigkeit auszuschließen die einen offenen Laden haben, sei verfehlt.

§ 55. 1. a) **RG.** JW. **02** 101 Ziff. 50. Die frühere Bestimmung, wonach nur das nach völliger Abwickelung des Geschäfts Geleistete nicht zurückgefordert werden konnte, besteht nicht. Auf Grund dieser Bestimmung hatte das RG. eine vorausbezahlte Vorprämie als nicht nach völliger Abwickelung des Geschäfts geleistet für rückforderbar erachtet (vgl. **RG. 38** 237, LeipzZ. **08** 304, HoldheimsMSchr. **08** 154). b) **RG.** HoldheimsMSchr. **03** 95, JW. **02** 189 Ziff. 32. Eine Leistung liegt auch in der Aufrechnung mit einer Gegenforderung. Daher ist nach Anerkennung eines Kontokorrentsaldos eine Zurückforderung der zur Aufrechnung gestellten Beträge ausgeschlossen. Dies gilt natürlich nur soweit, als sich Debet- und Kreditposten ausgleichen. Soweit das Kontokorrent einen Passivsaldo ergibt, liegt in der Anerkennung desselben keine Leistung bzw. Aufrechnung, sondern nur ein Schuldanerkenntnis. c) **RG.** JW. **02** 189 Ziff. 32. In der bloßen Einstellung des Postens in die Kontokorrentrechnung liegt also noch keine Leistung. Einer solchen Einstellung kann der Schuldner auch widersprechen, denn die aus dem Kontokorrentverhältnisse sich ergebende Verpflichtung, sich die Einstellung des einzelnen Rechnungspostens gefallen zu lassen, bezieht sich nicht auf unwirksame Posten. d) **RG.** HoldheimsMSchr. **03** 94, JW. **03** 434, **04** 76. Rührt der Passivsaldo

aus einer Kontokorrentrechnung, in die sowohl unwirksame wie wirksame Forderungen eingestellt sind, so ist das Anerkenntnis des Passivsaldos nur zu dem Betrage wirksam, welcher sich ergibt, wenn der Teil abgezogen wird, der wegen der unwirksamen Forderungen hinfällig ist. Dabei ist davon auszugehen, daß durch die Aufrechnung, deren Ergebnis der Saldo ist, jeder Kreditposten als verhältnismäßig getilgt anzusehen ist. **e)** **RG.** JW. **03** Beil. 35. Das Saldoanerkenntnis bedarf, auch wenn es von seiten des Schuldners kein Handelsgeschäft ist, mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 782 BGB. nicht der Schriftform. **f)** **RG.** JW. **02** 369 Ziff. 34. Eine Leistung liegt auch vor, wenn der Schuldner die Schuld mit dem Gelde bezahlt, das er zu diesem Zwecke von einem Dritten geliehen hat. Keine Leistung liegt dagegen vor, wenn verabredet wird, daß der Schuldner seine Schuld als Darlehen des Gläubigers behalten oder das von dem Gläubiger als Darlehen erhaltene Geld in demselben Augenblicke dem Gläubiger zur Bezahlung der Schuld zurückgeben soll (vgl. R. **08** II 143). **g)** **RG.** DJZ. **03** 81. Eine Leistung liegt vor, wenn Depots mit Einverständnis des Hinterlegers zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers realisiert werden, dagegen nicht, wenn auf Grund der übergebenen Depots Vorschüsse gegeben und dieselben gegen die Verluste aufgerechnet werden. **h)** **RG.** R. **08** II 382, HoldheimsMSchr. **08** 154. „Keine Leistung zur Erfüllung", sondern lediglich eine Sicherheitsbestellung liegt vor, wenn bei einem Börsentermingeschäft der Käufer vor dem Stichtag dem Bankier erklärt, er wünsche das Geschäft nicht zu prolongieren und ihn ersucht, die Stücke aufzunehmen, für ihn in Depot zu behalten und den Kaufpreis seinem Konto zu belasten, und der Bankier dann diesen Auftrag ausführt. Darin, daß der Bankier nach dem Auftrage des Kunden die Effekten abgenommen und den Kunden mit dem Kaufpreise belastet hat, kann die Eingehung eines neuen und selbständigen Depot- und Lombardvertrages, aus dem eine rechtsgültige Forderung erwachsen sei, nicht erblickt werden. **i)** **RG.** 28. 5. 02, **51** 359. Keine Leistung liegt ferner in der Hingabe eines vom Schuldner akzeptierten Wechsels. Der Gläubiger ist jederzeit verpflichtet, den Wechsel dem Schuldner zurückzugeben. **k)** **RG.** DJZ. **03** 526, HoldheimsMSchr. **04** 27. Ein Unterschied zwischen Hingabe eines Wechsels zahlungshalber (Kumulation) und an Zahlungsstatt (Novation) wird nicht mehr gemacht, sondern auch bei Hingabe an Zahlungsstatt eine unwirksame Vereinbarung zur Erfüllung (§ 762 Abs. 2 BGB.) angenommen. **l)** **RG. 51** 359 ff. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht als Akzeptant, sondern als Indossant haftet, z. B. wenn der Schuldner den auf einen Dritten gezogenen Wechsel an den Gläubiger indossiert. Ist dagegen aus dem Wechsel ein Dritter dem Gläubiger als Akzeptant, Indossant usw. verpflichtet, so ist dessen Verpflichtung gültig (vgl. § 762 Abs. 2 BGB.), vorausgesetzt natürlich, daß sie nicht akzessorischer Natur ist. Aber auch dann, wenn der Schuldner den von ihm akzeptierten Wechsel von einem gutgläubigen Erwerber eingelöst hat, liegt nicht immer eine wirksame Leistung vor. Hat der Gläubiger den Wechsel weiterbegeben, um dem Schuldner den Einwand aus § 66 Abs. 1 abzuschneiden, so hat er (der Gläubiger) gegen die guten Sitten verstoßen und ist daher nach § 812 BGB. schadensersatzpflichtig. Aber auch wenn er ohne diese Absicht den Wechsel weiterbegeben hat, so ist die Rückforderung begründet, weil diese nur bei freiwilliger Leistung des Schuldners ausgeschlossen ist (vgl. dagegen **RG.** 25. 4. 00, **47** 50 f.). **m)** In der neueren Rechtsprechung des RG. ist dieser Grundsatz dahin modifiziert: Der Schuldner kann die an den Dritten — freiwillig oder gezwungen — geleistete Zahlung des Wechsels von dem Gläubiger nur zurückfordern, wenn er vorher von diesem die Herausgabe des Akzepts verlangt hat, da anderenfalls die Zahlung dem Gläubiger gegenüber als freiwillige anzusehen ist (DJZ. **03** 526, HoldheimsMSchr. **04** 27).

2. Zur Frage der verhältnismäßigen Aufrechnung im

Kontokorrentverkehre. a) Müller, BankA. 3 88. Die Theorie der verhältnismäßigen Aufrechnung stößt auf praktisch unüberwindliche Schwierigkeiten, z. B. wenn der im Kontokorrent enthaltene Saldoposten aus dem früheren Kontokorrent angefochten wird usw., ferner wenn bei Abnahme von Effekten in natura oder bei Reportierungen ꝛc. das Kontokorrent einen entsprechenden Gegenposten nicht enthält. b) Danz, BankA. 4 145. In der Übersendung des Kontokorrentauszugs mit dem Ersuchen um Anerkennung des Saldos und in dem darauf folgenden Anerkenntnis ist ein Aufrechnungsvertrag zu sehen, auf den nicht die Bestimmung des BGB. über die einseitige Aufrechnung, sondern diejenige über die Auslegung von Verträgen zur Anwendung kommt. Maßgebend für die Auslegung ist das Erfordernis von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 242, 157 BGB.) und die Erforschung des wirklichen Willens der Vertragschließenden (§ 133 BGB.). Die Absicht der Parteien bei der Aufrechnungsofferte geht entsprechend der verkehrsüblichen Bedeutung des Aufrechnungsvertrags dahin, daß eine klagbare Forderung geschaffen werden soll, und damit ist die Art, wie die Aufrechnung vorzunehmen ist, bezeichnet. Bei Annahme der verhältnismäßigen Verrechnung ist Anfechtung des Aufrechnungsvertrags gemäß § 119 Abs. 1 BGB. wegen Irrtums zulässig. c) Heilbrunn, HoldheimsMSchr. 05 228, stimmt der Auslegung Staubs bei, wonach — wenn der Saldo unklagbare Termingeschäfte enthält — die Gesamtsaldofeststellung ungültig ist. Verrechnung und Anerkenntnis sind nicht zwei voneinander getrennte Rechtsgeschäfte, vielmehr ist die vertragsmäßige Novation, die sich aus wechselseitigem Anerkenntnis und Verrechnung zusammensetzt, ein einheitliches Rechtsgeschäft und fällt mit der Gültigkeit des Anerkenntnisses. d) Hagens, DJZ. 05 109, bespricht das Urteil des RG. vom 26. November 1904, betr. die verhältnismäßige Aufrechnung im Kontokorrentverkehre.

§ 60. a) **RG. 49** 61. Was von den Börsentermingeschäften selbst gesagt ist, gilt auch von Aufträgen zum Abschlusse derselben. Solche Aufträge sind also, wenn die Voraussetzungen der Paragraphen nicht vorliegen, unwirksam; sie erzeugen keine Klage auf Erfüllung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auf Provision oder Ersatz von Auslagen; die Unwirksamkeiten erstrecken sich auch auf die geleisteten Sicherheiten und auf die abgegebenen Schuldanerkenntnisse; eine Rückforderung des Geleisteten findet nicht statt. b) **RG. 49** 62 ff., JW. **02** 547 Ziff. 18. Hat also der Kommittent Vorschüsse an den Kommissionär gezahlt, so kann er diese zurückfordern und zwar auch dann, wenn der Kommissionär nur Agent einer auswärtigen Firma war und die Vorschüsse seinerseits an seine Firma abgeführt hat. c) **RG. 52** 363 f. Unwirksam ist zunächst nur der Auftrag zum Abschlusse der fraglichen Geschäfte. Der Auftrag zur Bürgschaftsübernahme oder Verpfändung ist an sich wirksam. Hat aber der Bürge oder Verpfänder die Schuld bezahlt, so kann der Auftraggeber dem Regreßanspruche gegenüber einwenden, daß der Bürge oder Verpfänder infolge der Unwirksamkeit der Schuld zur Zahlung nicht verpflichtet gewesen sei. Dagegen ist dieser Einwand nicht begründet, wenn der Auftrag dahin ging, einer ausländischen Firma ein Pfand zu bestellen, denn hier kann der Verpfänder nach dem in Frage kommenden ausländischen Rechte die Befriedigung aus dem im Auslande befindlichen Pfande nur durch die Zahlung der Pfandschuld abwenden. d) **RG. 45** 160. Wirksam ist ferner der Auftrag zur Zahlung einer Schuld aus einem unwirksamen Geschäfte. Beauftragt z. B. der Schuldner einen Dritten, den Gläubiger zu befriedigen, und gibt er dem Dritten zur Deckung einen Wechsel, so ist dieser Wechsel klagbar.

§ 66. Weißbart, JW. **05** 311. Die verhältnismäßige Verrechnung, die beim Saldoanerkenntnisse für den Fall Platz greift, wenn auf der Schuldseite des Anerkennenden erfüllbare, aber nicht erzwingbare Schulden aus Börsentermingeschäften enthalten sind, und die verhältnismäßige Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses beziehen sich nicht auf Differenzen aus Spekulationsgeschäften, sondern

bei Terminkäufen auf die Kaufpreise selbst. Gegenüber den Einwand, daß das Anerkenntnis teilweise oder ganz unwirksam sei, steht dem Kläger die Replik zu, daß der Beklagte die erzwingbaren Forderungen des Klägers im Kontokorrente nicht bezahlt habe, gegen die mit Forderungen des Beklagten aus nicht erzwingbaren Börsentermingeschäften aufgerechnet ist; denn solchen Forderungen des Beklagten kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengesetzt werden. Leistungen aus gegenseitigen Börsentermingeschäften sind erst dann der Rückforderung entzogen, wenn die Gegenleistung schon gemacht ist.

§ 68. a) Weber, Die Novelle zum BörsG., DJZ. **08** 609. Die legitimen Deckungs- und Sicherungskäufe und -verkäufe in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei werden durch § 68 nicht betroffen. b) Nußbaum, DJZ. **08** 795. Der Differenzeinwand ist gegen Arbitragegeschäfte der Produktenbörse nicht zulässig.

Anhang: Das Differenzgeschäft.

Literatur: Über die ältere Literatur betreffend die Differenzgeschäfte siehe: Hammerschlag, Über die Rückforderbarkeit der Deckung bei Differenzgeschäften (nach österr. Rechte). 1901. — Hülsner, Die Börsengeschäfte in rechtlicher und volkswirtschaftlicher Beziehung. — Kohler, Börsenspiel, HoldheimsMSchr. **3** 41. — Simon, Zur Frage der Klagbarkeit der sog. Differenzgeschäfte, GoldschmidtsZ. **51** 455. — Wiener, Das Differenzgeschäft vom Standpunkte der jetzigen Rechtsprechung. Berlin 1893.

1. a) Staub, Das Differenzgeschäft nach dem BörsG. und nach dem BGB., HoldheimsMSchr. **97** 69. b) Müller, Differenztheorie und Börsengeschäfte, aus den Gesichtspunkten der Praxis beleuchtet (1902). Auf Grund der gegenwärtigen Rechtsprechung des RG. (Urt. vom 4. Januar und 8. März 1902) führt er den Nachweis, daß die tatsächlich vorkommenden Börsengeschäfte und zwar nicht bloß die Kassa-, sondern auch die Zeitgeschäfte nicht unter den Begriff des Differenzgeschäfts im Sinne des § 764 fallen, sondern wirkliche Kaufgeschäfte sind. Er wendet sich ferner gegen den Vorwurf der contrepartie fictive, d. h. den Vorwurf, als ob der Bankier bei Ausführung eines Auftrags seitens seiner Kundschaft durch Selbsteintritt ein entsprechendes Deckungsgeschäft nicht abschließe. c) Zadig, Der Terminhandel und seine Behandlung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung (1901) 12 ff. Die nach Ansicht des RG. dem Verkehre zugrunde liegenden Geschäfte, welche an Stelle der Abwickelung durch Abschluß eines Gegengeschäfts, durch bloße Zahlung der Differenz von Vertrags- und Lieferungspreis erfüllt werden sollen (echte Differenzgeschäfte existieren überhaupt nicht). Der Begriff des Differenzgeschäfts im Sinne des § 764 beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Liquidationskurses als identisch mit dem Durchschnittskurse des Lieferungstags. Der Bankier schließt, wenn er die Aufträge der Kundschaft durch Selbsteintritt ausführt, in weitaus den meisten Fällen ein entsprechendes Deckungsgeschäft an der Börse ab. d) Trumpler, BankA. **1** 37. Die Rechtsprechung des RG. über die Differenzgeschäfte und den § 764 BGB. beruht auf einer irrtümlichen Auffassung von der Abwickelung der Termingeschäfte an der Börse. Die im Ultimo stattfindende Zahlung von Vertrags- und Liquidationskursen wird irrtümlich so aufgefaßt, als ob hierdurch das in Gestalt eines Kaufvertrags abgeschlossene Geschäft sich in eine bloße Zahlung der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Preise der Lieferungszeit auflöse. Differenzgeschäfte in diesem Sinne kommen sowohl in wie außerhalb der Börse überhaupt nicht vor. e) Trumpler, Ende des Differenzeinwandes, DJZ. **03** 103, nimmt Bezug auf die Rechtsprechung des RG., wonach bei Kassageschäften zwischen Bankier und Kunden, bei denen es sich lediglich um die Differenz von Kauf und Verkauf handelt, ohne daß reelle Abschlüsse zugrunde liegen, zwar nicht der Differenzeinwand aus § 764, wohl aber der Spieleinwand aus § 762 BGB. anwendbar ist. Dies muß nicht bloß bei Kassageschäften, sondern auch bei Zeitgeschäften gelten; denn Geschäfte in Form des § 764 kommen in Wirklichkeit nicht vor, vielmehr handelt es sich auch

bei Zeitgeschäften stets um die Differenz der Kurse von Geschäft und Gegengeschäft. Der § 764 ist daher praktisch unanwendbar. **f)** Heilborn, Differenzeinwand und gute Sitten, DJZ. **03** 499. Da, wie das RG. in der Entsch. vom 10. Januar 1903 festgestellt hat, durch gerichtliche oder außergerichtliche Geltendmachung des Differenzeinwandes die kaufmännische Ehre verletzt wird, so wird hierdurch ein Schadensersatzanspruch auf Grund des § 826 BGB. (vorsätzliche Zufügung eines Schadens in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise) begründet. **g)** Neukamp, Differenzgeschäfte und Börsentermingeschäfte in Gesetzgebung und Rechtsprechung. Herausgegeben im Auftrage des Generalverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes (1904). Differenzgeschäfte im Sinne des § 764 kommen in Wirklichkeit überhaupt nicht vor und müssen schon als eine juristische Unmöglichkeit bezeichnet werden (12). Gegenüber dem Saldoanerkenntnis ist unter allen Umständen ein Einwand aus der Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Geschäfte unstatthaft (36 ff.). **h)** Cohn, Das Differenzgeschäft im schweizerischen Rechte, BankA. **1** 55, 76. **i)** Siemsen, Differenzgeschäfte nach englischem Rechte, BankA. **1** 97, 110, 130. **k)** Auerbach, Über das Börsenspiel und den Spieleinwand nach belgischem Gesetze, DJZ. **03** 365. **l)** Meyer, Differenzhandel und Konkursstrafrecht. DJZ. **03** 268.

2. Die Rechtsprechung des RG. zum Differenzeinwande (§ 764 BGB.). **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **02** 112 ff., JW. **02** 257 Ziff. 24, 445 Ziff. 11, **52** 251 ff. und 255 ff., HoldheimsMSchr. **03** 247. Im Gegensatze zu früheren Entscheidungen hat das RG. in neuerer Zeit wiederholt ausgesprochen, daß der Differenzeinwand auf Kassageschäfte nicht anwendbar ist, weil derselbe ein Geschäft in Form eines Lieferungsvertrags zur Voraussetzung hat. **b)** **RG. 52** 256 Diesen Entscheidungen kommt aber lediglich theoretische Bedeutung zu. Denn Kassageschäfte können, wie in den erwähnten Entscheidungen ausgeführt wird, wenn auch nicht Differenzgeschäfte im Sinne des § 764, so doch Spielgeschäfte im Sinne des § 762 BGB. sein, was natürlich auf dasselbe hinauskommt. Ein in die Form eines Kassageschäfts gekleidetes Spielgeschäft ist jedoch nach der Rechtsprechung des RG. — vgl. die oben zitierten Entscheidungen — nur dann anzunehmen, wenn der Kommissionär, der den Auftrag zum An- oder Verkaufe von Papieren durch Selbsteintritt ausführt, in Wirklichkeit die Papiere nicht angeschafft und nicht verkauft hat (contrepartie fictive). Dies nahm das RG. in einem Falle an, wo der Kommissionär bei dem Kassakontokorrentgeschäfte den Kommittenten an Ultimo, ohne daß ein Deckungsgeschäft gemacht war, mit der Differenz von Ultimo- und Anschaffungskurs belastete. **c)** **RG.** JW. **04** 445 Ziff. 11. Desgleichen in einem Falle, wo dem Kommittenten nicht die Einkaufs- bzw. Verkaufspreise, sondern unmittelbar die Differenzen beider Kurse belastet bzw. gutgebracht waren. **d)** **RG.** 4. 1. 02, **52** 253. Daß dagegen der Kommissionär den ihm erteilten Auftrag zum An- oder Verkaufe der Papiere wirklich ausgeführt hatte, schloß das RG. beispielsweise daraus, daß die gekauften Aktien zur Generalversammlung angemeldet, Zinsen und Dividenden gutgeschrieben wurden, daß für gewisse Aktien das Bezugsrecht ausgeübt, daß dem Kommittenten von der Ausführung jedes einzelnen Auftrags sofort Anzeige gemacht und ihm mit den erteilten halbjährigen Abrechnungen ein Verzeichnis der Stücke, die für ihn in Depot lagen, mitgeteilt wurde. **e)** **RG. 52** 252, JW. **02** 258 Ziff. 24, HoldheimsMSchr. **02** 114. Ist nachgewiesen, daß der Kommissionär den Auftrag durch An- und Verkauf der Wertpapiere wirklich ausgeführt hat, so kommt demgegenüber den sog. konkludenten Umständen: Lebensstellung und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, Umfang und Art der Engagements usw., keine Bedeutung zu. **f)** **RG. 52** 253 f., JW. **02** 258. Ebensowenig kommt es, den wirklichen An- und Verkauf der Papiere vorausgesetzt, darauf an, ob der Kommittent den vom Kommissionär verauslagten Kaufpreis gegen Zurückbehaltung der gekauften Papiere gestundet erhielt, ob der Kommittent Besitz und Eigentum an den Papieren

erwarb, ob er auf Nummernangabe verzichtet hatte oder nicht. g) **RG. 47** 52. Hinsichtlich der Rechtswirkungen der Differenz- bzw. Spielgeschäfte gilt das gleiche wie für die unwirksamen Börsentermingeschäfte; die Geschäfte begründen kein Schuldverhältnis; das Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. — Infolge der Unwirksamkeit der Hauptschuld ist ferner auch eine etwaige Bürgschaft, Pfand- oder Hypothekbestellung unwirksam. Das gleiche gilt von der Hingabe einer Hypothek zur Erfüllung der Schuld, wenn daneben die persönliche Verpflichtung des Schuldners fortbestehen sollte. **h) RG.** JW. **01** 286. Ebenso sind unwirksam alle zur weiteren Ausgestaltung der Schuld dienenden Rechtsgeschäfte, insbesondere Vereinbarungen, durch welche für den Streitfall ein schiedsgerichtliches Verfahren vorgesehen wird. **i) RG.** 25. 4. 00, **47** 52. Unwirksam sind nach § 762 Abs. 2 BGB. auch Vereinbarungen zum Zwecke der Erfüllung der Schuld. Hierher gehören insbesondere Vergleiche über die Zahlung der Schuld, Schuldanerkenntnisse usw. **k) RG. 49** 193 f., JW. **02** Beil. 264. Dagegen ist ein ernstlicher Vergleich darüber, ob ein Geschäft überhaupt als Differenzgeschäft anzusehen ist, wirksam. **l) RG.** JW. **02** Beil. 254 Ziff. 166. Eine Leistung liegt auch in der Abtretung einer Forderung, daher auch in der Übertragung des Anspruchs aus einer Lebensversicherungspolice. Vorausgesetzt ist aber, daß die Police dem Gläubiger nach ihrem Geldwerte zur Zeit der Abtretung übereignet wird, bzw. daß der Schuldner nicht zur Weiterzahlung der Prämie verpflichtet bleibt. Anderenfalls würde lediglich eine unwirksame Verpfändung oder Vereinbarung zur Erfüllung der Schuld vorliegen. **m) RG.** 7. 12. 01, JW. **02** 101 Ziff. 50. Eine vorausgezahlte Prämie unterliegt, da sie lediglich eine bedingte Zahlung darstellt, auch nach den Bestimmungen des BGB. der Rückforderung (vgl. **RG. 38** 237 f.). **n) RG. 43** 151 f. Ein Gesellschaftsvertrag zum Abschlusse von Differenzgeschäften ist insoweit wirksam, als die Klage auf anteilmäßige Tragung des entstandenen Verlustes oder auf anteilmäßige Herausgabe des erzielten Gewinns in Frage steht. **o) RG. 34** 265, **40** 258 f., JW. **02** Beil. 235 Ziff. 112. Aus einem Auftrage zum Abschluß eines Differenzgeschäfts entsteht kein Anspruch auf Provision oder auf Erstattung der Stempelbeträge zu den Schlußscheinen. Dagegen ist nach den vorstehenden Entscheidungen der Auftrag insoweit rechtswirksam, als er auf Herausgabe des von dem Beauftragten gemachten Gewinns geht. **p) RG. 53** 266. Erwähnt sei schließlich, daß das RG. es als einen wichtigen Grund zur sofortigen Entlassung des Geschäftsführers einer GmbH. ansah, daß der Geschäftsführer den Ansprüchen eines Dritten aus Börsengeschäften den Spieleinwand entgegengesetzt hatte. Das RG. führt aus, daß der Kläger „durch die Lossage von dem gegebenen Versprechen — mochte ihm dabei auch der Schutz des Gesetzes so weit zur Seite stehen, als dasselbe die Erzwingbarkeit der eingegangenen Verbindlichkeit versagte — seine kaufmännische Ehre geschädigt hatte und daß das Verbleiben eines solchen Mannes an der Spitze eines großgewerblichen Unternehmens auch den Ruf des letzteren zu schädigen geeignet war". Vgl. dagegen **RG.** JW. **08** 467. Im Rechtssinn stellt sich die Berufung auf die Unwirksamkeit eines Börsentermingeschäfts ebensowenig als Arglist dar, wie die Berufung auf die Nichtbeobachtung der für ein Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form oder auf sonstige Nichtigkeitsgründe. **q) RG.** LeipzZ. **08** 70, BankA. **7** 122. Das Vorliegen eines Spiel- oder Differenzgeschäfts wird durch die vor Eingehung der Geschäftsverbindung von einem Vertragsteile dem anderen gegenüber abgegebene Erklärung, er mache nur Effektivgeschäfte nicht ausgeschlossen. **r) RG.** R. **07** 1533. Für die vielfach aus Indizien zu beantwortende Frage, ob die Absicht auf den Abschluß eines Differenzgeschäftes gerichtet, oder ob diese Absicht des einen Teils dem anderen bekannt gewesen ist, können die Berufsstellung, die Höhe der Abschlüsse und die im Vergleich hierzu unverhältnismäßig geringe Höhe einer geleisteten Sicherheit von Bedeutung sein.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Jahrbuch des Verwaltungsrechts.

Unter Einschluß des Staatsverfassungs-, Staatskirchen- und Völkerrechts.

Bearbeitet und herausgegeben

von

Professor Dr. Stier-Somlo in Bonn.

3. Jahrgang.

(Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung des Jahres 1907.)

1908. Geheftet 23 M., in Halbfranz gebunden 26 M.

(Der 4. Jahrgang erscheint im September 1909.)

... „Für den Verwaltungsbeamten, der nicht im Spezialistentum stecken bleiben, sondern sich den Überblick über das Ganze seines Gebiets wahren will, kann es etwas Schöneres und Anregenderes als dieses Jahrbuch nicht geben, das hoffentlich allmählich auch in den Bibliotheken unserer Behörden, die nur zu oft mit sehr überflüssigen von niemand gelesenen Werken angefüllt sind, zum unentbehrlichen Bestandteil werden wird."

Oberregierungsrat **Dr. Jacobi** (Preußisches Verwaltungsblatt).

... „Auch der neue Jahrgang reiht sich würdig den vorhergehenden an und gibt allen, die mit dem öffentlichen Recht zu tun haben, eine zuverlässige Übersicht über die neueren Erscheinungen in Literatur und Gesetzgebung. Stier-Somlos Jahrbuch ist bereits für den Verwaltungsbeamten wie auch für den Theoretiker auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts unentbehrlich geworden."

Dr. Alfons Dierschke (Die Selbstverwaltung).

... „Wir begrüßen das verdienstvolle Werk, in dem das Ergebnis einer riesigen Arbeit übersichtlich dargeboten wird und von dem wir uns einen wesentlichen Nutzen für die Weiterbildung unserer Verwaltungsbeamten versprechen."

(Blätter für administrative Praxis.)

... „In Übereinstimmung mit der bisherigen Fachkritik kann man erklären, daß es sich hier um ein Unternehmen allerersten Ranges handelt, wie es kein Staat der Welt aufzuweisen vermag. Es ist ein geradezu bewunderungswürdiger, wohlgelungener Versuch, in einer jährlichen, systematisch angelegten Literaturgeschichte alles Schrifttum auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts darzulegen und festzuhalten, in Rechtsprechung und Gesetzgebung den großen einheitlichen Zug der Gemeinsamkeit zahlreicher Rechtseinrichtungen ebenso aufzuzeigen, wie die partikularrechtliche Divergenz. Nicht nur die Wissenschaft, sondern vor allem die Praxis der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte, am meisten aber, wie uns scheint, die Publizistik jeglicher Art, deren Lebensbetätigung Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Völkerrecht und Kirchenrecht umfassen muß, hat Veranlassung, das Unternehmen dankbar anzuerkennen. Auch für die Presse stellt es einen unerschöpflichen Schatz von geistig-politischen Werten dar."

(Kölnische Zeitung.)

